IVONE CRISTINA DE SOUZA JOÃO

O PROCESSO CIVIL COLETIVO
E
AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO - 2007

IVONE CRISTINA DE SOUZA JOÃO

O PROCESSO CIVIL COLETIVO
E
AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito das Relações Sociais, sob orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior.

SÃO PAULO
2007

Banca Examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

São Paulo, de de 2.007.

Ivone Cristina de Souza João

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a fé que Ele me ensina a ter e manter a cada dia.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Nelson Nery Júnior, pela oportunidade ímpar de ser sua orientanda e, ainda, por toda paciência, dedicação e, acima de tudo, pela humildade que sempre apresentou.

DEDICATÓRIAS

Dedico este trabalho à minha família, as pessoas mais importantes da minha vida:

meu pai, Camillo (in memoriam)
minha mãe, Ana Maria
minhas irmãs, Lilian e Cecília
e, em especial,
minha sobrinha Gymaima, pessoa de muita luz e que, certamente, muito contribuirá com o Universo.

RESUMO

OBJETIVO (S): O trabalho de pesquisa teve por objetivo apresentar sugestões de aplicação nas lacunas existentes na legislação processual coletiva, especialmente no que toca às condições da ação em cada espécie de ação coletiva e em cada espécie de direito coletivo.

JUSTIFICATIVA (S): O tema é relevante, já que as ações coletivas fazem parte da evolução do direito processual em busca da instrumentalidade do processo e universalidade da jurisdição.

HIPÓTESES: As suposições que serviram de base para o raciocício partiram do significado das condições da ação – possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse processual – no processo individual e caminharam para o aproveitamento, a adequação ou modificação dessas condições para aplicação no processo coletivo.

ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS: A pesquisa envolveu todo o material legislativo e doutrinário acerca do tema, com vasta investigação jurisprudencial, principalmente nos órgãos nacionais do Poder Judiciário Brasileiro e Tribunais Estaduais de três importantes Estados brasileiros.

RESULTADOS OBTIDOS: A pesquisa redundou em idéias que, esperamos, contribuam para a utilização das ações coletivas e para os anteprojetos de legislação processual coletiva que vêm sendo apresentados ou, ainda, para o aperfeiçoamento das legislações vigentes.

ABSTRACT

PURPOSE(s): This research intends to offer suggestions of application in the current gaps found in the action conditions in each kind of collective action and in each kind of collective right.

JUSTIFICATION(s): The subject is relevant because collective actions are part of the development in process right in the search for the instrumentality of the process and the universality of jurisdiction.

HYPOTHESES: Presuppositions forming the basis for reasoning here rooted in the meaning of action conditions - legal possibility of request, legitimacy of parts and unfolded to benefiting, adequacy or modification of such conditions in the application at the collective process.

THEORETICAL AND METHODOLOGICAL ASPECTS: The research comprises the whole doctrinal and legislative material on the theme, with deep jurisprudential investigation, chiefly at the national files of the Brazilian judiciary system and State Courts from three important states in Brazil.

RESULTS: The research brought about ideas expected to conduce to the use of collective actions, to the bills of collective process legislation in course or still to the perfectioning of the legislation in force.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 001

I – A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA 004

1. A tutela jurisdicional e o processo 004
   1.1. O processo e o Direito Processual Individual 005
   1.2. O processo e o Direito Processual Coletivo 011
2. O processo coletivo 012
   2.1. A necessidade de criação de uma teoria geral do processo coletivo 012
   2.2. A essencial aprovação de um código de processo coletivo 019

II – A LEGISLAÇÃO 023

1. O Direito Processual Coletivo como subsistema constitucional 023
   1.1. Estado Democrático de Direito e acesso à justiça 023
   1.2. Legitimidade e ações coletivas 030
2. A Constituição Federal e os direitos coletivos 033
3. A legislação infraconstitucional 034
   3.1. Lei da Ação Popular 034
   3.2. Lei da Ação Civil Pública 039
   3.3. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor 047
   3.4. Outras legislações importantes 066
   3.5. O Código de Processo Coletivo 081

III – AS AÇÕES COLETIVAS 128

1. O nome “ação coletiva” como fator direcional 128
2. Conceitos e características 133
3. Natureza jurídica 137
4. Espécies 138
5. As ações coletivas sob uma perspectiva comparada 143
   5.1. Sistema norte-americano 143
      5.1.1. Estados Unidos da América 143
      5.1.2. Canadá 150
   5.2. Sistema latino-americano 151
      5.2.1. Argentina 151
      5.2.2. Uruguai 153
   5.3. Sistema europeu 153
      5.3.1. Alemanha 154
      5.3.2. Espanha 156
      5.3.3. França 156
      5.3.4. Inglaterra 158
      5.3.5. Itália 159
      5.3.6. Portugal 163

IV - AS AÇÕES E SUAS CONDIÇÕES 166

1. Conceito de ação 166
2. As condições da ação 174
   2.1. Possibilidade jurídica do pedido 195
   2.2. Legitimidade das partes 200
   2.3. Interesse processual 206

V – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NA TUTELA COLETIVA 215

1. Possibilidade jurídica do pedido 216
2. Legitimidade das partes 220
3. Interesse processual 279
4. A “carência” da ação coletiva 300

VI – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE AÇÕES COLETIVAS 302

1. Ação popular 302
   1.1. Possibilidade jurídica do pedido 302
   1.2. Legitimidade das partes 304
   1.3. Interesse processual 315
   1.4. A ‘carência’ da ação popular 329
2. Ações coletivas e os bens, direitos e interesses previstos na lei da ação civil pública 329
   2.1. Ação coletiva e o meio ambiente 330
      2.1.1. Possibilidade jurídica do pedido 331
      2.1.2. Legitimidade das partes 336
      2.1.3. Interesse processual 339
   2.2. Ação coletiva e o consumidor 342
      2.2.1. Possibilidade jurídica do pedido 343
      2.2.2. Legitimidade das partes 344
      2.2.3. Interesse processual 347
   2.3. Ação coletiva e a ordem urbanística 349
      2.3.1. Possibilidade jurídica do pedido 352
      2.3.2. Legitimidade das partes 358
      2.3.3. Interesse processual 364
   2.4. Ação coletiva e os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico 368
      2.4.1. Possibilidade jurídica do pedido 370
      2.4.2. Legitimidade das partes 370
      2.4.3. Interesse processual 371
   2.5. Ação coletiva e ordem econômica e economia popular 372
      2.5.1. Possibilidade jurídica do pedido 373
      2.5.2. Legitimidade das partes 374
      2.5.3. Interesse processual 375

3. Ação coletiva e outros direitos difusos e coletivos (portadores de deficiência, idosos, índios) 376
3.1. Os portadores de deficiência 376
3.1.1. Possibilidade jurídica do pedido 377
3.1.2. Legitimidade das partes 378
3.1.3. Interesse processual 380
3.2. Os idosos 380
3.2.1. Possibilidade jurídica do pedido 381
3.2.2. Legitimidade das partes 382
3.2.3. Interesse processual 384
3.3. Os índios 386
3.3.1. Possibilidade jurídica do pedido 387
3.3.2. Legitimidade das partes 388
3.3.3. Interesse processual 389
4. Ação coletiva e os investidores dos mercados mobiliários 389
4.1. Possibilidade jurídica do pedido 390
4.2. Legitimidade das partes 390
4.3. Interesse processual 391
5. Ação coletiva e as crianças e adolescentes 392
5.1. Possibilidade jurídica do pedido 393
5.2. Legitimidade das partes 393
5.3. Interesse processual 398
6. Ação coletiva e improbidade administrativa 400
6.1. Possibilidade jurídica do pedido 403
6.2. Legitimidade das partes 405
6.3. Interesse processual 410
7. Ação coletiva e os tributos, as contribuições previdenciárias, o fundo de garantia por tempo de serviço e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados 420
7.1. Possibilidade jurídica do pedido 420
7.2. Legitimidade das partes 428
7.3. Interesse processual 429
8. Ação coletiva e o controle dos atos administrativos 430
8.1. Possibilidade jurídica do pedido 433
8.2. Legitimidade das partes 438
8.3. Interesse processual 438
9. Ação coletiva e o controle de constitucionalidade 440
9.1. Possibilidade jurídica do pedido 448
9.2. Legitimidade das partes 448
9.3. Interesse processual 449
10. Mandado de segurança coletivo 449
10.1. Possibilidade jurídica do pedido 451
10.2. Legitimidade das partes 457
10.3. Interesse processual 470
11. Mandado de injunção coletivo 478
11.1. Possibilidade jurídica do pedido 479
11.2. Legitimidade das partes 487

11.3. Interesse processual 490
12. *Habeas data* "coletivo" 492
12.1. Possibilidade jurídica do pedido 493
12.2. Legitimidade das partes 494
12.3. Interesse processual 499

VII – A AÇÃO COLETIVA PASSIVA E "SUAS CONDIÇÕES" 502

VIII – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E OS DIREITOS COLETIVOS 508
1. As condições da ação e os direitos difusos 513
1.1. Possibilidade jurídica do pedido 514
1.2. Legitimidade das partes 521
1.3. Interesse processual 524
2. As condições da ação e os direitos coletivos *stricto sensu* 524
2.1. Possibilidade jurídica do pedido 525
2.2. Legitimidade das partes 525
2.3. Interesse processual 526
3. As condições da ação e os direitos individuais homogêneos 526
3.1. Possibilidade jurídica do pedido 527
3.2. Legitimidade das partes 528
3.3. Interesse processual 529

CONCLUSÃO 541

BIBLIOGRAFIA 544
a) *Livros e periódicos* 544
b) *Jurisprudência informatizada* 600
c) *Sites da internet* 601

INTRODUÇÃO

Repensar as condições para as ações coletivas só vem reforçar o que há muito temos percebido: as adaptações nem sempre são adequadas para tornar o instrumento eficaz.

Desde que as lides passaram a ser tuteladas coletivamente, esforços múltiplos vêm ocorrendo no sentido de ajustar as regras processuais existentes aos processos envolvendo direitos coletivos.

É sabido, porém, que as adaptações, os ajustes, são úteis até certo limite; até o ponto que não prejudiquem o resultado ideal.

Todos sabemos que as leis que regulam as ações coletivas inovaram aspectos processuais e procedimentais, com destaque para os temas da legitimidade e da coisa julgada; no entanto, deixaram muitos outros assuntos pendentes de uma interpretação mais cautelosa.

É justamente neste trabalho interpretativo que vamos percebendo a insuficiência de regras e a dificuldade de aplicação das ora existentes.

As condições da ação que, como o próprio nome indica, são condicionantes para a apreciação da pretensão e devem estar presentes em todas as ações, inclusive as coletivas, desempenham papel vital nessa exegese.

A possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual, com exceção da legitimidade ativa, não foram expressamente regulamentados pelo legislador ao cuidar das normas de natureza processual para as ações coletivas.

Mesmo no que se refere à legitimidade ativa, persistem as lacunas, conforme demonstra o muito que se tem discutido em torno da proposição.

Parece-nos de relevo a questão.

O destaque biparte-se: numa primeira e evidente perspectiva, de que já se falou, são condições para a própria apreciação do que se pede naquela ação; num segundo ponto de vista, conseqüência do primeiro, é preciso saber como atendê-las.

O trabalho que se desenvolve tem esse caráter teleológico.

É possível fazer qualquer tipo de pedido em uma ação coletiva? A legitimidade ativa e passiva decorrem da relação de direito material? Como verificar se a necessidade e adequação estão presentes nas ações coletivas?

É sobre essas questões que estabeleceremos nossa dialética.

A discussão se reapresentará ao momento que meditarmos sobre cada condição da ação em relação a cada espécie de ação coletiva e, ainda, em relação a cada direito coletivo (sentido amplo): difusos, coletivos (sentido estrito) e individuais homogêneos.

Queremos dizer com isso que a reflexão acerca das condições das ações, quando se cuida de ações coletivas, pode conduzir a variações seja pelo tipo de ação coletiva ou pelo tipo do direito coletivo que está sendo defendido.

Superar as dificuldades, trazer o desfecho, enfim, resolver os problemas é o que se busca; esse é o nosso empreendimento.

Para tanto, principiaremos situando a jurisdição coletiva neste ramo do direito denominado *Direito Processual*; na seqüência, verificaremos a legislação atinente ao assunto; para então passar ao estudo das ações coletivas. Nesse passo, acreditamos concluir uma primeira parte de nosso trabalho.

Na ligação, abordaremos as ações e as condições que a elas se vinculam; é o momento ontológico do assunto central em discussão.

Em vias de remate, desencadearemos o fundamental: as condições da ação na tutela coletiva. Será preciso estender um enquadramento geral para então usufruir da especificidade que o tema comporta.

É o que preparamos.

I – A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

1. A tutela jurisdicional e o processo

É de conhecimento dos juristas que as questões controvertidas, sobre as quais não recaia solução pacífica ou qualquer outro meio alternativo de solução de conflitos, podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário[1].

O Poder Judiciário, como detentor da função jurisdicional, pode e deve, inclusive, eliminar todos os conflitos que perturbem a ordem jurídica e a paz social; este, aliás, o escopo magno da jurisdição – a pacificação.

A jurisdição, por sua vez, envolta em uma série de princípios, revela, dentre eles, a inércia que a impede de atuar, senão após provocação pela parte interessada.

É pelo princípio da ação que a parte interessada vai invocar a tutela jurisdicional, quer dizer, vai requerer que um dos órgãos do Poder Judiciário, por meio de seu juiz ou juízes, imponha sua decisão.

A esse direito de ação atrela-se o direito ao processo e a seu respectivo procedimento. Podemos dizer que o processo "é o manequim que vai servir de molde para a roupa (o procedimento) que será confeccionada para o caso concreto".

[1] Sem olvidar de algumas outras atividades do Poder Judiciário, como as secundárias, caracterizadas pela administração de interesses privados por parte deste poder, v.g., as ações de jurisdição voluntária (separação

Uma vez invocada a tutela jurisdicional, está iniciada a ação e instaurado o processo; no entanto, alguns pressupostos e algumas condições deverão estar presentes a fim de que a função jurisdicional, por seus juízes, possa analisar o que está sendo pedido. São os pressupostos processuais e as condições da ação que poderão conduzir à extinção do processo sem a resolução do seu mérito, se não forem atendidos[2].

De qualquer modo, ainda que ocorra a extinção do processo sem apreciação de seu mérito, a ação e o processo terão existido. Mas de que ação e de que processo estamos falando? A que tipo de conflito nos referimos?

É o que nos propomos a pensar, na seqüência.

1.1. O processo e o Direito Processual Individual

Os conflitos de interesses intersubjetivos envolvem duas ou mais pessoas[3] que, normalmente[4], serão as mesmas a estar em juízo, como partes – ativas e passivas – e a sujeitar-se à decisão do juiz.

---

consensual, nomeação de tutor, curatela dos interditos, etc.), bem como as atividades de governo interno, que corroboram a independência política do Judiciário.

[2] As hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito estão previstas no artigo 267 do código de processo civil e os pressupostos do processo (inciso IV) e condições da ação (inciso VI) incluem-se neste rol.

[3] **Moacyr Amaral Santos**, ao iniciar o estudo na compreensão do significado de processo, ensina: "A lide se estabelece entre dois sujeitos, titulares de interesses contrários, um a pretender subordinar o interesse do outro ao próprio e outro a opor resistência a essa pretensão. Ambos interessados ..." (*Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 1, p. 12-13).

[4] Dissemos 'normalmente' porque a regra comporta exceções. O artigo 6º do código de processo civil, embora diga que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, completa a regra fazendo ressalva para a autorização legal. É o que a doutrina chama de *legitimação ordinária* (regra) e *legitimação extraordinária* (exceção).

Essas pessoas, como mencionado anteriormente, provocam a tutela jurisdicional, a ser exercida por meio do processo, instrumento de atuação do Judiciário, a fim de responder àquela solicitação.

Esse processo sujeitar-se-á a regras que, obviamente, terão natureza processual e que se encontram, principalmente, na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais ordinárias, codificadas e extravagantes.

Tais regras processuais, ao serem estabelecidas, refletem a preocupação em atingir o fim almejado e vão, por isso, sofrendo alterações ao longo do tempo, conforme se modifiquem as necessidades.

Isso explica por que, ao longo da evolução do Direito Processual, vamos constatando essas transformações; comprovam-na as reformas pelas quais o Direito Processual passou e vem passando, desde o seu surgimento.

Neste momento, muito se poderia falar acerca do movimento progressivo do Direito Processual, desde seu nascimento até os dias atuais[5]; todavia, preocupamo-nos não tanto com essa evolução (tão bem descrita em diversos

[5] Sabemos que o processo civil na atualidade é instrumento que tem ou, pelo menos, deveria ter aptidão para atingir a efetividade – esta é a preocupação. **Ada P. Grinover**, **Cândido R. Dinamarco** e **Antonio Carlos de A. Cintra** destacam os três planos pelos quais o processo passou nas principais alterações que sofreu e vem sofrendo: do plano abstrato ao concreto, ou seja, a busca por um processo de resultados; do plano nacional ao internacional, ou seja, a transposição das barreiras territoriais, com ênfase ao Direito Processual Internacional; do plano individual ao plano social, ou seja, um processo destinado aos grupos, às classes, fazendo surgir um Direito Processual Coletivo (*Teoria geral do processo*, p. 132-133).

tratados de Direito Processual brasileiros[6]) como com a natureza e finalidade dessa categoria de direito.

Ao direcionarmos nossa atenção para a natureza e finalidade do Direito Processual, pretendemos apenas situar o ramo do direito de que estamos cuidando em local tal que reste demonstrada a "individualidade" nele presente.

Vejamos. O Direito Processual, tal como é estudado, é um ramo do direito, reconhecido e categorizado como instrumental, em posição oposta aos ramos considerados de natureza de direito material.

O Direito Processual, embora autônomo, guarda característica de instrumentalidade por estar a serviço do direito material. Podemos dizer que todos os atos e/ou todos os acontecimentos que tenham repercussão no mundo jurídico têm ou podem ter enquadramento nas regras de direito material, especificamente, ou no ordenamento jurídico, de modo geral. As pessoas envolvidas nesses atos ou fatos jurídicos são detentoras de situações jurídicas que as colocam juntas, em determinadas relações jurídicas, denominadas *relações jurídicas de direito material*. A partir daí, o titular da relação jurídica subordinante (que se considera detentor de um direito) pode pretender fazer valer o seu direito em face daquele que considera o responsável por isso (o titular da relação jurídica subordinada); no entanto, este último pode resistir a tal pretensão e dar nascimento a uma lide, que se caracteriza exatamente por esse conflito de interesses qualificado por tal pretensão e resistência. Ao titular da

[6] Podemos destacar, sem pretensão de esgotar: **Ada Pellegrini Grinover**, **Antônio Carlos de Araújo Cintra** e **Cândido Rangel Dinamarco**, *Teoria geral do processo*, capítulo 10; **Moacyr Amaral Santos**, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. I, capítulo V; **Vicente Greco Filho**, *Direito processual civil brasileiro*, vol. I, capítulo 1, item 11; **Cândido Rangel Dinamarco**, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, título III, capítulo 8; **Arruda Alvim**, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, capítulo I; **Ernane Fidélis dos Santos**, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, introdução, itens 2 e 3; **José Eduardo Carreira Alvim**, *Teoria geral do processo*, capítulo II; **Humberto Theodoro Jr**., *Curso de direito processual civil*, vol. I, capítulo I.

pretensão – titular do direito subjetivo - resta buscar a solução do conflito por meio do poder responsável – Poder Judiciário – que, por um instrumento – processo – o solucionará, pondo-lhe fim. Para tanto, referido instrumento deverá estar envolto em uma série de normas processuais, cujo conjunto se denomina *Direito Processual*.

O Direito Processual, como conjunto de normas processuais no sentido lato, está organizado de maneira tal que sirva e atenda às lides apresentadas, acompanhando as identidades ou especificidades de cada uma.

Assim, surgem as divisões. Lides de natureza "especial" necessitam de regras processuais também de natureza especial (Direito Processual Eleitoral, Direito Processual Penal Militar, Direito Processual do Trabalho); às lides de natureza "comum" destinam-se as regras processuais de natureza comum (Direito Processual Penal e Direito Processual Civil).

Chegamos a um momento importante. E as lides de natureza coletiva, enquadram-se onde? São lides de natureza comum ou especial? Utilizam-se de regras processuais comuns ou especiais? Também surgem de relações de direito material?

Se fizermos uma análise superficial, veremos que todas as perguntas formuladas podem ser respondidas sem maiores dificuldades; assim, as lides de natureza coletiva podem ser comuns (v.g. um grupo de consumidores lesados por uma propaganda enganosa) ou especiais (v.g. um grupo de trabalhadores lesados por uma medida do empregador) e podem igualmente utilizar as normas processuais comuns ou especiais, surgindo de situações que têm enquadramento

no direito material, de forma específica, ou no ordenamento jurídico, genericamente considerado; no entanto, diante dessas lides coletivas, veremos que a questão não é tão simples assim.

Se pertenço a um grupo de moradores de determinada região poluída por uma fábrica que despejou dejetos no rio que a cruza, posso dizer que essa situação tem enquadramento em uma norma de natureza material e gera uma lide de natureza comum e que as regras processuais coletivas acompanharão essa natureza comum; no entanto, a mesma situação poderá ser tutelada por um grupo de moradores da região, mediante uma associação de moradores. Nesse caso, a situação continua a ter enquadramento no direito material; a lide, do mesmo modo, estabelece-se como lide de natureza comum; no entanto, se pretendermos utilizar para essa situação as normas do processo individual, veremos que não haverá adaptação. Primeiro, porque a legitimidade para essa ação coletiva não é das pessoas lesadas; segundo, porque o resultado da ação atingirá as pessoas lesadas que nem sequer participaram da relação processual. Ora, é esse o espírito do Direito Processual Individual? Essas regras nasceram para atender às lides de natureza individual?

Parece-nos que vamos ter de dividir o Direito Processual em *individual* e *coletivo*.

E por que não colocar o Direito Processual Coletivo como uma espécie do processo individual? Porque todas as divisões do Direito Processual Individual partem de premissas comuns. Não é por acaso que se estabeleceu uma teoria geral do processo. No entanto, essa teoria geral foi toda idealizada a partir de

conceitos, princípios e regras do processo individual; tanto que não fala do processo coletivo[7].

O Direito Processual Coletivo precisa construir sua teoria geral e essa edificação não pode partir do processo individual. Há que estabelecer princípios, conceitos e métodos cujo ponto de partida sejam as regras de processo coletivo e não do processo individual.

Se partirmos do processo individual para estabelecer a base do processo coletivo, incorreremos em distorções que não poderão ser corrigidas.

Não queremos dizer com isso que as regras do processo individual não possam ser utilizadas subsidiariamente diante de lacunas no processo coletivo, senão que apenas na ocorrência delas e naquilo que não contrariarem os princípios desse processo.

Assim, propomos uma nova divisão para o Direito Processual: *Direito Processual Coletivo* – comum e especial – e *Direito Processual Individual* – comum e especial. O *Direito Processual Coletivo especial* cuidaria das ações coletivas que envolvessem lides de natureza trabalhista e eleitoral e o *comum*

[7] Interessante transcrevermos citação de **Vicente Greco Filho**: "... há de se reconhecer que a teoria geral do processo civil foi desenvolvida a partir de um processo modelo: o da ação condenatória simples de cobrança ou de indenização, entrando a teoria geral em crise diante de temas como os procedimentos especiais, a própria execução, o processo em que se aplicam direitos de ordem pública ou outros, cuja peculiaridade repercute no processo de modo a exigir reestudo de seus temas fundamentais, aparentemente consagrados. Assim, por exemplo, nos processos de acidente do trabalho, em virtude do interesse público envolvido, diferentes são os poderes do juiz, que pode, inclusive, em determinados casos, julgar *ultra petita*, havendo quem entenda, também, não se aplicar, no caso, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* na apelação quando necessário ajustar o julgamento, em favor do acidentado, ainda que este não tenha apelado" (*Direito processual civil brasileiro*, vol. 1, p. 5).

das ações coletivas que envolvessem lides de natureza civil (sentido amplo) e penal[8].

No presente estudo, trabalharemos apenas com o *processo coletivo comum civil*[9], mais especificamente com as *condições das ações coletivas de natureza civil no processo de conhecimento.*

1.2. O processo e o Direito Processual Coletivo

O Direito Processual Coletivo deve conter um conjunto de regras de natureza processual e procedimental composto, em princípio, pela Constituição Federal, pela lei da ação civil pública, pelo código de defesa do consumidor e, ainda, especificamente, por outras legislações que encerrem normas da mesma espécie, como, por exemplo, a lei da ação popular, o estatuto da criança e do adolescente, a lei de improbidade administrativa, etc.

O processo, nesse caso, como sistema de atos que é, será o coletivo, ou seja, reger-se-á pelas leis e princípios do Direito Processual Coletivo.

[8] **Gregório Assagra de Almeida** propõe que se crie uma terceira categoria, denominada de "Direito Processual Coletivo", ao lado do Direito Processual Civil e do Direito Processual Penal (*Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 20). **Christianine Chaves Santos** oferece para a tutela jurisdicional dos direitos coletivos o "Direito Processual Constitucional" (*Ações coletivas e coisa julgada*, p. 76). **Carlos Alberto de Salles** fala em "Processo Civil de Interesse Público" (*Processo civil de interesse público*, p. 39-73).

[9] Apesar de considerarmos as ações destinadas ao controle de constitucionalidade das leis também como ações coletivas, pelo inegável efeito *erga omnes* que possuem, deixaremos de fazer a abordagem das condições da ação em relação a elas, pela especificidade que possuem.

As regras de Direito Processual Individual, contidas no código de processo civil e legislação extravagante, como dissemos, poderão ser utilizadas, subsidiariamente, naquilo que não contrariem o processo coletivo.

Partindo de um conceito de Direito Processual Civil, elaborado por **Vicente Greco Filho**[10], podemos dizer que o Direito Processual Coletivo é um ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição coletiva, o exercício da ação coletiva e o processo coletivo, em face de uma pretensão coletiva, entendida esta como toda aquela cuja decisão esteja fora da atuação da jurisdição individual[11].

2. O processo coletivo

2.1. A necessidade de criação de uma teoria geral do processo coletivo

[10] "Pode-se, pois, conceituar o direito processual civil como o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo, em face de uma pretensão civil, entendida esta como toda aquela cuja decisão esteja fora da atuação da jurisdição penal, penal militar, do trabalho e eleitoral" (*Op. cit*., p. 66).

[11] Conceito semelhante encontramos com **Ricardo de Barros Leonel**: "Conjunto de normas e princípios que regem o equacionamento dos conflitos envolvendo direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, desde suas origens, sua evolução, com dados úteis e colhidos no direito comparado, sua configuração atual, seus institutos, e, finalmente, suas perspectivas" (*Manual do processo coletivo*, p. 17).

Gregório Assagra de Almeida propõe o seguinte conceito para o Direito Processual Coletivo: "É o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no *plano abstrato*, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no *plano concreto*, pretensões coletivas em sentido *lato*, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social" (*Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 22).

No início da utilização das ações coletivas, houve uma tentativa de adaptação das regras processuais individuais ao processo coletivo[12]; agora, com o amadurecimento dessas ações, percebemos que é hora de buscar legislação própria, que se ajuste perfeitamente à realidade das ações coletivas.

Sabemos que a legislação processual para as ações coletivas já existe e é composta, principalmente, pela LACP, CF e pelo CDC. No entanto, justamente por estar espalhada, acaba perdendo sua homogeneidade e força, além de restarem lacunas que terminam sendo supridas pela legislação processual individual a qual, como dissemos, não se adapta à tutela dos direitos coletivos.

Neste passo, e justamente por acreditarmos na existência de princípios, conceitos, leis, etc., próprios do Direito Processual Coletivo, é que vemos a necessidade de estabelecer uma teoria geral para esse ramo do direito[13].

Não temos intenção de aprofundar toda a teoria geral do processo coletivo, já que, em primeiro lugar, como dissemos, limitamos nosso tema às condições das ações coletivas. Para completar, muito há ainda para construir no

---

[12] "A tutela jurisdicional dos interesses transindividuais (...) também não poderia efetivar-se pelos princípios individualistas que permeiam o Código de Processo Civil". "Basta que lembremos (...) do conteúdo dos arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil (...) e (...) o art. 472 do mesmo diploma (...), para verificarmos a incompatibilidade intrínseca na utilização dos postulados do processo individual para o *processo coletivo das demandas coletivas*" (**José Marcelo Menezes Vigliar**, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 24-25).

[13] Não pensa diferente **Gregório Assagra de Almeida**, que, ao defender uma teoria geral para o Direito Processual Coletivo, justifica que o mesmo possui seus próprios métodos e objeto, além de afirmar que alguns institutos, como o das condições da ação e o dos pressupostos processuais, não podem mais ser vistos sob a tradição individualista (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 36 e 137). **Rodolfo de Camargo Mancuso**, igualmente, diz que devemos, para o processo coletivo, repensar o devido processo legal, bem como interpretar de forma elástica os princípios da defesa e do contraditório (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 236-237). **Motauri Ciocchetti de Souza**, nessa linha, diz que "o sistema da ação civil pública não inviabiliza o reconhecimento da existência de uma Teoria Geral do Processo, a ela impondo, não obstante, algumas alterações, vez que necessárias para a efetiva tutela de interesses que não comportam fragmentações" (*Ação civil pública – competência e efeitos da coisa julgada*, p. 44).

que se refere a essa teoria. No entanto, alguns destaques serão dados apenas para justificar a importância do que se defende.

Vejamos, por exemplo, serem as normas que regulam as ações coletivas consideradas de ordem pública[14] e interesse social[15]. O próprio código de defesa do consumidor, em seu art. 1º, atribui expressamente tal qualidade a todas as suas normas.

É certo que a regra se encontra no CDC, porém, entendemos que muitas regras estabelecidas no código se estendem a todas as ações coletivas, de que é esta um exemplo. Afinal, não há como negar o interesse público presente em todas as ações coletivas nem tampouco a interação entre as legislações processuais coletivas.

Assim, o juiz poderá, tratando-se de ações coletivas, apreciar *ex officio* qualquer questão nelas ventilada, o que demonstra um enfraquecimento do princípio dispositivo nos processos coletivos[16].

---

[14] Para **Adriano Perácio de Paula**, "normas de ordem pública são as chamadas normas de sobredireito, que atuam contra outras normas, ainda que da mesma hierarquia, porque o campo de domínio destas regras é derivado de uma ordem que invoca, a um só tempo, as circunstâncias de conteúdo e de forma, para sobrepairar sobre a estrutura legal de uma maneira diferenciada" (*Direito processual do consumo*, p. 8).

[15] "Ser de interesse social significa, em termos práticos, que o MP terá participação obrigatória em todas as ações coletivas..." (**Nelson** e **Rosa Nery**, *CPC comentado*, p. 1348-1349).

[16] É o que nos ensina **Nelson Nery Jr**., ao comentar o código de defesa do consumidor: "... sobre elas não se opera a preclusão e as questões que delas surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. O tribunal pode, inclusive, decidir contra o único recorrente, reformando a decisão recorrida para pior, ocorrendo assim o que denominamos de *reformatio in pejus* permitida, já que se trata de matéria de ordem pública a cujo respeito a lei não exige a iniciativa da parte, mas, ao contrário, determina que o juiz a examine de ofício ..." (*Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 51-52).

Nelson Nery Jr. vê a ação civil pública como uma exceção ao princípio dispositivo (*A ação civil pública*, p. 225). **Sergio Shimura**, ao seu turno, percebe uma mitigação dos princípios da demanda e dispositivo, o que permite ao juiz, de ofício, determinar a prática de medidas mais adequadas (*Tutela coletiva*, p. 50).

A propósito do que acabamos de afirmar, há que ressaltar os poderes ampliados do juiz nos processos que envolvem os direitos coletivos, o que se verifica em diversos dispositivos, seja da LACP e do CDC, como também de outras legislações que cuidam do processo coletivo; v.g, a dispensa da constituição das associações por um ano, se o juiz assim o considerar; a inversão do ônus da prova, verificada no caso concreto; a aplicação de multas ou outras medidas necessárias para o cumprimento da obrigação; a atribuição do efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte, etc.

Outro princípio que também se encontra no CDC mas que, em nosso pensar, deve estender-se a todas as ações coletivas, dependendo do caso concreto, refere-se à inversão do ônus da prova, ou seja, à possibilidade de modificar a responsabilidade pela produção de provas, determinando (em alguns casos pela lei, outros pelo juiz) que o próprio réu comprove que tem razão, desmoronando as alegações do autor.

Se formos ao campo dos pressupostos processuais ou mesmo se ficarmos no tema dos princípios processuais[17], veremos que a própria imparcialidade do juiz recebe contornos diferenciados[18]. Principalmente se o assunto discutido em juízo envolver direitos difusos, torna-se inegável certo interesse do juiz no

[17] **Gregório Assagra de Almeida** sintetiza os seguintes princípios específicos do Direito Processual Coletivo: princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva; princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva; princípio da presunção da legitimidade "ad causam" ativa pela afirmação do direito; princípio da não-taxatividade da ação coletiva; princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva; princípio da máxima efetividade do processo coletivo; princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 570-578).

[18] Idéia compartilhada por **Pedro Lenza**, mas que, por outro lado, sugere: "a legalidade deverá ser sempre observada, podendo o magistrado alcançar até os limites tolerados pelo ordenamento jurídico, desde que mantenha inatingível a integridade do *due process of law*" (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 287-297).

resultado da causa, uma vez que, antes da toga, está vestido como qualquer indivíduo membro da coletividade.

A questão da competência também foi tratada de modo diverso; a lei da ação civil pública prevê regra de competência territorial absoluta; assim, v.g., as ações deverão ser propostas no foro do local do dano. Entretanto, apesar de absoluta e, portanto, não passível de modificação pela vontade das partes, admite-se, pela prevenção, a conexão.

O tratamento dado às custas iniciais, da mesma forma, não acompanhou o regramento existente; porquanto, tratando-se de ações coletivas não haverá adiantamento de custas nem condenação, diante de improcedência, salvo se comprovada a existência de má-fé.

Em sede de legitimidade, é o próprio legislador que a distribui e apenas algumas pessoas ou órgãos a têm; tais pessoas e órgãos, normalmente, não serão os envolvidos no conflito.

Existe a possibilidade de que, diante de desistência ou abandono da ação, outros legitimados a assumam.

Tratando-se de direitos individuais homogêneos, permite-se aos interessados ingressar como litisconsortes, sem que tenham legitimidade para a mesma ação.

Ainda em sede de legitimidade, destaca-se a possibilidade de um legitimado defender interesses de várias pessoas ao mesmo tempo, por

intermédio de uma única ação, o que revela com clareza o encontro com o princípio da economia processual, superando a anterior e única possibilidade de litisconsórcio e evitando o litisconsórcio multitudinário.

O Ministério Público participa de todas as ações coletivas, podendo inclusive assumir a autoria em ações nas quais, em princípio, não teria legitimidade (*ex vi* ação popular).

A decisão proferida nas ações coletivas estenderá os seus efeitos e a coisa julgada será *erga omnes* ou *ultra partes*, possibilitando àquelas pessoas que não participaram da relação jurídica processual dela beneficiar-se, o que revela um novo perfil do princípio do contraditório, sem, todavia, desrespeitá-lo, já que não haverá extensão para prejudicar, mas tão-somente para beneficiar.

Ou, ainda, tratando-se de ações coletivas em andamento, permite-se a suspensão das ações individuais para que as pessoas possam beneficiar-se do resultado da ação coletiva.

Mesmo diante de improcedência, é possível a repropositura da ação coletiva, caso o julgador a tenha acolhido por insuficiência de provas, bem como a continuidade ou propositura de ações individuais.

Aproveitemos para destacar o princípio da verdade real ganhando espaço nos processos coletivos, a fim de que os juízes investiguem livremente as provas, antes de chegarem à improcedência diante de sua insuficiência.

Destaca-se ainda, nesta seara de solução dos conflitos, que, com uma única decisão, eliminar-se-ão diversos conflitos de interesses, o que, além da referida e ansiada economia processual, evita o desprestígio do Judiciário diante de sentenças diferentes para causas semelhantes; evita-se, ademais, o trabalho mecânico dos juízes de proferir "decisões-padrão", o que também vai ao encontro da igualdade e segurança jurídica, tão esperadas.

O produto gerado pela condenação em uma ação coletiva poderá ter destinação que não às pessoas lesadas, vindo a depositar-se num fundo criado especificamente para receber esse dinheiro, utilizado em recuperação do próprio bem ou direito envolvidos no caso.

Ainda no que diz respeito às condenações, deverão elas, sempre que possível, recair sobre a reparação específica ou o resultado prático equivalente.

Tratando-se de condenações genéricas, as liquidações e execuções poderão ser individuais ou coletivas.

A possibilidade da instauração do inquérito civil, bem como a permissão do compromisso de ajustamento são novidades desse sistema de ações coletivas.

Em sede de interpretação, considerando que as ações coletivas, bem como os direitos coletivos, estão previstos constitucionalmente, inclusive como direitos fundamentais, há que ser sempre ampliativa.

Na opinião de **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Carlos Araújo Cintra** e **Cândido Rangel Dinamarco**, o processo coletivo tem princípios próprios, devendo passar por uma releitura:

> "*Assim, por exemplo, a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade* ***ad causam*** *e aos poderes do juiz etc.), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objetiva e subjetiva, uma maior liberdade das formas*".

E, ainda:

"*... o princípio jurídico da igualdade também é objeto de uma nova avaliação substancial, em benefício do grupo*".

Concluem:

> "*... é sobretudo no plano dos institutos fundamentais do processo que o direito processual coletivo se distingue do individual*" [19].

José Marcelo Menezes Vigliar, igualmente, oferece sugestões de novas perspectivas para as ações e o processo coletivo, ao afirmar as enormes diferenças entre o processo individual e o coletivo, "*havendo inclusive que se considerar um diferenciado devido processo legal para as demandas coletivas, que reclama por alterações nas regras de competência, produção de prova, tutela específica etc*" [20].

---

[19] *Teoria geral do processo*, p. 133.

[20] *Ação civil pública ou ação coletiva?*, p. 443.

2.2. A essencial aprovação de um código de processo coletivo

Por tudo até aqui exposto é que defendemos a vigência de uma legislação codificada acerca do Direito Processual Coletivo.

Esta, aliás, não é idéia nossa; há muito, desde que se discute a instrumentalidade do processo coletivo, que vozes soam em defesa de um código de processo coletivo ou, ao menos, a inserção destas regras nos códigos processuais vigentes, em capítulos específicos.

O tema vem sendo objeto de preocupação no Brasil e em outros países; tanto que, no encontro dos países ibero-americanos, foi pautada a discussão em torno da elaboração de um *código modelo de processos coletivos*, o qual foi discutido e aprovado[21]. Isso, possivelmente, influenciará não só as legislações dos países participantes, bem como de vários outros países do mundo.

Acreditamos ser inevitável uma legislação processual que se ocupe das ações coletivas e, sendo assim, o melhor, a nosso ver, seria codificá-la.

No Brasil, de certo modo, a legislação está codificada pelo código de defesa do consumidor e pela lei da ação civil pública; sem olvidar, é claro, da Constituição Federal. No entanto, como já tivemos oportunidade de dizer, varia muito a interpretação dessas normas e apesar da integração e interação que se estabeleceu entre elas, há dúvidas sobre a aplicação. O CDC, por exemplo, tem um título que trata *da defesa do consumidor em juízo* e um título que cuida *das*

ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos; outro, na seqüência, fala *da coisa julgada nas ações coletivas*, o que causa questionamentos sobre o aproveitamento para outras ações coletivas que não as que versem sobre lides de consumo, ou, ainda, se não haveria restrições quanto aos demais direitos coletivos (os difusos e os coletivos em sentido estrito), se a abordagem da coisa julgada se estenderia a todas as ações coletivas, mesmo estando no CDC, e assim por diante.

Ademais, há outras legislações que podem ser utilizadas em ações coletivas, já que trazem também normas de caráter instrumental, como, por exemplo, a lei da ação popular, o estatuto da criança e do adolescente, a lei de improbidade administrativa, a política nacional do meio ambiente, dentre outras, o que provoca dúvidas quanto à aplicação mais adequada dessas normas.

Por fim, há que considerar determinados direitos que se regem por legislação própria, mas que podem ser tutelados coletivamente, como é o caso do mandado de segurança, regulamentado em sede de legislação infraconstitucional (lei nº 1533/51), mas que, pela Constituição Federal de 1988, pode ser impetrado coletivamente. Diante de conflitos de normas processuais, qual deverá ser aplicada? A lei do mandado de segurança, mesmo em se tratando de mandado de segurança coletivo, ou as regras processuais coletivas, previstas no CDC e na LACP?

[21] O código modelo de processos coletivos para a Ibero-América foi aprovado em outubro de 2004, no encontro de Caracas, na Venezuela.

Essas e muitas outras questões já surgidas e por surgir poderiam ser resolvidas ou, ao menos, mitigadas com a organização das normas processuais para os processos coletivos[22].

No entanto, há que ter cuidado com as propostas de emendas e anteprojetos de códigos processuais coletivos para não inviabilizar a utilização das ações coletivas e pôr a perder as conquistas alcançadas.

Talvez, em lugar de revogar as legislações existentes para substituí-las por novas, fosse melhor reformá-las e reunir todas a fim de compilá-las, criando assim um código de processo coletivo dividido em uma parte geral, com regras comuns a todas as ações coletivas, e uma parte especial, que enfeixasse as legislações equivalentes, como a lei da ação popular, o estatuto da criança e do adolescente, o código de defesa do consumidor, a lei de improbidade administrativa, etc.

Algo para refletirmos diante das propostas que já estão surgindo sobre o tema e que serão abordadas mais à frente.

[22] **Ricardo de Barros Leonel**, ao tratar do desenvolvimento do processo coletivo, entende que "o processo de evolução não está concluído, pois os avanços até então obtidos ainda não são suficientes para o equacionamento de todas as situações decorrentes da vida de relação (...). Ainda hoje resta válida a afirmação de que a imprescindibilidade da adaptação do sistema jurídico – particularmente no processo – às novas exigências de tutela fica patente, visto que a regulamentação voltada à solução de questões de cunho individualístico torna-se insubsistente, caindo como um ' castelo de cartas' " (*Manual do processo coletivo*, p. 34).

II – A LEGISLAÇÃO

O Brasil não esteve indiferente à evolução dos tempos e muito menos às novas necessidades surgidas em virtude desse desenvolvimento.

Muito já se falou a respeito do crescimento legislativo no campo dos direitos coletivos e das respectivas tutelas.

Neste trabalho, não temos intenção de cuidar do assunto; preferimos, ao revés, detalhar o quadro legislativo atual e o que poderá vir; é o que, por ora, se adapta melhor à proposta do tema.

Por isso, no presente capítulo, vamos verificar a legislação – não toda, mas a principal – que se ocupa das regras de natureza processual coletiva, começando pela Lei Maior - a nossa Constituição Federal – e passando por outros diplomas legislativos pertinentes, como a lei da ação popular, a lei da ação civil pública, o código de defesa do consumidor, dentre outras.

1. O Direito Processual Coletivo como subsistema constitucional

1.1. Estado Democrático de Direito e acesso à justiça

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, apesar de muito criticada pela quantidade de artigos e emendas, é um diploma legislativo digno de aplausos porque cuidou de estabelecer os princípios fundamentais de nosso país (a

soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político – art. 1º) bem como as garantias e direitos fundamentais individuais e coletivos (art. 5º).

Os princípios fundamentais sobre os quais a democracia brasileira se apóia, por seu turno, servem de base para todos os demais direitos e garantias, bem como para todos os deveres, previstos na Constituição Federal.

A *soberania* "é a qualidade que cerca o poder do Estado"[23]. "É a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Magna), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição"[24].

A *cidadania*, caracterizada pela participação política dos indivíduos nas atividades do Estado e em outras que envolvam o interesse público, "deflui do próprio princípio do Estado Democrático de Direito"[25].

A *dignidade da pessoa humana* "coloca a pessoa como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos"[26].

[23] O que significa "que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir nos seus negócios" (**Celso Ribeiro Bastos**, *Curso de direito constitucional*, p. 158).

[24] **Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 16.

[25] **Celso Ribeiro Bastos**, *Curso de direito constitucional*, p. 158.

[26] *Ibid*, p. 159.

"Esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional"[27].

Os *valores sociais do trabalho* e da *livre iniciativa* cuidam do reconhecimento do trabalho humano e do incentivo ao empreendedor, considerando a importância disso não só para as próprias pessoas e suas respectivas famílias como também para a economia do país.

E, ainda, o *pluralismo político*[28], que vem ao encontro da democracia, permitindo que a multiplicidade de partidos e idéias próprias oponha-se a outras concepções e ao controle do próprio Estado.

Nem é preciso dizer que a República Federativa do Brasil ainda se firma na repartição dos Poderes, independentes e harmônicos entre si.

É no capítulo que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos que vamos encontrar garantias como a da igualdade (art. 5º, I), da defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII), de obter informações, tanto de interesse individual como coletivo (art. 5º, XXXIII), do acesso à justiça (art. 5º, XXXV),

---

[27] **Luiz Antonio Rizzatto Nunes**, *Comentários ao código de defesa do consumidor – direito material*, p. 16.

"A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*" (**Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 16).

[28] "(...): demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar-se a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do País, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos" (**Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 17).

do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), da proibição dos tribunais de exceção (art. 5º, XXVII), do juiz natural (art. 5º, LIII), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da inadmissibilidade de utilização de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI), da presunção de inocência até decisão condenatória com trânsito em julgado (art. 5º, LVII), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), do mandado de segurança (art. 5º, LXIX), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), do *habeas data* (art. 5º, LXXII), da ação popular (art. 5º, LXXIII), da assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV), da indenização por erro judiciário (art. 5º, LXXV), etc., sem pretensão de esgotar.

Com essas garantias, os indivíduos, bem como toda a coletividade, gozam dos mais amplos direitos e deveres constitucionais que irão refletir os direitos e deveres previstos nas leis infraconstitucionais.

A garantia da *igualdade*, v.g., está expressa no código de processo civil, que, em seu art. 125, inciso I, determina que o juiz dê tratamento igual para as partes; da mesma forma, esse diploma legislativo não admite regras diferenciadas para as partes, que, em princípio[29], terão os mesmos direitos e deveres processuais.

[29] Dissemos "em princípio" pois há regras que são diferenciadoras, v.g., os prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for o Ministério Público ou a Fazenda Pública (art. 188), os prazos em dobro para contestar, recorrer e falar nos autos, quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores (art. 191), a dispensa de preparo quando o recurso for interposto pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelas Autarquias (art. 511, § 1º). De qualquer modo, essas prerrogativas não ferem a garantia da igualdade já que, ao contrário, consideram as desigualdades, a fim de que seja buscada uma igualdade real, que possibilite tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

A *defesa dos consumidores* está magnificamente regulamentada no código brasileiro de defesa do consumidor (Lei 8.078/90), objeto de estudo neste trabalho.

O *direito de ser informado* vem consagrado como princípio em diversos diplomas legislativos, merecendo destaque o próprio código de defesa do consumidor, a lei da política nacional do meio ambiente, a lei da ação civil pública[30].

A *garantia do acesso à justiça*, ponto que queríamos alcançar, pela importância e desdobramentos que apresenta, não se limita ao acesso amplo e irrestrito de todas as pessoas à tutela jurisdicional; é isso e muito mais.

É claro que o legislador constituinte, ao prever que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou simples ameaça a direito, seja ele individual, seja ele coletivo, foi bem claro na amplitude dessa

[30] No código de defesa do consumidor (Lei 8.078/90), podemos destacar o inciso IV, do art. 4º, que prevê como princípio da política nacional das relações de consumo: "*IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo*" e o inciso III, do art. 6º, que, ao tratar dos direitos básicos do consumidor, dita como um desses direitos: "*III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*". Na lei de política nacional do meio ambiente (Lei 6.938/81), de acordo com **Celso Antonio Pacheco Fiorillo**, em *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 38, "*a informação ambiental encontra respaldo legal nos arts. 6º, § 3º, e 10 da política nacional do meio ambiente*". O teor do § 3º, do art. 6º é: "*§ 3º Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada*" e do artigo 10 é: "*Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis*". Na lei da ação civil pública (Lei 7.347/85), estabelece o Art. 6º que "*qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção*", o Art. 8º, "*para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15(quinze) dias*" e o seu § 1º, "*o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de*

garantia; no entanto, ela sofre desdobramentos e acaba tendo um conteúdo digno de Estado Democrático de Direito.

Cândido Rangel Dinamarco, **Ada Pellegrini Grinover** e **Antônio Carlos de Araújo Cintra**[31], ao descreverem a preocupação com o acesso à justiça, explicam que a garantia se perfaz quando e se houver acesso a uma ordem jurídica justa.

O acesso a essa ordem jurídica justa não pode ser constatado pela simples provocação ao órgão do Poder Judiciário; aliás, antes mesmo dessa promoção, ergue-se uma série de obstáculos a transpor.

Superados os primeiros obstáculos e provocada a função jurisdicional, haverá todo um caminho a percorrer, incluindo o procedimento que se deverá cumprir com a observância de princípios, garantias e normas de natureza processual e constitucional, aí incluída, por óbvia, a garantia do devido processo legal.

Ao final da atividade jurisdicional, ainda que interrompida precocemente por qualquer dos motivos arrolados na lei, poder-se-ão constatar a obediência e o acesso a uma ordem jurídica realmente justa.

A inobservância, inclusive, poderá acarretar a anulação da decisão e até de todos os atos praticados para chegar a ela.

---

qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10(dez) dias úteis".

[31] *Teoria geral do processo*, p. 35.

Mas o destaque que se quer dar e que tem relevância para o trabalho diz respeito à efetividade do instrumento (processo) e das regras que o norteiam (Direito Processual) e se colocam nessa trilha de acesso à justiça.

Já vimos, no capítulo que aborda a tutela jurisdicional coletiva, que o Direito Processual, como conjunto de regras de natureza processual, que se ocupa da atividade jurisdicional, do exercício da ação, do processo e dos procedimentos, deve estar adequado para atender aos reclamos de qualquer natureza.

Dissemos ainda que o Direito Processual, ao se dividir, tem este propósito: atender às lides, conforme a essência que apresentem; daí a sugestão de desvincular o Direito Processual Coletivo do Direito Processual Individual, para melhor atender às demandas de caráter coletivo.

Quando pensamos assim, não temos outra intenção senão construir uma doutrina que vá ao encontro do acesso à justiça, inevitável, indispensável e constitucionalmente almejado.

O legislador constituinte não esteve indiferente e, além de estabelecer genericamente a garantia de acesso à justiça, também, ao longo do texto constitucional, firmou diversas ordens em compromisso com ela.

No próximo item, vamos localizar tais comandos, limitando-os, porém, aos que guardem pertinência com o tema do acesso “coletivo” à justiça.

1.2. Legitimidade e ações coletivas

Já no capítulo citado da Constituição Federal que dá tratamento aos direitos e deveres individuais e coletivos, deparamo-nos com a legitimidade para o mandado de segurança coletivo e para a ação popular.

O mandado de segurança coletivo poderá, de acordo com o texto constitucional, ser impetrado por partido político, com representação no Congresso Nacional (alínea a, do inciso LXX, art. 5º) e por organização sindical, entidade de classe ou, ainda, associação, desde que legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, cuja finalidade seja a defesa dos interesses de seus membros ou associados (alínea b, do inciso LXX, art. 5º).

Não pretendemos neste capítulo discutir intimamente a ação de mandado de segurança coletivo, já que o faremos em capítulos posteriores. Gostaríamos apenas, neste momento, de destacar alguns pontos que consideramos relevantes para o ensejo.

Pois bem, a questão da legitimidade para o mandado de segurança coletivo vai, sem dúvida, ao encontro do acesso à justiça que tanto prende a atenção; no entanto, conforme desenvolveremos melhor mais adiante, parece-nos que, ainda que o legislador constituinte não tivesse regulamentado tal legitimidade, ela existiria por conta do que já cuidam outros dispositivos constitucionais (v.g., art. 129) e outras legislações infraconstitucionais (v.g., LACP, CDC). É que, em nosso entender, a interpretação, até em respeito à garantia do acesso à justiça, deve ser a mais ampla possível. Assim, quando a Constituição Federal atribui legitimidade ao Ministério Público para defender

quaisquer direitos difusos e coletivos e as leis infraconstitucionais citadas repetem essa legitimidade e a imputam a outros, como a associação (aí incluídos os partidos políticos) e ainda possibilitam que qualquer ação seja utilizada para o resguardo de tais direitos, nos conduz a acreditar que o mandado de segurança poderá ser utilizado para a defesa dos direitos coletivos e será, portanto, um mandado de segurança coletivo, desde que, é claro, seja proposto pelos legitimados referidos, não só no texto constitucional, como nas leis infraconstitucionais citadas, que trazem um rol de legitimados para as ações coletivas.

Da mesma forma, receberá a ação popular, oportunamente, o tratamento merecido.

Neste passo, consigne-se que é dada ao cidadão legitimidade para propor ação popular, cidadão aliás que, de acordo com a própria Constituição Federal, é o único legitimado para ela.

A ação popular, que já vinha prevista na lei infraconstitucional nº 4.717/65, completa-se ao ser categorizada como garantia constitucional, o que lhe deu força, não só por esse aspecto, mas por ter o texto constitucional ampliado o objeto de tutela por esta ação.

Ainda em sede constitucional, vemos o sindicato recebendo legitimidade para a defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III) e o Ministério Público, para promover o inquérito civil e a ação civil pública, em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos (art. 129, III).

O art. 114, que antes, em seu parágrafo segundo, atribuía legitimidade ao sindicato para os dissídios coletivos, sofreu modificação com a Emenda Constitucional nº 45 e outorgou às próprias partes envolvidas a legitimidade do ajuizamento do dissídio coletivo.

Não podemos deixar de considerar também a legitimidade que a União, os Estados, os Municípios, as autarquias e a coletividade receberam para defender o meio ambiente, legitimidade esta que, ainda que não expressa, fica subentendida ao lhes impor o legislador constituinte o dever não só de patrocinar as causas que o envolvam como de preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Do mesmo modo, a família, a criança, o adolescente e o idoso, conforme mando do preceito constitucional, devem ser defendidos pelo Estado e pela sociedade (arts. 226, 226, § 3º, 226, § 8º, 227, 230).

Os índios também recebem proteção constitucional e ao Ministério Público, bem como à União, reputa-se o dever desse abrigo (art. 129, V e art. 231).

E assim, sucessivamente, vamos encontrando por todo o texto constitucional diversas responsabilidades atribuídas ao poder público, ora nas três esferas (federal, estadual, municipal), ora apenas em uma delas, na defesa dos interesses inerentes à coletividade, como, v.g., a ordem econômica (art. 174); a política urbana (art. 182 e 182, § 4º); a política agrícola, fundiária e a reforma agrária (art. 184); a seguridade social (art. 194); a saúde (art. 196); a assistência social (art. 204); a educação, cultura e desporto (art. 205); a cultura

(art. 215); o desporto (art. 217); a ciência e tecnologia (art. 218); a comunicação social (art. 223).

Por todos os artigos acima expostos é que entendemos que a União, os Estados e os Municípios realmente não poderiam deixar de estar legitimados para as ações coletivas, conforme previsto na lei da ação civil pública e no código de defesa do consumidor.

2. A Constituição Federal e os direitos coletivos

A Constituição Federal de 1988 esteve atenta não somente às normas de caráter instrumental para a tutela dos direitos coletivos, mas também em estabelecê-los como direitos fundamentais.

Por isso, no título que se ocupa dos direitos e garantias fundamentais, conforme já mencionamos, estão arrolados diversos direitos individuais e **coletivos**.

Muitos desses direitos estão intimamente relacionados ao acesso à justiça e todos com vínculo obrigatório à dignidade das pessoas humanas.

Além disso, no capítulo que cuida dos direitos sociais (capítulo II), vemos a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados serem favorecidos não como meros interesses de um ou de outro, mas, sobretudo, como interesses de todos, ou, ao menos, de alguns.

Ao cuidar da nacionalidade (cap. III) e dos direitos políticos (cap. IV), o legislador não pretendeu senão proteger os princípios fundamentais que dão sustentação à democracia brasileira, como a soberania e a cidadania e, naturalmente, estender essa proteção a toda a coletividade.

De resto, vemos uma gama de assuntos (economia, urbanismo, agricultura, reforma agrária, seguridade social, saúde, assistência social, educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente, idoso, índios) profetizados como direitos constitucionais e que têm ou podem vir a ter repercussão coletiva.

3. A legislação infraconstitucional

3.1. Lei da Ação Popular

A ação popular[32], já o dissemos, tem previsão constitucional; no entanto, infraconstitucionalmente, desde 1965, está regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho.

Por ela, qualquer cidadão poderá requerer a anulação ou, ainda, a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, assim como de autarquias, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro (de representação pela União de

[32] Sobre a evolução da ação popular e da legislação correlata, no Brasil e no mundo, vide: **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 42-73; **Ricardo de Barros Leonel**, *Manual do processo coletivo*, p. 39-80; **Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 37-45 e 383-388; **Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 24-45, **J. M. Othon Sidou**, *'Habeas corpus', mandado de segurança,*

segurados ausentes), empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações (com custeio pelo tesouro público de mais de 50% do patrimônio ou da receita) e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos[33].

A Constituição Federal de 1988 ampliou o objeto da lei ao assegurar ao cidadão legitimidade para propô-la sempre que houver lesividade ao patrimônio público ou ao patrimônio de entidade de que o Estado participe e, ainda, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII).

Assim, podemos concluir que a lei da ação popular, embora anterior à Constituição Federal vigente, foi por ela recepcionada por não contrariar o teor da garantia constitucional[34].

---

mandado de injunção, 'habeas data', ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos, p. 299-338; **José Afonso da Silva**, *Ação popular constitucional*, p. 11-61.

[33] O teor a que nos referimos consta do artigo 1º da lei da ação popular, cuja literalidade é a seguinte: "Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinqüenta por cento) do patrimônio ou da receita ânua de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos".

[34] **Rodolfo de Camargo Mancuso**, além da ação popular constitucional, refere-se a um outro tipo de ação popular, prevista na Lei nº 818/49, que trata da anulação de ato de naturalização: "... pode-se dizer que as duas ações populares brasileiras, antes referidas, correspondem, a do inc. LXXIII do art. 5º da CF ao *tipo corretivo* e o da Lei 818/49 (para quem lhe reconheça a sobrevivência) ao *tipo subsidiário*. A ação popular constitucional é, desenganadamente, de tipo corretivo, porque por ela se almeja a desconstituição do ato lesivo ao patrimônio público *lato sensu*, com o retorno ao *statu quo ante*, a par da condenação dos responsáveis e beneficiários (...). Uma variante de ação popular de 'tipo supletivo' encontra-se na Lei 818, de 18.09.1949: seu art. 35 fulmina de nulidade o ato de naturalização inquinado de falsidade ideológica ou material, prevendo seu § 1º que a legitimação ativa é deferida ao Ministério Público *ou* a qualquer cidadão, e daí se inferindo que a legitimação para este não é simplesmente supletiva (já que não surge, propriamente, da inação do Ministério Público), mas seria subsidiária, já que o cidadão vem coadjuvar a ação do *parquet*, operando como um *amicus curiae*" (*Ação popular*, p. 71-72).

A lei que regulamenta a ação popular, além de estabelecer as legitimidades ativas (art. 1º) e passivas (art. 6º) para a ação, trouxe, ao longo de 22 artigos, normas de natureza material e processual (sentido amplo), viabilizadoras da ação constitucional.

Podemos destacar a norma de caráter explicativo do § 1º, do art. 1º, que esclarece o conceito de patrimônio público: "... os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico"; a do § 3º, que cuida da prova da cidadania, por meio do título eleitoral ou documento equivalente; a do § 4º, que prevê os documentos requeridos pelo cidadão para instruir a inicial; a do art. 2º, que informa quando os atos lesivos serão considerados nulos: "..., nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade"; a do parágrafo único, desse mesmo artigo, que caracteriza os motivos mencionados; a do art. 3º, que eiva de anulabilidade os vícios não compreendidos nas especificações do art. 2º; a do art. 4º, que atribui ainda nulidade a atos ou contratos que contenham algum tipo de irregularidade e/ou ilegalidade, especificados ao longo de nove incisos[35]; a do

[35] "Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º:

I - a admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais;

II - a operação bancária ou de crédito real, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;

b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação;

III – a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;

c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição;

IV – as modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos;

V – a compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não for cabível a concorrência pública ou administrativa, quando:

art. 5º, que se ocupa da competência para as ações populares, que acompanhará as regras de organização judiciária de cada Estado, conforme se trate de causas de interesse da União, do Distrito Federal, do Estado ou do Município; as dos parágrafos do último artigo citado, de caráter supletivo (§§ 1º a 3º); a do § 4º, desse artigo, que possibilita a suspensão liminar do ato lesivo; a do art. 6º, que, como já dissemos, estabelece os sujeitos passivos[36] para a ação e ainda se ocupa, nos parágrafos, das figuras dos assistentes e do 'custus legis'; a do art. 7º, que prevê o procedimento ordinário constante no código de processo civil (*caput*) e regras modificativas desse diploma legislativo, no que concerne ao despacho da inicial pelo juiz (I), à forma da citação (II), ao litisconsórcio passivo necessário (III), ao prazo da contestação (IV), à produção de provas testemunhal e pericial (V), ao prazo para a prolação da sentença (VI), das penalidades impostas aos juízes, pela não-observância dos prazos (parágrafo único); a do art. 8º, que estabelece pena de desobediência à autoridade, ao administrador ou ao dirigente, caso não forneçam as informações necessárias; a do art. 9º, que possibilita o prosseguimento da ação por outro cidadão ou pelo Ministério Público, na hipótese de desistência da ação pelo autor; a do art. 10, sobre pagamento de

---

a) for realizada em desobediência a normas legais regulamentares, ou constantes de instruções gerais;
b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;
c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação;

VI – a concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:
a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço;
b) resulta em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador;

VII – a operação de redesconto quando, sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais;

VIII – o empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando:
a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerais;
b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação;

IX – a omissão quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie".

[36] "Art. 6º. A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo".

custas e preparo, ao final; a do art. 11, a respeito da natureza constitutiva (invalidação do ato) e condenatória (pagamento de perdas e danos) da sentença; a do art. 13, que prevê condenação ao litigante de má-fé (lide manifestamente temerária); o do art. 14, que permite a apuração do montante devido, quando do processo de execução; a do art. 16, que determina ao Ministério Público a promoção da execução, diante da inércia do autor; a do art. 17, que permite a execução da sentença por todos aqueles que constem no art. 1º, ainda que tenham contestado a ação; a do art. 18, sobre a eficácia *erga omnes* da sentença, salvo se improcedente a ação popular por insuficiência de prova; a do art. 19, que determina a remessa necessária da decisão de 1º grau, sempre que o julgamento decidir pela carência ou pela improcedência da ação e ainda prevê o efeito suspensivo para a apelação contra a decisão de procedência; a do § 2º, deste art. 19, que atribui legitimidade recursal a qualquer cidadão e também ao Ministério Público, sempre que a decisão, passível de recurso, for contrária ao autor; a do art. 21, que estabelece em cinco anos a prescrição para a ação popular; por fim, a regra do art. 22, que possibilita a utilização subsidiária das regras do código de processo civil.

Há diversas discussões em torno da lei que regula a ação popular, desde as que versam sobre abrangência do termo “cidadão”, passando pela extensão do objeto, ou dos bens tutelados por ela, pela necessidade do binômio lesividade/ilegalidade e dos pedidos desconstitutivos/condenatórios, pela litispendência com as ações individuais e com outras ações coletivas, pelo litisconsórcio passivo necessário, pela natureza da legitimidade, até as que tratam da extensão da coisa julgada, a natureza da sentença, a possibilidade de rescindi-la, e assim por diante.

Vamos deixar para abordar esses assuntos polêmicos no capítulo em que analisarmos as condições da ação coletiva, mais especificamente, das condições da ação popular, já que as controvérsias que nos interessam são aquelas, e tão-somente aquelas, que envolvam a legitimidade de partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido nessas ações.

3.2. Lei da Ação Civil Pública

A lei da ação civil pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, veio atender ao reclamo de uma sociedade evoluída, principalmente influenciada pela Revolução Industrial e, contemporaneamente, pelas duas guerras mundiais, que produziram uma sociedade com problemas coletivos, geradores de direitos e deveres da mesma natureza, que exigiam uma legislação processual adequada para tutelá-los.

Cuidou o estatuto de regulamentar ações com pretensões de responsabilizar pela indenização aqueles que causem danos (patrimoniais e/ou morais) ao meio ambiente, aos consumidores, a bens de valor artístico, estético, histórico e paisagístico e à ordem econômica.

Posteriormente, em 1990, com a aprovação da Lei nº 8.078 (código brasileiro de defesa do consumidor), acrescentou-se o inciso IV ao art. 1º, da lei da ação civil pública, para fazer constar que também seriam objeto de ação de responsabilidade os danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Em 24 de maio de 2001, pela Medida Provisória nº 2.102-31, foi modificado o inciso V do artigo em questão, para substituir a expressão "por infração da ordem econômica" pela locução "por infração da ordem econômica e da economia popular".

Por essa mesma Medida Provisória, acrescentou-se ao art. 1º da LACP um parágrafo único excluindo do rol de interesses tutelados por ela aqueles que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, fundo de garantia por tempo de serviço ou quaisquer outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

Em 2001, mediante a Lei nº 10.257 (estatuto da cidade), art. 53[37], foi incluída a ordem urbanística como bem protegido pela lei da ação civil pública, o que levou à renumeração dos incisos, desencadeando a seguinte ordem: inciso I – meio ambiente; II – consumidor; III – ordem urbanística; IV – bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V – qualquer outro interesse difuso e coletivo; VI – infração à ordem econômica e da economia popular.

Por fim, o art. 53 foi revogado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que alterou novamente o art. 1º da Lei 7.347/85 e trouxe a seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e

[37] "Art. 53. O art. 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar acrescido de novo inciso III, renumerando o atual inciso III e os subseqüentes:
Art. 1º. (...), inciso III – à ordem urbanística".

> patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.

A lei da ação civil pública, além de cuidar dos bens e interesses por ela protegidos, procurou ainda, ao longo de 23 artigos, ditar normas, de natureza instrumental, que permitam uma tutela coletiva efetiva.

As regras processuais, nela previstas, desviaram-se daquelas clássicas, destinadas às lides de índole individual; daí, inclusive, a razão de existirem.

O artigo que trata da competência[38], por exemplo, trouxe uma regra com critério territorial, pela qual as ações devem ser propostas no foro do local do dano. No entanto, estabeleceu essa competência como funcional, ou seja, absoluta; ao contrário, portanto, das regras sobre competência territorial do CPC, que são consideradas relativas (art. 102).

Em 1999, pela Medida Provisória nº 1.820 (substituída pela MP nº 2.180-35/01, art. 6º), acrescentou-se ao artigo em comento um parágrafo único, que se preocupava com a prevenção do juízo, para todas as ações posteriormente propostas e que tivessem a mesma causa de pedir ou o mesmo pedido. A regra é, em princípio, desnecessária, já que o código de processo civil, que poderá ser utilizado subsidiariamente para as ações reguladas pela lei da ação civil pública

[38] "Art. 2º. As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa".

(conforme art. 19 desta lei), estabelece a prevenção no que se refere a ações conexas (art. 106 do CPC).

O art. 3º cuida de estabelecer limites ao pedido formulado nas ações previstas na LACP, podendo ele versar somente sobre condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação positiva ou negativa[39].

O art. 4º[40], permitindo o ajuizamento de ação cautelar, a fim de evitar dano, foi vetado; posteriormente, a Lei nº 10.257/01, art. 54, deu nova redação ao art. 4º: "Poderá ser ajuizada ação cautelar para fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico".

De qualquer maneira, o código de defesa do consumidor, em seu art. 83, previu que todas as ações podem ser utilizadas e, considerando a interação e integração[41] entre os diplomas legislativos, não há por que duvidar que a ação cautelar possa ser utilizada.

Na seqüência, o legislador regulamentou a legitimidade para as ações coletivas, dispondo, num rol taxativo, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as

[39] Muita embora exista essa limitação, com a vigência do código de defesa do consumidor e a interação e integração nele previstas, pelo teor do artigo 83, qualquer ação poderá ser utilizada. Logo, outros pedidos poderão ser formulados.

[40] "Art. 4º. Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado)".

[41] Art. 21 da LACP e arts. 90 e 117 do CDC.

empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações[42] como detentores dessa legitimidade.

Assim como previsto na lei da ação popular, o Ministério Público deverá intervir nas ações envolvendo essa lei, mas que não tenham sido propostas por ele e, ainda, assumir a causa, se houver desistência ou abandono da ação[43].

Aos Ministérios Públicos, fica permitida ainda a formação de litisconsórcio, sejam eles da União, do Distrito Federal ou dos Estados[44].

A lei também possibilita que o Poder Público e as associações legitimadas habilitem-se como litisconsortes de qualquer das partes[45].

Mediante a Lei nº 8.078/90, art. 113, incluiu-se a regra prevista no § 6º, permitindo aos órgãos públicos legitimados tomar compromisso de ajustamento

[42] Referida legitimidade está no art. 5º, que, em seu inciso V, alíneas a e b, estabelece, quanto às associações, respectivamente, que estejam constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (a redação do inciso V foi determinada pelo art. 2º, da Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 5º). O § 4º desse mesmo artigo possibilita que o juiz dispense o requisito da pré-constituição quando perceba manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou, ainda, pela relevância do bem jurídico a ser protegido (o parágrafo citado foi incluído pelo artigo 113, da Lei nº 8.078/90).

[43] O § 3º (modificado pelo art. 112, da Lei nº 8.078/90) fala em assunção da ação pelo Ministério Público ou qualquer outro legitimado, caso ocorra desistência infundada ou abandono da ação por associação. Consideramos que o Ministério Público deva assumir a causa ainda que a desistência ou o abandono se façam por outro legitimado que não a associação.

[44] Este § 5º foi incluído pelo art. 113, da Lei nº 8.078/90, e gerou bastante polêmica. Mais à frente, vamos voltar a falar do tema.

[45] A regra vem estatuída no § 2º, do art. 5º.

dos interessados; referido termo tem eficácia de título executivo extrajudicial[46].

Estabelece ainda o texto da lei da ação civil pública a faculdade de qualquer pessoa e a obrigação do servidor público e dos juízes de provocarem o Ministério Público para a propositura da ação.

Na seqüência, normas sobre a instrução da causa, incluindo a instauração de inquérito civil, pelo Ministério Público, se necessário, e a previsão de conduta criminosa dos que não colaborarem com informações requisitadas (dados técnicos).

O juiz recebeu poderes amplos, como (a) determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, sob pena de execução específica ou de cominação de multa, ainda que o autor não tenha requerido, (b) conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia (arts. 11 e 12) e (c) de conferir efeito suspensivo aos recursos a fim de evitar dano irreparável (art. 14).

Ao tribunal, como conseqüência desses poderes ao juiz de 1º grau, também foi atribuído o poder de suspender a execução da liminar, desde que requerido por pessoa jurídica de direito público com interesse jurídico na causa (§ 1º, art. 12).

(Para uma visão mais aprofundada do tema ver *Litisconsórcio e intervenção de terceiros na tutela coletiva*, de **Ivone Cristina de Souza João)**.

[46] É claro que a polêmica aqui girou em torno da possibilidade dos demais legitimados, que não os órgãos públicos, tomar o compromisso de ajustamento. Na seqüência, ao abordarmos a legitimidade nas ações coletivas, falaremos sobre a questão.

Para as causas que gerem decisões condenatórias em dinheiro, foi prevista a reversão a um fundo, destinado à reconstituição dos bens lesados[47].

No caso de a ação ter sido proposta por associação, havendo inércia para a execução (tratando-se obviamente de decisão condenatória), a iniciativa incumbirá ao Ministério Público ou, facultativamente, aos demais legitimados[48].

O art. 16 da LACP regulamenta a extensão da coisa julgada que, no caso, será *erga omnes*, respeitados porém os limites da competência territorial do órgão prolator, ressalvada a hipótese de o pedido ter sido julgado improcedente por deficiência de provas, caso em que qualquer legitimado pode intentar novamente a ação[49].

A condenação por litigância de má-fé, se houver, recairá sobre a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação, que ficarão solidariamente responsáveis pelo pagamento de honorários advocatícios

[47] Conforme leciona **João Batista de Almeida**, "o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei 7.347, de 24.07.1985 e referido na Lei 9.008, de 21.03.1995, regulamentado inicialmente pelo decreto 407, de 27.12.1991, revogado pelo de n. 1.306, de 09.11.1994, atualmente vigente, 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. A destinação dos recursos do FDD foi alterada pela Lei 9.008, de 21.02.1995. A finalidade continua a ser a reparação dos bens lesados (art. 1º, § 1º), mas, na impossibilidade desta providência, os recursos podem ser utilizados na promoção de eventos educativos e científicos e na edição de material informativo e na modernização administrativa, nessa ordem (§ 3º)" (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 150-151). **Pedro da Silva Dinamarco**, ao comentar sobre o fundo, pensa que "... em não se tratando de interesses individuais homogêneos, quando cada vítima deverá ser individualmente indenizada, o autor da ação civil pública deve necessariamente pedir que o dinheiro objeto da *condenação principal* seja destinado ao mencionado fundo" (*Ação civil pública*, p. 295-296).

[48] Trata-se do art. 15 da LACP, com nova redação dada pelo art. 114 da Lei nº 8.078/90.

[49] Esse artigo recebeu nova redação pelo art. 2º, da Lei nº 9494/97. Há muita discussão em torno dele, incluindo a constitucionalidade; não iremos, no entanto, entrar nessa dialética, pois estaríamos nos distanciando do objeto desse trabalho.

e ao décuplo das custas, sem prejuízo, ainda, da responsabilidade por perdas e danos[50].

A lei isenta a associação de pagamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas processuais, ainda que a ação seja julgada improcedente, salvo se caracterizada má-fé[51].

O código de processo civil poderá ser utilizado como legislação subsidiária (art. 19), após, é claro, constatação de lacuna no próprio texto da LACP, bem como do CDC, nesta ordem, já que o art. 21[52] determina que se apliquem às ações que envolvam direitos difusos, coletivos e individuais, os dispositivos constantes do título III do código brasileiro de defesa do consumidor.

Com isso, completa-se a integração entre os diplomas legislativos.

Da mesma forma que a lei da ação popular, a lei da ação civil pública também é alvo de muitas polêmicas. São diversos para cada artigo os comentários, tanto de ordem doutrinária como jurisprudencial.

---

[50] O teor desse art. 17 foi modificado pelo art. 115, da Lei nº 8.078/90, que trouxe a seguinte redação: "Art. 115. Suprima-se o caput do art. 17 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passando o parágrafo único a constituir o caput, com a seguinte redação: Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a danos".

De acordo com **Nelson Nery Jr**. e **Rosa Nery**, a redação do artigo revela-se insuficiente, havendo "... evidente erro de redação na publicação do texto, que não compromete o conteúdo da norma sob comentário. Como o CDC 87 par. ún. tem redação idêntica à da norma ora analisada, na versão já corrigida por nós, e tendo em vista que a LACP 21 manda aplicar às ações nela fundadas as disposições processuais do CDC, repetimos como texto da LACP 17 o CDC 87 par. ún., que representa a redação correta que foi efetivamente apresentada e aprovada pelo Congresso Nacional" (*Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1158).

[51] O art. 18 recebeu nova redação pelo art. 116 da Lei nº 8.078/90.

[52] Artigo acrescentado pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90.

Não é nossa intenção, porém, ingressar nessa seara dialética, já que o interesse deste trabalho volta-se apenas a alguns aspectos que envolvem a referida legislação: a legitimidade para as ações reguladas por ela, a necessidade, adequação e utilidade desta via processual e a possibilidade jurídica dos pedidos nela feitos.

Toda essa discussão se realizará no momento propício.

3.3. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor

Dando continuidade às necessidades sociais, jurídicas e políticas e em respeito ao mandamento constitucional, que no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a aprovação de um código em defesa do consumidor (art. 48), foi aprovada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O código de defesa do consumidor, pode-se dizer sem receio, é um estatuto misto, ou seja, contém regras de natureza substancial e outras de natureza instrumental.

Nessa linha bipartida, constata-se que a referida lei tanto protege os consumidores em seu aspecto individual, portanto propositores de ações individuais, como os protege coletivamente, seja em defesa de direitos individuais com origem comum (individuais homogêneos), de direitos de grupos, classes, categorias (coletivos em sentido estrito), seja, enfim, em defesa de direitos de toda a coletividade, composta por sujeitos indeterminados e interesses indivisíveis (difusos).

A lei em comento, nesta seara evolutiva, nada deixou a desejar; sem a pretensão de atribuir-lhe qualidade de perfeição, importa reconhecer-lhe o mérito de estar entre as legislações mais evoluídas do mundo e ao Brasil o de ter sido o primeiro país a codificar as relações de consumo.

Para completar, estabeleceu uma interação com a lei da ação civil pública, o que desencadeou o preenchimento de muitas lacunas no campo processual das ações coletivas.

Enfim, percebeu o legislador quanto estávamos desprotegidos e, o que é pior, desamparados em cada instante de nosso dia, já que é inegável que as relações de consumo fazem parte, incessantemente, da vida de cada pessoa.

O estatuto é composto de 119 artigos, distribuídos em seis títulos, da seguinte maneira: Título I – Dos Direitos do Consumidor, no qual são estabelecidas disposições gerais sobre a Lei (capítulo I), os princípios e direitos básicos dos consumidores (capítulos II e III), a questão referente à qualidade dos produtos e dos serviços e à prevenção e reparação dos danos por eles ocasionados (capítulo IV), ordenamento sobre as práticas comerciais (capítulo V), a proteção contratual (capítulo VI) e as sanções administrativas (capítulo VII); Título II – Das Infrações Penais, no qual está previsto um verdadeiro "código penal das relações de consumo", com as espécies de crimes, as penalidades conseqüentes, além de uma novidade, constante do art. 80, que permite aos legitimados do art. 82, incisos III e IV, intervirem como assistentes do Ministério Público e, ainda, se quiserem, propor a ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal; Título III – Da Defesa do Consumidor em Juízo, no qual estão constituídas as normas procedimentais para

as ações coletivas, distribuídas em quatro capítulos: disposições gerais (capítulo I), das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (capítulo II), das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços (capítulo III), da coisa julgada (capítulo IV); Título IV – Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, informando sobre os órgãos públicos e entidades privadas de defesa do consumidor, atribuindo-lhes responsabilidades; Título V – Da Convenção Coletiva de Consumo, fixando a possibilidade de entidades civis de consumidores e associações de fornecedores ou sindicatos regularem determinadas relações de consumo; Título VI – Disposições Finais.

Como nosso trabalho não versa sobre as relações de consumo, vamos fazer breves comentários sobre os artigos que nos interessam, isto é, que tenham alguma utilidade para o tema em desenvolvimento, deixando de tecer observações acerca de outros que se voltam para aquelas relações, principalmente no aspecto material.

O art. 1º do código, apesar de fazer referência à expressão "defesa do consumidor", diz que todas as suas normas são de ordem pública e interesse social, aí incluídas, portanto, as de natureza instrumental.

Significa que são inderrogáveis, sem preclusão e que o juiz poderá de ofício apreciá-las; significa também, no que se refere ao interesse social, que é o interesse público, indisponível e coletivo, que se prioriza nessas ações, de onde a determinação do Ministério Público de participar de todas as ações coletivas, quando não for o autor[53].

[53] O § 4º, do art. 6º, da lei da ação popular, prevê a participação do Ministério Público em todas as ações; o § 1º, do art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, diz que o Ministério Público atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, se não intervier como parte; o art. 5º, da lei que dispõe sobre apoio às pessoas portadoras de deficiência, fixa a

O título que prevê a defesa do consumidor em juízo contém normas que interagem com a lei da ação civil pública, para compor um conjunto de normas de caráter instrumental, de aplicação em todas as ações que defendam direitos coletivos.

Os direitos coletivos, aliás, vieram definidos neste título III, que, no art. 81, parágrafo único, ensina, *in verbis*:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. 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.

---

intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações coletivas ou individuais; o art. 1º, da lei que regulamenta a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, dita que, independentemente da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público deve adotar as medidas judiciais necessárias para evitar os prejuízos e/ou obter o ressarcimento dos danos; o estatuto da criança e do adolescente, no título que trata do "acesso à justiça", cuida, no capítulo V, do papel do Ministério Público, ordenando sua atuação nos processos e procedimentos em que não for parte (art. 202); o art. 92 do CDC fala que o Ministério Público, se não ajuizar as ações, atuará sempre como fiscal; a lei de improbidade administrativa, em seu § 4º, do art. 17, fixa a participação obrigatória do MP como fiscal, nos casos em que não atuar como parte; a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (8.625/93) dita como incumbência do *parquet* a manifestação em todos os processos nos quais haja obrigatoriedade de sua presença, a fim de assegurar o exercício de suas funções institucionais.

Foi também o CDC o primeiro estatuto a definir os direitos coletivos, o que levou a pensar, em muitos momentos, que estava havendo confusão em relação a eles, já que a maioria dos autores preferiu deixar previamente fixado e vinculado ao interesse a defender o tipo de direito coletivo, o que, de certo modo, conduzia a erros interpretativos[54].

No art. 82 da Lei nº 8.078/90 está previsto taxativamente um rol de legitimados que, concorrente e disjuntivamente, poderão propor as ações coletivas. São eles: o Ministério Público (inc. I); a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (inc. II); as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinadas à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código (inc. III); as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear (inc. IV), podendo o requisito da pré-constituição ser dispensado pelo juiz (nas ações previstas nos arts. 91 e segts.) quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a proteger (§ 1º).

Os §§ 2º e 3º desse art. 81 foram originariamente vetados; no entanto, os §§ 5º e 6º do art. 5º da LACP, introduzidos por um artigo do próprio CDC (art.

[54] É que, para muitos autores, o direito será difuso, coletivo ou individual homogêneo, conforme a natureza que possua; assim, por exemplo, o meio ambiente é um bem difuso, a publicidade abusiva é de natureza difusa, a saúde é um bem difuso e assim por diante. No entanto, nem sempre essa relação é verdadeira, já que podemos perfeitamente ter ações coletivas, envolvendo o meio ambiente, a saúde e até a publicidade, cujo direito coletivo em defesa não seja difuso; por isso é ideal o que ensina **Nelson Nery**, ao citar o exemplo do 'Bateau Mouche', explicitando ser o tipo de tutela requerida que vai definir a categoria de direito coletivo que se está pretendendo proteger.

113), conservam a redação que tinham e, considerando a integração entre os diplomas legislativos, permanece a aplicação.

O § 2º fala da possibilidade de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos da União, do DF e dos Estados e o § 3º cuida da faculdade que os órgãos públicos têm de realizar compromisso de ajustamento de conduta, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O art. 83, da maneira mais ampliativa possível, prevê a possibilidade de utilização de qualquer ação a fim de defender os direitos e interesses previstos neste código.

O conteúdo do artigo se aplica a todas as ações coletivas, salvo àquelas em que a própria lei estabeleceu restrições, v.g., a lei da ação popular, que só poderá ser utilizada para requerer a anulação do ato lesivo e a reparação dos danos por ele ocasionado, mediante uma ação de conhecimento.

A regra completa-se com o teor do art. 84, que enumera uma série de poderes ao juiz, a fim de assegurar o resultado prático equivalente, nas ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou não fazer. Assim, o juiz deverá determinar a tutela específica da obrigação, devendo converter em perdas e danos apenas em caso de impossibilidade ou ainda se o autor preferir dessa forma (§ 1º).

Nos parágrafos seguintes, vemos a possibilidade de aplicação de multa (independentemente de pedido do autor), de concessão de liminar ou de outras

medidas necessárias, como a busca e apreensão, a remoção, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva e a requisição de força policial.

Parece que a fonte inspiradora do artigo e dos parágrafos foi o próprio CPC que, em seu art. 461, traz regra equivalente. Aliás, diríamos que, mesmo que o CDC não a tivesse repetido, ainda assim seria aplicada subsidiariamente, por força do que o próprio CDC dispõe (art. 90).

Nos próximos artigos, 85 e 86, que foram vetados, encontraríamos regulamento sobre a utilização de ação mandamental por meio do mandado de segurança e do *habeas data*. O veto foi, com razão, criticado por diversos autores, já que, se a Constituição Federal não faz essa restrição, não é a lei infraconstitucional que deve fazê-la. **Kazuo Watanabe**, ao comentar as razões que levaram aos vetos[55], diz:

> "*Em nenhum momento está dito nesses preceitos que o provimento e o procedimento do Mandado de Segurança são privativos da tutela de direitos públicos subjetivos. Se os direitos patrimoniais, como a posse, os créditos de instituições financeiras e outros mais podem ter um processo com provimento mais adequado e eficaz e com procedimento simplificado e célere nas relações entre particulares, por que para tutela de 'direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso' previsto no Código, lesado por atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas, não pode ser concebida uma ação mandamental cujo processo discipline pelas normas*

[55] Razões do veto: "As ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípuo os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incs. LXXI e LXXII do art. 5º da Carta Magna".

da lei de mandado de segurança? (...). O que a doutrina mais avançada hoje acentua é, precisamente, a necessidade de urgente criação de processos mais ágeis e dotados de maior efetividade para a tutela de relações jurídicas entre particulares, principalmente as de natureza não-patrimonial, o que ainda desta feita não foi possível em razão de estreiteza de visão do veto presidencial (...). Relativamente ao ***Habeas Data****, além das ponderações acima, deve ser acrescentado que o veto é absolutamente inócuo. Primeiro, porque o* ***Habeas Data*** *é uma ação constitucional com os requisitos indicados no próprio texto constitucional e por isso é irrecusável sua utilização toda vez que esses requisitos estiverem presentes (...). E o art. 43, § 4º, do Código, afirma às explícitas que 'os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção de crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público'. E o caput e o § 3º do mesmo artigo asseguram, respectivamente, o acesso às informações existentes em bancos de dados e cadastros de consumidores e a correção da inexatidão eventualmente neles existentes. Diante desses textos legais não há como recusar aos consumidores o recurso ao* ***Habeas Data*** *constitucionalmente assegurado, em que pese ao veto e à respectiva argumentação*" [56].

Nelson e **Rosa Nery**, também contrários ao veto, manifestam-se sobre a sua irrelevância:

"*A norma vetada consistia em explicitação pleonástica do CDC 83, que diz caber todo tipo de ação para a tutela dos direitos do consumidor. O veto em nada alterou o sistema do Código. O MS civil, que era previsto*

[56] **Kazuo Watanabe** et al, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto,*

pela norma, pode ser impetrado como ação mandamental, com fundamento no CDC 83. O CPC 273 permite que o autor obtenha o adiantamento da tutela de mérito ou os seus efeitos, liminarmente, medida de grande significado prático, pois colabora para a efetividade do processo (...). O CDC 43, § 4º considera bancos de dados e cadastros de consumidores como entidades de caráter público, mesmo que mantidos por entidade privada. Assim, implementa-se o requisito da CF 5º LXXII. Assim, o cabimento do HD na esfera das relações de consumo tem fundamento constitucional, tendo sido irrelevante e inoperante o veto ao dispositivo ora comentado" [57].

No art. 87, vamos encontrar a dispensa de adiantamento de custas, emolumentos, honorários e quaisquer outras despesas, bem como isenção de condenação quando se trate de ação proposta por associação e que, por óbvio, foi julgada improcedente. A associação-autora só vai ser condenada ao pagamento das custas e honorários caso fique comprovado que agiu de má-fé[58].

Observe-se que a intenção do legislador foi estabelecer regramento exclusivo às ações coletivas. Não faria sentido mesmo que em uma ação individual existisse tal prerrogativa, pois feriria o princípio da isonomia.

O art. 88, que remete ao art. 13, parágrafo único do código, veda a denunciação da lide. O art. 13 trata da responsabilidade solidária entre o

---

p. 661-662.

[57] **Nelson Nery Jr**. e **Rosa Nery**, *Op. cit.*, p. 1400-1401.

[58] Alguns autores entendem que a norma se aplica aos demais legitimados, no caso de má-fé: **Nery & Nery**, *Op. cit.*, p. 1401; **Kazuo Watanabe**, *Op. cit.*, p. 663; **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, *Comentários ao código de defesa do consumidor – direito processual*, p. 104; **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Comentários ao código de*

comerciante, o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador e o art. 88 prevê a ação de regresso entre eles, possibilitando inclusive que se faça nos mesmos autos, desde que não se pretenda utilizar a modalidade de intervenção de terceiros da denunciação da lide, que seria um complicador da relação processual, já que nela haveria discussão de culpa.

Na verdade, a rigor, nos moldes do que dispõe o CPC, não se trataria de denunciação da lide, mas de chamamento ao processo, já que estamos falando de solidariedade. No entanto, como o legislador, ao vedar a "denunciação da lide", não teve outra intenção senão proibir discussões que envolvam a responsabilidade subjetiva, pensamos que também a figura do chamamento ao processo estaria proibida[59].

O art. 89, que foi vetado, tinha a seguinte redação: "As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente".

O veto não teve nenhuma importância, já que, assim como o art. 90 do CDC determina que sejam aplicadas às ações que envolvam relações de consumo as normas da lei da ação civil pública e do código de processo civil, o art. 21 da LACP determina que se apliquem à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais, os dispositivos do título III do CDC.

O capítulo seguinte (II) trata das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. Muitos artigos, inseridos neste capítulo,

---

proteção do consumidor, p. 302. Em sentido contrário, porém, entendendo que somente as associações poderão ser condenadas, **Vladimir Passos Freitas**, *Código de defesa do consumidor comentado*, p. 342.

acabam estabelecendo regras para todas as ações coletivas, ainda que tutelem direitos difusos e coletivos (sentido estrito).

O primeiro artigo deste capítulo, o art. 91, permite que os legitimados do art. 82 proponham ações como substitutos processuais, com legitimação extraordinária, portanto; estarão, em nome próprio, defendendo interesses de pessoas que, por origem comum, têm interesses também comuns. Trata-se da espécie de direitos coletivos denominada *individuais homogêneos*; equivale, como ensina **Ada Pellegrini Grinover**, à *class action for damages* do sistema brasileiro[60], ou, ainda, como defende **José Carlos Barbosa Moreira**, a direitos que são apenas acidentalmente coletivos, mas não em sua essência[61].

O artigo também estabelece um limite de atuação aos legitimados, no que se refere ao tipo de ação, qual seja, "ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos"; no entanto, o art. 83, já comentado, permite que qualquer ação seja utilizada para defender os interesses e direitos previstos no código; assim, parece não fazer sentido que, quando se trate de direitos individuais homogêneos, a ação só possa ser de natureza condenatória, para ressarcimento dos danos. Ademais, já dissemos, o texto constitucional não pretendeu restringir o acesso à justiça, muito menos quando essa restrição se faz pelo tipo de ação ou pelo tipo de pedido; afinal, qualquer lesão ou simples ameaça a direito ou a direitos poderão ser objetos de apreciação pelo Poder Judiciário.

---

[59] Sobre a possibilidade de utilização das figuras de intervenção de terceiros nas ações coletivas ver *Litisconsórcio e intervenção de terceiros na tutela coletiva* (**Ivone Cristina de Souza João**).

[60] **Ada Pellegrini Grinover** et al, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 671.

O art. 92, mais uma vez, cuida da participação do Ministério Público nas ações envolvendo relações de consumo que, se não for o autor, deverá atuar como fiscal da lei. Aqui, vemos um artigo mal localizado, já que qualquer ação que envolva relação de consumo, seja ela individual, ou coletiva (sentido amplo), deverá ter a participação do Ministério Público como fiscal da lei, conforme dispõe o texto constitucional (art. 127) e o próprio CDC, que, em seu art. 1º, expressa tal necessidade ao ditar que todas as normas do código são de ordem pública e de interesse social.

É curioso que, mesmo estando o artigo no capítulo que trata das ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos, há os que entendem não ser o Ministério Público legitimado para estas ações[62].

O parágrafo único deste art. 92, que foi vetado, trazia a seguinte redação: "*Aplica-se à ação prevista no artigo anterior o art. 5º, §§ 2º a 6º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*". O veto, entretanto, não procede, já que o próprio art. 90 do CDC manda aplicar às ações de consumo a lei da ação civil pública.

Da competência para as ações de consumo cuida o art. 93[63], o que deixa evidente que não se aplicam às regras do CPC sobre competência para estas ações. Também este artigo terá aplicação em todas as ações coletivas que

---

[61] **José Carlos Barbosa Moreira**, *A proteção jurídica dos interesses coletivos*, p. 188-189.

[62] Não é nossa posição. Defendemos inclusive a legitimidade em dissertação de mestrado realizado pela PUC (defesa em 2001) cujo tema foi: *A legitimidade ativa do Ministério Público nas ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, decorrentes de relações de consumo (Lei 8.078/90*).

[63] "Art. 93 – 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 nos casos de competência concorrente".

versem sobre lides de consumo e não somente nas que defendem direitos individuais homogêneos.

O art. 94 cuida da divulgação que se dará à propositura da ação coletiva a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes.

Este artigo será aplicado apenas às ações em defesa de direitos individuais homogêneos, já que não há lógica em permitir o ingresso de interessados quando a ação envolva direitos difusos ou até os coletivos em sentido estrito, uma vez que os titulares nestes casos são indeterminados e os interesses indivisíveis; permitido o ingresso de qualquer pessoa nestas ações, a razão de ser da ação coletiva deixaria de existir.

Já o art. 95 não tem aplicação limitada aos direitos individuais homogêneos, pois trata da condenação genérica do réu e tal condenação também poderá ocorrer nas ações coletivas que envolvam direitos difusos e coletivos, que podem ter natureza condenatória, responsabilizando o réu pelo ressarcimento dos danos causados. O que muda em relação a estes últimos é que, enquanto nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos as próprias vítimas e sucessores podem promover a liquidação e a execução (art. 97), beneficiando-se com o pagamento de seus prejuízos (desde que provem o nexo de causalidade e o montante do dano), nas que tutelam direitos difusos e coletivos a possibilidade, é claro, não existe, de forma que todo dinheiro arrecadado (se for utilizada essa forma de ressarcimento) reverterá para um fundo, especialmente para tanto destinado.

O artigo seguinte, vetado, previa a publicação de edital após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A intenção, certamente, era possibilitar que as

vítimas e sucessores (no caso dos direitos individuais homogêneos) pudessem tomar conhecimento desta autoridade da sentença, a fim de, querendo, promover a liquidação e a execução.

O veto, no entanto, ocorreu, visto erro remissivo ao art. 93, quando deveria ter dito 94. Mesmo assim, não vemos como não divulgar o teor dessa decisão, a fim de atender ao disposto não só no art. 97, que prevê a liquidação e execução da sentença pelas vítimas, como também para cumprir o que dita o art. 100: “Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”, que reverterá para o fundo (parágrafo único).

Tanto o art. 97 como o 98 estabelecem, caso a liquidação se faça pelas vítimas ou sucessores, foro privilegiado para a execução, qual seja, o do domicílio do liquidante, ao passo que, feita pelos legitimados do art. 82, o foro da execução seja o do juízo da ação condenatória.

O art. 99, privilegiando o consumidor que sofreu danos, determinou preferência no pagamento de indenizações devidas por prejuízos individuais aos créditos decorrentes de condenação prevista na lei da ação civil pública.

Parece-nos que o legislador valorou as ações coletivas envolvendo os direitos individuais homogêneos, para fins de indenização, acima daquelas em defesa dos direitos difusos e coletivos. Parece haver lógica neste juízo valorativo, já que os interesses difusos e coletivos são indivisíveis e qualquer valor arrecadado nas ações que os compreenda será destinado ao fundo criado

pela Lei 7.347/85, ao passo que os direitos individuais homogêneos, o próprio nome indica, são essencialmente individuais e os valores recebidos nas ações que os protegem serão destinados às vítimas ou sucessores, conforme autorização legislativa. Somente no caso de não ocorrer liquidação pelas vítimas ou a habilitação dos interessados ser em número incompatível com a gravidade do dano, o produto arrecadado nesta ação, cuja execução se fará pelos legitimados, será também destinado ao fundo mencionado (art. 100).

O art. 101, localizado no capítulo que trata das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços[64], traz regra sobre competência, possibilitando a propositura destas ações no foro do domicílio do autor (inciso I) e sobre o "chamamento ao processo" que o réu poderá instaurar em relação à seguradora, caso tenha contrato de seguro de responsabilidade (inciso II).

O primeiro comentário que se faz necessário refere-se ao próprio capítulo. Observe-se que o capítulo III, titulado "das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços", não se confunde com o capítulo anterior, que cuida das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos e possibilita aos legitimados proporem ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos.

Assim, no capítulo II, o legislador regulou somente as ações coletivas que envolvessem danos sofridos individualmente (daí a possibilidade de defender as vítimas por meio de uma ação coletiva compreendendo direitos individuais

[64] **Kazuo Watanabe** compreende que as regras estabelecidas no capítulo dizem respeito à ação de responsabilidade civil do fornecedor, não tendo aplicação à responsabilidade contratual (*Código brasileiro do consumidor comentado*..., p. 701), enquanto que **Nelson** e **Rosa Nery** pensam exatamente o contrário, já que "a expressão responsabilidade civil (...) abrange (...) a responsabilidade contratual" (*Código de processo civil comentado* ..., p. 1405).

homogêneos), enquanto tal limitação não ocorreu no capítulo III, podendo a regra ser aplicada tanto para as ações individuais como para as coletivas.

É certo que a interpretação literal do inciso I, do art. 101, que trata da competência, levaria à abrangência apenas das ações individuais, pois fala em "domicílio do autor", conduzindo-nos apenas àquelas ações, já que, sempre que se refere às ações coletivas, o legislador fala em legitimados e não em autores; o que também faria supor que a regra do inciso I não é de ordem pública, podendo o autor, se quiser, modificá-la para propor a ação individual no foro do domicílio do réu.

No entanto, no que se refere ao inciso II e ao art. 102, também constantes do capítulo III, pensamos possam ser aplicados a todas as ações envolvendo relações de consumo, seja a título individual, seja a título coletivo.

Portanto, parece-nos que a melhor interpretação, considerando os capítulos II e III, é a que conclui que, enquanto no capítulo II destinamos a regra de competência (art. 93, I) para as ações coletivas de responsabilidade por danos individualmente sofridos[65] (local do dano), no capítulo III, a regra do art. 101, I, (domicílio do autor) destina-se a todas as ações individuais promovidas pelas vítimas que pretendam responsabilizar o fornecedor de produtos e serviços.

O inciso II do art. 101, vimos, permite que o réu (fornecedor) chame ao processo, se tiver contrato de seguro, o segurador.

[65] Não pretendemos dizer que a regra sobre competência prevista no art. 93 não deva também se aplicar a outras ações coletivas, senão àquelas que envolvam os direitos individuais homogêneos. Na verdade, pensamos que o

Essa modalidade de intervenção de terceiros, mencionada pelo CDC, do chamamento ao processo, na verdade, pelos moldes do CPC, só pode ser utilizada em hipótese de solidariedade; no entanto, o CDC pretendeu dar novos contornos para essa integração, ampliando o pólo passivo da demanda, possibilitando que a decisão responsabilize a ambos – fornecedor e segurador.

O inciso também veda a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil, isso porque tal ingresso seria um complicador, já que provocaria uma discussão entre o Instituto e o segurador. Interessante observar que a regra possibilita, em caso de falência do réu, que a ação seja proposta diretamente contra o segurador e, por essa hipótese, fica vedada a denunciação do Instituto de Resseguros bem como dispensada a formação de litisconsórcio.

Por fim, o art. 102 permite aos legitimados agir em defesa dos consumidores propondo ações preventivas, de natureza mandamental, a fim de que o Poder Público proíba "a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal".

Ainda que o legislador não tivesse permitido expressamente essa ação mandamental, pelo teor da principiologia da legislação - que em seu art. 4º determina ações governamentais em defesa dos consumidores, inclusive para garantir sua segurança (II, d), e, em seu art. 6º, prevê como direitos básicos dos consumidores a proteção à sua vida, saúde e segurança, contra os riscos que possam ser provocados por produtos e serviços (I), combinado com os artigos 83

---

legislador referiu-se àqueles direitos, já que a lei da ação civil pública também traz como regra de competência

e 84, já comentados, que permitem que todas as ações sejam utilizadas em defesa dos consumidores – haveria a possibilidade dessas ações preventivas.

O artigo continha também dois parágrafos, que foram vetados, com a seguinte redação: "*Os fornecedores poderão ingressar no feito como assistentes*" (§ 1º); "*O retardamento pela autoridade competente, por mais de 60 (sessenta) dias, do cumprimento de decisão judicial em ação de que trata este artigo, configura crime de responsabilidade nos termos da lei*" (§ 2º).

A primeira vedação ocorreu por entender o Presidente da República ser caso de litisconsórcio e não de assistência. Aqui seria possível começar uma longa discussão, que geraria diversos questionamentos, do tipo: há litisconsórcio passivo facultativo ulterior?; seria este caso de litisconsórcio facultativo ou necessário?; caso seja hipótese de assistência, será ela simples ou litisconsorcial? e assim por diante.

Em nosso entender, não havia necessidade do veto, já que as regras processuais que envolvem as ações coletivas têm contornos diferentes daquelas da legislação processual individual e, falando o legislador em assistência ou litisconsórcio, estaria tratando dessas figuras dentro da realidade processual coletiva e seriam, portanto, interpretadas por ela.

O segundo veto também não tem utilidade, já que, no código penal, vamos encontrar 'tipos', como os crimes de prevaricação ou de desobediência, em que se enquadrariam as situações de descumprimento de decisões judiciais; portanto, a responsabilidade criminal vai ocorrer de qualquer forma.

---

para as ações coletivas o local do dano (art. 2º).

O capítulo seguinte (IV) cuida da coisa julgada nas ações coletivas. Da mesma forma que a lei da ação popular e a lei da ação civil pública, possibilita a extensão da autoridade da decisão para atingir quem não participou do contraditório, porém somente em caso de procedência, para beneficiar, jamais para prejudicar.

O art. 103 do CDC divide essa extensão conforme se trate de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, será *erga omnes* para os direitos difusos, *ultra partes* para os coletivos e *erga omnes* novamente no caso dos direitos individuais homogêneos.

Ocorrendo julgamento de improcedência por insuficiência de provas, nas hipóteses constantes dos incisos I e II do art. 81 (direitos difusos e direitos coletivos), a ação poderá ser proposta novamente, por qualquer legitimado, ainda que se valha do mesmo fundamento, desde, é claro que, apresente novas provas.

Já na categoria dos direitos individuais homogêneos, essa opção não existe. No entanto, como dissemos, a sentença de improcedência não prejudicará os direitos individuais e as vítimas poderão propor suas ações individuais, se não tiverem ingressado na ação como litisconsortes (art. 94).

De qualquer modo, para que os autores de ações individuais se beneficiem do resultado positivo da ação coletiva, deverão requerer a suspensão daquelas ações no prazo estabelecido pelo legislador (art. 104).

No título que trata do ‘Sistema Nacional de Defesa do Consumidor’ (IV), temos dois artigos (105 e 106) regulando a integração do SNDC, pelos órgãos federais, estaduais e municipais, além de entidades privadas de defesa do consumidor, e definindo a finalidade do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor ou da Secretaria Nacional de Direito Econômico, incumbindo-lhes diversas atribuições, dentre as quais, v.g., “planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção do consumidor” (I, 106); “receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado” (II, 106); “prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias” (III, 106) e “desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades” (XIII, 106).

O título V prevê a “convenção coletiva de consumo”, possibilitando que entidades de consumidores e sindicatos e associações de fornecedores firmem compromisso acerca de preço, qualidade, quantidade, etc., convenção que se torna obrigatória a partir do registro em cartório de títulos e documentos.

Para finalizar, o título VI, que trata das disposições finais, renovou vários dispositivos da lei da ação civil pública, conforme vimos ao citar referida legislação, deixando indubitável a ligação entre aquela e o código que regula as relações de consumo, com a intenção de firmar a legislação processual das ações coletivas.

3.4. Outras legislações importantes

Além da lei da ação popular, da lei da ação civil pública e do código de defesa do consumidor, outras legislações também trazem regramento para o processo envolvendo ações coletivas. Destacaremos as que nos parecem as mais interessantes para o trabalho em discussão, como as leis que regulam o mandado de segurança (Leis 1.533/51 e 4.348/64), a lei sobre portadores de deficiência (Lei 7.853/89), a lei de investidores de mercados mobiliários (Lei 7.913/89), o estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/90), a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), a lei que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público (Lei 8.437/92), a lei orgânica nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), a Lei Complementar que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público (Lei 75/93), a lei que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica – lei antitruste (Lei 8.884/94), a lei sobre engenharia genética (Lei 8.974/95), o estatuto da cidade (Lei 10.257/01) e o estatuto do idoso (Lei 10.741/03)[66].

[66] Além disso, outras legislações, de natureza material ou de natureza mista, também são imprescindíveis para a preservação da qualidade de vida, bem como para a prevenção de danos, como a lei que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos (Lei 3.924/61), a lei que dispõe sobre a proteção à fauna (Lei 5.197/67), o decreto-lei que dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca (Decreto-Lei 221/67), o decreto-lei que dá nova redação ao Decreto-Lei 1985/40 – Código de Minas (Decreto-Lei 227/67), o decreto-lei que dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais (Decreto-Lei 1.413/75), a lei que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares (Lei 6.453/77), a lei que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição (Lei 6.803/80), o decreto-lei que institui o sistema de proteção ao programa nuclear brasileiro (Decreto-Lei 1.809/80), a lei que dispõe sobre a criação de estações ecológicas, áreas de proteção ambiental (Lei 6.902/81), a política nacional do meio ambiente (Lei 6.938/81), o decreto que dispõe sobre as reservas ecológicas e áreas de relevante interesse ecológico (Decreto 89.336/84), a resolução do Conama que define impacto ambiental (Resolução n. 1/86), a lei que proíbe a pesca de cetáceo nas águas brasileiras (Lei 7.643/87), a lei que dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução (Lei 7.679/88), a lei que cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Lei 7.735/89), a lei que cria o fundo nacional de meio ambiente (Lei 7.797/89), a lei que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins (Lei 7.802/89), a lei que cria o regime de permissão de lavra garimpeira (Lei 7.805/89), a resolução do Conama estabelecendo normas a serem obedecidas, no interesse da saúde, no tocante à emissão de ruídos em decorrência de quaisquer atividades (Resolução n. 2/90), a resolução do Conama que dispõe sobre a definição dos padrões de qualidade do

ar (Resolução n. 3/90), o decreto que dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional (Decreto 99.556/90), a resolução do Conama que estabelece os limites máximos de emissão de poluentes do ar para processos de combustão externa em fontes novas fixas (Resolução n. 8/90), a resolução do Conama que dispõe sobre o licenciamento ambiental pelo órgão competente (Resolução n. 9/90), a resolução do Conama que dispõe sobre licenciamento ambiental do órgão estadual do meio ambiente ou do IBAMA, quando couber, para explotação de bens minerais da classe II (Resolução n. 10/90), a resolução do Conama que determina ao IBAMA que conceitue e defina áreas de ocorrências de florestas nativas, formações florestais sucessoras nativas de mata atlântica, vegetação nativa de mata atlântica e formações florestais (Resolução n. 11/90), a lei sobre crimes contra ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei 8.137/90), a lei sobre crimes contra ordem econômica (Lei 8.176/91), a lei que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores (Lei 8.723/93), o decreto que regulamenta o fundo de defesa de direitos difusos (Decreto 1.306/94), a política nacional do idoso (Lei 8.842/94), a lei que regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação do meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a comissão técnica nacional de biossegurança (Lei 8.974/95), a lei que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal (Lei 9.294/96), a resolução do Conama que define e proíbe que veículos sejam equipados com itens de ação indesejável (Resolução n. 20/96), a lei que institui a política nacional de recursos hídricos, cria a sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal e altera o art. 1º da Lei n. 8.001/90 (Lei 9.433/97), o decreto que dispõe sobre a organização do sistema nacional de defesa do consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078/90 (Decreto 2.181/97), a lei que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data* (Lei 9.507/97), a resolução do Conama que dispõe sobre a definição de licenciamento ambiental, licença ambiental, estudos ambientais e impacto ambiental regional (Resolução n. 237/97), a lei que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (Lei 9.605/98), o decreto que promulga a convenção sobre diversidade biológica (Decreto 2.519/98), o decreto que regulamenta o parágrafo único do art. 27 do código florestal, mediante o estabelecimento de normas de precaução relativas ao emprego do fogo em práticas agropastoris e florestais (Decreto 2661/98), o decreto que dispõe sobre proibição de aquisição de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso de substâncias que destroem a camada de ozônio (Decreto 2.783/98), o decreto que dispõe sobre medidas a serem implementadas na Amazônia, para monitoramento, prevenção, educação ambiental e combate a incêndios florestais (Decreto 2.959/99), a lei que dispõe sobre a educação ambiental e institui a política nacional de educação ambiental (Lei 9.795/99), a resolução do Conama que dispõe sobre a aprovação na inspeção de emissões de poluentes e ruídos, prevista no código de trânsito brasileiro (Resolução n. 256/99), a lei que proíbe o uso industrial de embalagens metálicas soldadas com liga de chumbo e estanho para acondicionamento de gêneros alimentícios (Lei 9.832/99), o decreto que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (Decreto 3.179/99), o decreto que regulamenta a Lei nº 7.853/89 e dispõe sobre a política nacional para a integração de pessoas portadoras de deficiência (Decreto 3.298/99), a lei que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional (Lei 9.966/00), a lei que institui a classificação de produtos vegetais, subprodutos e resíduos de valor econômico (Lei 9.972/00), a lei que dispõe sobre produção de cloro (Lei 9.976/00), a lei que dispõe sobre a criação da agência nacional de águas – ANA (Lei 9.984/00), a lei que regulamenta o art. 225, § 1º, I, II, III e VII, da Constituição Federal e institui o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (Lei 9.985/00), a resolução do Conama que dispõe sobre a criação de jardins botânicos (Resolução n. 266/00), a resolução do Conama que dispõe sobre a proibição do uso das substâncias que destroem a camada de ozônio (Resolução n. 267/00), a resolução do Conama que estabelece os limites máximos para a emissão de ruído para veículos automotores (Resolução n. 272/00), o decreto que institui a rede nacional de direitos humanos (Decreto 3.637/00), a lei que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica (Lei 10.048/00), a lei que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (Lei 10.098/00), a lei que dispõe sobre as infrações contra a ordem econômica (Lei 10.149/00), a lei que define normas de regulamentação para o setor de medicamentos (Lei 10213/01), a Medida Provisória nº 2220, de 04.09.2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição e cria o conselho nacional de desenvolvimento urbano - CNDU, o Decreto nº 4680/03, que regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei 8078/90, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a

As leis que regulamentam o **mandado de segurança**, Leis nº 1.533/51 e nº 4.348/64, trazem regras de natureza processual para o processo que visa à concessão do w*rit.*

Considerando a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo, é de observar referidas legislações a fim de aplicar nos casos de utilização dessa ação coletiva.

O objeto do mandado de segurança, previsto na Lei 1.533/51 e ratificado pela CF/88, é proteger direito líquido e certo, sempre que houver ilegalidade ou abusividade de poder por parte de autoridade.

O §1º do art. 1º da lei em comento aponta quem pode ser considerado autoridade, incluindo os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas, com funções delegadas do Poder Público.

O art. 5º revela as hipóteses nas quais o mandado de segurança não poderá ser utilizado, como para os atos dos quais caiba recurso administrativo com efeito suspensivo (I); contra despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por correição (II); contra ato disciplinar, salvo quando praticados por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (III).

---

partir de organismos geneticamente modificados, a medida provisória que regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da CF (MP 2.126-12/01), a Lei nº 11.105, de 24/3/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, a Lei nº 11.107, de 06/04/2005, que regulamenta os consórcios públicos, a lei que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável e institui o serviço florestal brasileiro (Lei 11.284/06), a Lei nº 11.265, de 03 de janeiro de 2006, que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos, o Decreto nº 5.705,

A sentença será passível de apelação e poderá ser executada provisoriamente (art. 12), sendo permitido ao Tribunal atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 13).

Caso a decisão seja denegatória e não tenha apreciado o mérito, poderá haver renovação do pedido (art. 16).

Os processos de mandado de segurança deverão ter prioridade sobre todos os atos judiciais (art. 17).

A Lei nº 4.348/64 trata basicamente da concessão da liminar em MS.

A lei sobre **portadores de deficiência**, Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, institui a tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos das pessoas portadoras de deficiência e disciplina a atuação do Ministério Público bem como sua legitimidade para a propositura da ação coletiva, ao lado da legitimidade de que gozam também a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as associações, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

A lei repete muitas normas já previstas na lei da ação civil pública e outras que confirmam aquelas trazidas posteriormente pelo código de defesa do consumidor, normas que seriam, portanto, dispensáveis já que a lei da ação civil pública e a parte processual do CDC devem ser aplicadas a todas as ações coletivas em defesa de direitos coletivos.

---

de 16 de fevereiro de 2006, que promulga o protocolo de Cartagena sobre biossegurança da convenção sobre

Dentre elas, podemos destacar a do § 6º do art. 3º, que estabelece a assunção da ação por qualquer legitimado em caso de desistência ou abandono da ação; a do art. 4º, que prevê a coisa julgada *erga omnes*, exceto no caso de improcedência por insuficiência de prova; a do art. 5º, que prevê a participação do Ministério Público nas ações não propostas por ele; a do art. 6º, que permite a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público.

Para confirmar, a própria lei diz, em seu art. 7º, que as disposições da Lei 7.347/85 devem ser aplicadas às ações nela fundadas.

Interessante, para concluir, destacar o previsto no § 1º, do art. 4º, sujeitando ao duplo grau de jurisdição (remessa necessária) as sentenças que concluírem pela carência ou improcedência da ação, repetindo preceito da lei da ação popular (art. 19).

Os **investidores no mercado de valores mobiliários** recebem proteção da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que autoriza o Ministério Público[67], sem prejuízo das ações individuais, a adotar medidas judiciais preventivas ou reparatórias em defesa dos investidores.

Também, no art. 3º, a lei faz referência expressa à aplicação da lei da ação civil pública, no que couber.

---

diversidade biológica, dentre outras.

[67] A súmula 24 do Ministério Público do Estado de São Paulo dispõe: "Nas hipóteses de intervenção, administração provisória e liquidação extrajudicial de instituições financeiras – ou entidades equiparadas (tais como distribuidores de títulos e valores mobiliários, cooperativas de crédito, corretoras de câmbio e consórcios) – o inquérito realizado pelo Banco Central contém peças de informação e, por isso, a promoção de seu arquivamento, por membro do Ministério Público, sujeita-se à homologação do Conselho Superior do Ministério

O **estatuto da criança e do adolescente**, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, além de normas de natureza material, cuidou, no Livro II, intitulado de "parte especial", do acesso à justiça (título VI), iniciando com o papel do Ministério Público em defesa das crianças e dos adolescentes (capítulo V).

No art. 201, inciso V, vemos permissão expressa ao *parquet* de promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteger os interesses coletivos relativos à infância e à adolescência, bem como para participar obrigatoriamente das ações por ele não propostas (art. 202).

O capítulo VII explana a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos.

O art. 208 cuida das ações de responsabilidade sempre que houver ofensa aos direitos no estatuto assegurados, diante da inocorrência de oferta ou de ser ela irregular, relativa a ensino obrigatório (I); atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (II); atendimento em creche e pré-escola para crianças de 0 a 6 anos (III); ensino noturno regular (IV); programas suplementares de oferta de material didático, transporte, assistência à saúde ao aluno de ensino fundamental (V); serviço de assistência social a toda a família (VI); acesso a serviços de saúde (VII); escolarização e profissionalização aos adolescentes 'presos' (VIII).

O parágrafo único conclui-se com a informação de que essas não são as únicas hipóteses de proteção dos direitos previstos na lei.

Público. Neste caso, o órgão do Ministério Público deverá providenciar a remessa de sua manifestação, instruída

O art. 209 trata da competência para essas ações, qual seja, no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, sendo tal competência absoluta.

A legitimidade para as ações coletivas é, concorrentemente, do Ministério Público, da União, dos Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e das associações, legalmente constituídas há pelo menos 1 ano e que incluam entre seus fins a defesa dos interesses protegidos pelo estatuto (art. 210).

Admite-se o litisconsórcio entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual e, na hipótese de desistência ou abandono da ação por associação, poderá o Ministério Público ou outro legitimado assumir a ação (§§ 1º e 2º).

Os órgãos públicos legitimados podem tomar compromisso de ajustamento e este será um título executivo (art. 211).

Todas as ações podem ser utilizadas em defesa dos interesses protegidos no código (art. 212), incluindo a ação mandamental, contra atos abusivos de autoridade pública ou agente no exercício de função pública (§ 2º).

O juiz, detentor de amplos poderes, deve conceder tutela específica nas ações que envolvam obrigações de fazer ou não fazer ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente (art. 213), podendo conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia (§ 1º) e, ainda, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor (§ 2º).

---

com cópia integral dos respectivos autos, para apreciação do Conselho Superior".

Os valores arrecadados com multas serão revertidos a um fundo municipal em benefício das crianças e adolescentes (art. 214).

O juiz também poderá atribuir efeito suspensivo aos recursos (art. 215), bem como determinar remessa de peças à autoridade competente, para apurar responsabilidade do agente, diante de sentença condenatória ao Poder Público (art. 216).

Transitada em julgado a sentença e não promovendo a associação a execução, impõe-se ao Ministério Público realizá-la e faculta-se aos demais legitimados a iniciativa (art. 217).

A associação autora será condenada em honorários advocatícios, diante de pretensão manifestamente infundada (art. 218), e terá de pagar custas e indenizar por perdas e danos, diante de litigância de má-fé (parágrafo único).

As ações, de qualquer modo, poderão ser propostas independentemente de recolhimento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas (art. 219).

O Ministério Público pode instaurar o inquérito civil e requisitar certidões e informações (art. 223).

Para terminar, as regras contidas na lei da ação civil pública e no código de processo civil devem ser aplicadas, subsidiariamente (arts. 221, § 1º e 224).

A lei de **improbidade administrativa**, Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, quando do exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

No capítulo que cuida do processo judicial (capítulo V), temos a legitimidade do Ministério Público ou pessoa jurídica interessada para a ação de responsabilidade (art. 17). Sendo a ação proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que for cabível, a lei da ação popular (§ 3º); o Ministério Público, se não for autor, fiscalizará a ação (§ 4º).

Por fim, a sentença, se de procedência, determina o pagamento ou reversão dos bens em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ato ilícito (art. 18).

A Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992[68], que autoriza a **concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público**, limita essa medida, quando requerida nos processos de mandado de segurança coletivo e nas ações civis públicas, para conceder a liminar somente após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que terá 72 horas para o pronunciamento (art. 2º).

A Lei Orgânica Nacional do **Ministério Público**, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, dispõem sobre a organização do Ministério Público.

A Lei nº 8.625 define as funções gerais do Ministério Público, entre as quais constam a promoção do inquérito civil e da ação civil pública (art. 25, IV), "para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos" (a); "para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem" (b).

A Lei Complementar 75 repete a promoção do inquérito civil e da ação civil pública como incumbências do Ministério Público (art. 6º, VII), devendo-se utilizar tais instrumentos para "a proteção dos direitos constitucionais" (a); "a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (b); "a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor"(c); "outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos"(d).

Os incisos XII e XIV desse mesmo artigo complementam com a incumbência do *parquet* de "propor ação civil coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos" e de "promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas; b) à ordem

[68] A lei citada tem relação ainda com a Lei n. 9.494/97, que estabelece regras para a aplicação da tutela

econômica e financeira; c) à ordem social; d) ao patrimônio cultural brasileiro; e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação; f) à probidade administrativa; g) ao meio ambiente".

O art. 7º diz incumbir ao Ministério Público da União instaurar o inquérito civil (I) e o art. 83, ao Ministério Público do Trabalho promover ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho.

Cumpre ainda fazer menção, no âmbito do Ministério Público Estadual, no Estado de São Paulo, à Lei Orgânica nº 734, de 23 de novembro de 1993.

Pode-se destacar, para concluir, as diversas súmulas que o Ministério Público vem editando acerca das ações coletivas[69].

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que cuida das **infrações praticadas contra a ordem econômica**, prevê no art. 29 que os prejudicados, em nome próprio (ações individuais) ou pelos legitimados do art. 82 do código de defesa do consumidor (ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos), poderão propor ações para a cessação de qualquer prática caracterizada como atentatória da ordem econômica, tal como definidas na legislação, bem como para requerer indenização dos prejuízos sofridos.

A lei da **engenharia genética**, Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, que

---

antecipada.

[69] Como, por exemplo, a Súmula 45 do CSMP-SP, de 16/09/95, atribuindo legitimidade ao MP para propor ações civis públicas a fim de compelir o Poder Público a fornecer tratamento médico ou medicamento, ainda que somente a uma pessoa e a Súmula 44 do CSMP-SP, de 03/09/2005, reconhecendo legitimidade ao MP para as ações coletivas em matéria tributária, em defesa de interesses individuais homogêneos.

regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal[70], atribui legitimidade aos Ministérios Públicos[71] da União e dos Estados para proporem ações de responsabilidade civil por danos causados aos homens, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em virtude de desobediência aos dispositivos por ela inseridos e que cuidam de estabelecer o que pode e o que não pode ser feito em matéria de engenharia genética, organismos geneticamente modificados e biossegurança.

Sobre o patrimônio genético, dispõe ainda a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23.9.2001.

O **estatuto da cidade**, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, os quais abordam a política urbana de nossas cidades.

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da lei em comento, "para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em

---

[70] "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - (...);

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - (...);

IV - (...);

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; ...".

[71] **Paulo Affonso Leme Machado**, ao escrever sobre os aspectos jurídicos e o papel da ação civil pública na engenharia genética, manifesta-se favoravelmente à legitimidade dos demais legitimados do art. 5º da LACP e não somente a do MP (*Engenharia genética – aspectos jurídicos. O papel da ação civil pública*, p. 694).

prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental".

Ao comentar a lei da ação civil pública, vimos que o art. 53 do estatuto da cidade, que havia modificado o art. 1º daquela Lei, foi revogado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, passando a mencionar a "ordem urbanística" no inciso VI do referido artigo.

O art. 54 do estatuto introduziu modificação no art. 4º da lei da ação civil pública, para vigorar com a seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 4º. Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado).

O termo "vetado" no final da redação parece não ter nenhuma importância, já que o art. 4º foi acrescentado, conforme determinado pelo art. 54 do estatuto da cidade.

O **estatuto do idoso**, Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, vem ao encontro também dos preceitos constitucionais que determinam a proteção e assistência às pessoas idosas (arts. 203, V e 229).

Além do mais, já em 1994, com a política nacional do idoso, por força da Lei nº 8.842, já estavam regulamentados os direitos sociais dos idosos.

A Lei 10.741/03 prevê, já no art. 3º, a responsabilidade da família, da comunidade, da sociedade e do Estado de assegurar aos idosos seus direitos fundamentais, sendo a responsabilidade atribuída a todos pela inobservância das normas (art. 5º).

O art. 64 da mesma lei estabelece a aplicação subsidiária das Leis nº 6.437/77 e nº 9.784/99[72], para o procedimento administrativo, em vista de irregularidades e infrações às normas de proteção ao idoso.

Os arts. 65 e seguintes informam os atos a praticar nesses procedimentos.

A partir do art. 69, ingressa o estatuto no título do acesso à justiça; determina a aplicação do procedimento sumário (art. 69); prevê a criação de varas especializadas (art. 70) e estabelece prioridade na tramitação dos processos que envolvam as pessoas idosas (art. 71).

O capítulo seguinte aborda a participação do Ministério Público, prevendo, dentro outras, competir-lhe a instauração do inquérito civil e da ação civil pública (art. 74, I).

O § 1º desse mesmo artigo ocupa-se em aclarar que a legitimidade do Ministério Público não impede a de terceiros, conforme previsão legal.

De qualquer modo, a participação do Ministério Público nas ações que envolvam as pessoas idosas é obrigatória (art. 75).

[72] A Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, dispõe sobre as infrações à legislação sanitária federal e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Na seqüência, o capítulo versa sobre a proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos, cuidando da legitimidade para as ações civis coletivas, no art. 81 (Ministério Público, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Ordem dos Advogados do Brasil, associações), da possibilidade de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos (§ 1º), a assunção da causa pelo Ministério Público, diante de desistência ou abandono (§ 2º), da admissibilidade de qualquer ação para a defesa coletiva dos idosos (art. 82), inclusive a ação mandamental (parágrafo único).

Atribuem-se ao juiz poderes que concedem a tutela específica (art. 83), tutela liminar (§ 1º) e imposição de multa (§ 2º), bem como o efeito suspensivo aos recursos (art. 85).

O Ministério Público deverá, diante da inércia do autor, promover a execução da sentença, facultando tal iniciativa aos demais legitimados (art. 87).

Não haverá adiantamento de custas (art. 88) nem tampouco se imporá sucumbência ao Ministério Público (parágrafo único).

O arquivamento do inquérito civil pelo Ministério Público passará pelo crivo do Conselho Superior do Ministério Público (art. 92, § 2º).

3.5. O Código de Processo Coletivo

Nesta seara, repetimos ainda uma vez, a aprovação de uma legislação que sistematize a matéria processual coletiva tem o condão de facilitar em muito o acesso à justiça.

Essa percepção nem é nossa nem exclusivamente brasileira; daí a aprovação de um *código modelo de processos coletivos* para a Ibero-América.

De acordo com **Ada Pellegrini Grinover**,

> *"A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido em maio de 2.002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo 'Centro di Studi Giuridici Latino Americani' da 'Università degli Studi Sociali Latino-americani'. E foi ainda em Roma que a Diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a idéia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembléia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil*[73] *e Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a*

[73] O código modelo de processo civil já continha alguns artigos que regulavam o processo coletivo (v.g., artigo 53 – legitimidade do MP e outros interessados, para propositura de ações coletivas e artigo 194 – eficácia *erga omnes* da decisão na ação coletiva).

tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum"[74].

Após esse encontro, em outubro de 2002, em Montevidéu, no Uruguai, os autores citados, juntamente com Kazuo Watanabe, indicados pela presidência do Instituto a elaborar um código modelo de processos coletivos, apresentaram o trabalho, que foi transformado em anteprojeto. Esse anteprojeto foi analisado por diversos integrantes do Instituto Ibero-Americano, que apresentaram suas manifestações em setembro de 2003, no Congresso Mundial de Direito Processual, ocorrido na Cidade do México. Nomeada uma comissão revisora[75], o anteprojeto sofreu algumas modificações e, uma vez votadas, converteu-se em projeto[76]. Este projeto, por fim, foi aprovado em outubro de 2004, na Venezuela, durante o encontro das XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, tendo assim nascido o código modelo de processos coletivos para a Ibero-América.

Esse código modelo, acreditamos, influenciará as legislações de todo o mundo, começando pelos países ibero-americanos, passando por outros Estados que adotam o sistema da *Civil Law* e, quem sabe também, ainda que indiretamente, pelos Estados dos sistemas da *Common Law*. Afinal, pelas regras nele estabelecidas, constata-se a influência dos dois sistemas, o que permite que seja modelo para qualquer país.

---

[74] **Ada Pellegrini Grinover**, *Código modelo de processos coletivos para Ibero-América – Exposição de Motivos*, p. 27-28.

[75] A comissão revisora foi integrada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes, Aníbal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bajarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia.

[76] A comissão revisora apresentou uma segunda versão ao anteprojeto, o qual foi discutido em Roma (2004) e culminou em uma terceira versão que se converteu em projeto.

O **código modelo de processos coletivos** está dividido em sete capítulos. O primeiro capítulo traz as disposições gerais, que incluem: o cabimento das ações coletivas (art. 1º) - interesses ou direitos difusos (I) e interesses ou direitos individuais homogêneos (II); os requisitos da ação coletiva (art. 2º) – adequada representatividade (I) e os critérios para a sua análise (§§ 2º e 3º), relevância social (II) e a predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto, para os direitos individuais homogêneos (§ 1º); a legitimidade ativa (art. 3º). O segundo capítulo cuida dos provimentos jurisdicionais no que se refere: à efetividade da tutela jurisdicional (art. 4º), à tutela jurisdicional antecipada (art. 5º), às obrigações de fazer e não fazer (art. 6º), às obrigações de dar (art. 7º) e à ação indenizatória (art. 8º). O terceiro capítulo fala dos processos coletivos em geral, expressando regras sobre: a competência territorial (art. 9º), o pedido e a causa de pedir (art. 10), a audiência preliminar (art. 11), as provas e os ônus (art. 12), o julgamento antecipado do mérito (art. 13), a legitimação para a liquidação e execução da sentença condenatória (art. 14), as custas e honorários (art. 15), a prioridade de processamento (art. 16), a interrupção da prescrição (art. 17), os efeitos da apelação (art. 18), a execução definitiva e provisória (art. 19). O quarto capítulo destina-se especificamente à defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos: a ação coletiva de responsabilidade civil (art. 20), as citações e notificações (art. 21), a sentença condenatória (art. 22), a liquidação e execuções individuais (art. 23), a execução coletiva (art. 24), o pagamento (art. 25), a competência para a execução (art. 26), a liquidação e execução pelos danos globalmente causados (art. 27) e o concurso de créditos. O capítulo cinco trata da conexão, da litispendência e da coisa julgada: a conexão e a litispendência nos artigos 29 e 30 respectivamente, a relação entre ação coletiva e as ações individuais no art. 31, a conversão de ações individuais em ações coletivas, no

32, a coisa julgada, no 33, e as relações jurídicas continuativas, no 34. O capítulo seis cuida da ação coletiva passiva: as ações contra o grupo, categoria ou classe (art. 35), a coisa julgada passiva nos interesses ou direitos difusos (art. 36), a coisa julgada passiva nos interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 37) e a aplicação de regras complementares para as ações passivas (art.38). O último capítulo (VII) traz as disposições finais, de que se ocupa com os princípios de interpretação (art. 39), com a especialização dos magistrados (art. 40) e com a aplicação subsidiária das normas processuais gerais e especiais (art. 41).

Percebemos, pelo art. 1º, que a tripartição existente na legislação brasileira (difusos, coletivos e individuais homogêneos) não foi adotada pelo código modelo[77]. Nessa legislação, os direitos coletivos (sentido amplo) são ou difusos ou individuais homogêneos[78]. No entanto, pudemos perceber que, na definição dos interesses ou direitos difusos, há, por assim dizer, uma junção das duas espécies, já que serão considerados difusos os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base (I). Na definição brasileira, os direitos difusos também são os transindividuais, de natureza indivisível, mas os titulares são pessoas indeterminadas, ligadas entre si por circunstâncias fáticas; enquanto os coletivos, estes sim, têm por titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária

[77] Muito embora a primeira versão do anteprojeto tenha previsto a divisão em difusos, coletivos e individuais homogêneos.

[78] Aliás, bom de ressaltar, **Márcio Flávio Mafra Leal** já se manifesta nesse sentido ao dizer que se deveriam manter os interesses difusos e fundir os coletivos e individuais homogêneos (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 189).

por uma relação jurídica base[79]. Na visão de **Aluísio Mendes**, a divisão em apenas duas categorias representa uma evolução que revela a existência dos direitos coletivos bipartidos em direitos essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos[80]. Interessante que a definição dos direitos individuais homogêneos do código modelo também mistura as definições trazidas pela legislação brasileira para os direitos coletivos (sentido estrito) e para os direitos individuais homogêneos, já que, de acordo com aquela legislação, será individual homogêneo o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, uma categoria ou classe (II). No Brasil, a exigência dos grupos, categorias e classes está presente apenas na definição dos direitos coletivos (sentido estrito), bastando, para os direitos individuais homogêneos, que decorram de origem comum[81].

O art. 2º do código modelo prevê os requisitos para as ações coletivas. O primeiro deles refere-se à adequada representatividade do legitimado (I). Tal exigência tem origem no direito norte-americano, nas *class actions*[82], e não está

[79] Art. 81, I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

[80] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *O código modelo de processos coletivos*, p. 35-36.

[81] Art. 81, II e III, do Código de Defesa do Consumidor.

[82] **Antonio Gidi**, ao escrever sobre as *class actions*, comenta ser a representação adequada um dos requisitos para a admissibilidade da ação coletiva. De acordo com o autor, a *Rule 23* faz essa exigência e o juiz deverá analisar se o autor/representante tem condições de defender adequadamente os interesses do grupo; esse, de acordo com Gidi, é o requisito mais importante a ser preenchido e vai ao encontro da garantia constitucional do devido processo legal, já que, por ele, se assegura o resultado da ação coletiva idêntico ou ao menos parecido com o que seria obtido se os próprios integrantes do grupo tivessem tutelado seus direitos pessoalmente. Daí o autor em comento comparar o representante adequado com um gestor de negócios. Ainda, de acordo com o autor, o termo "adequado" é inseparável do representante, já que ele só poderá ser considerado representante se for adequado, senão é como se essa representação não existisse. A preocupação do direito norte-americano com a adequada representação se justifica exatamente no regime da coisa julgada, já que haverá, como no Brasil, a extensão dos efeitos da decisão, obtida na ação coletiva, sem que o grupo representado tenha tido a oportunidade de se manifestar e autorizar essa representação. É importante ressaltar também que a ação coletiva, ainda que tenha sido certificada como tal, poderá deixar de ser, em qualquer tempo, já que o juiz analisará o requisito da representação adequada ao longo do procedimento e nada impede que alguém outrora tido por representante

presente na legislação brasileira, já que os legitimados legais presumem-se adequados representantes; apenas em relação às associações a lei brasileira permite que o juiz dispense o requisito de pré-constituição, na análise do caso concreto (art. 82, IV, § 1º, CDC; art. 5º, inciso V, a, § 4º, LACP), o que parece ser, em verdade, uma 'espécie' de análise da adequada representação por aquele ente associativo. No § 2º, o código complementa a regra trazendo um rol exemplificativo de dados que o juiz deverá analisar para apurar a adequação da representação, como a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado (a), o histórico do legitimado na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos coletivos (b), a conduta do legitimado em outros processos coletivos (c), a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda[83](d) e o tempo de instituição da associação e a sua representatividade ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe (e); o § terceiro, por fim, permite ao juiz fazer a análise deste requisito a qualquer tempo e grau do procedimento. O segundo requisito exige a relevância social da tutela coletiva, que estará caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas particularidades da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas (II). A conjunção "ou" nos leva a crer que a relevância social restará demonstrada desde que presente um dos termos expressos; no entanto, a regra não é clara neste aspecto. No Brasil, a legislação não exige expressamente tal relevância social, mas firma um rol de bens, interesses e direitos que podem ser tutelados coletivamente; assim, v.g., o meio ambiente, os consumidores, o patrimônio

adequado deixe de sê-lo, no curso do processo e até após o término deste, o que invalidará a coisa julgada, mesmo que de mérito (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 113-155).

[83] Parece-nos que este requisito não tem a ver com a adequação do representante e sim com os requisitos da própria ação coletiva, quer dizer, para que uma ação possa ser proposta na forma coletiva é necessário que haja coincidência entre os interesses dos componentes do grupo e o objeto da demanda, sob pena de impossibilidade de defender interesses distintos e obter com a mesma decisão uma aplicação distinta para cada integrante.

artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico, etc., todos interesses de relevância social e, portanto, implícita a exigência em referência. Para os direitos individuais homogêneos, o código modelo amplia o leque de exigência e, além das citadas, diz ser também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto (§ 1º); tais exigências também derivam do sistema norte–americano[84] e esta análise, por óbvio, deve ser feita pelo juiz da causa. A regra tem razão de ser por um dos princípios que norteiam as ações coletivas - o princípio da economia processual; quer dizer, se a ação coletiva não trouxer economia, tanto para as partes, como para o Poder Judiciário, não deverá ser utilizada; é claro que a análise deverá ser mais minuciosa e feita no caso concreto.

O rol de legitimados ativos para as ações coletivas está no art. 3º e é o mais amplo possível; assim, serão legitimados para a ação, concorrentemente, qualquer pessoa física (I), o membro do grupo, categoria ou classe (II), o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública (III), as pessoas jurídicas de direito público interno (IV), as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica (V), as entidades sindicais (VI), os partidos políticos (VII) e as associações (VIII);

[84] Essas exigências do código modelo, para as ações coletivas que tutelem os direitos individuais homogêneos, de que haja predominância das questões comuns sobre as individuais e de que seja útil a tutela na forma coletiva vêm previstas como requisitos das ações coletivas americanas. Na verdade, essas duas exigências, tanto na legislação americana como no código modelo, têm por primeiro objetivo a economia processual. As ações coletivas foram criadas pensando no binômio custo-benefício. É necessário, portanto, certificar-se de que a ação coletiva será mais econômica que as ações individuais, separadamente. É preciso ainda pensar na inviabilidade do litisconsórcio para que se justifique a tutela coletiva. Assim, no direito americano, conforme nos ensina **Antonio Gidi**, para que uma ação seja aceita na forma coletiva, é preciso verificar se a decisão do caso concreto vai ser uniforme e, só será uniforme, se as questões dos membros do grupo forem comuns, assim como o representante, para ser considerado adequado, precisa igualmente estar envolvido na questão dessa comunidade. No entanto, diferentemente do código modelo, que atribuiu a exigência somente às ações coletivas que tutelem os direitos individuais homogêneos, o direito americano determina a existência de interesses comuns em todas as ações coletivas, o que não significa dizer, explica o autor, que as situações individuais de todos os membros do grupo sejam exatamente iguais em todos os termos, como, por exemplo, no que diga respeito aos danos (*Op. cit*., p. 88-98).

embora amplo, há limitações relacionadas a cada legitimado, especificamente. Assim, as pessoas físicas só estarão legitimadas para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, uma categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; o membro do grupo, categoria ou classe para a defesa dos direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; as entidades e órgãos da administração pública para a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código; as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; os partidos políticos, para a defesa dos direitos ligados a seus fins institucionais e as associações, constituídas há pelo menos um ano, para a defesa dos direitos protegidos no código, desde que os incluam entre seus fins institucionais. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz (par. 1º); poderá ser formado o litisconsórcio entre os legitimados (par. 2º); o Ministério Público, havendo relevante interesse social, deve atuar como fiscal, se não for o autor (par. 3º); o Ministério Público, bem como outros legitimados, poderá assumir a titularidade da causa, em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, da desistência infundada ou do abandono da ação (par. 4º) e, por fim, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta (par. 5º). A legislação brasileira tem um rol mais tímido de legitimados (art. 82 CDC e 5º LACP) e dele estão excluídas as pessoas físicas, salvo para a propositura da ação popular. Também não há previsão de formação do litisconsórcio entre os legitimados, salvo entre os Ministérios Públicos (par. 5º, art. 5º, LACP); há, ainda, a faculdade do Poder Público e outras associações habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes (par. 2º, art. 5º, LACP); no entanto, a doutrina, na maioria, aceita a formação de litisconsórcio entre os legitimados.

Ao encontro do código modelo, as leis brasileiras determinam a participação do Ministério Público como fiscal da lei em todas as ações coletivas, incluindo as que não tenha legitimidade (v.g. ação popular). O Ministério Público brasileiro ou outro legitimado assumirá a causa, quando do abandono ou de desistência infundada (par. 3º, art. 5º, LACP). Por fim, a regra que permite o compromisso de ajustamento é equivalente (par. 6º, art. 5º, LACP).

No capítulo que trata dos provimentos jurisdicionais, vemos a preocupação do legislador com o acesso à justiça, quando permite que qualquer espécie de ação seja utilizada para a defesa dos interesses e direitos coletivos (art. 4º)[85]. Além disso, o juiz pode antecipar os efeitos da tutela (art. 5º), basicamente, sob as mesmas condições que a legislação brasileira estabelece; no entanto, no caso do código modelo, a exigência de *prova consistente* é mais sutil do que a de *prova inequívoca*. A prova inequívoca descaracteriza, em nosso entender, a natureza da tutela antecipada que lida com probabilidades e não com certezas. De qualquer maneira, a legislação modelo também exige fundado receio de ineficácia do provimento final ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado e, ainda, proíbe a concessão da medida se restar perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§ 1º); porém, mesmo diante desta última citação, o legislador permite que o juiz conceda a tutela antecipada quando, num juízo de ponderação de valores, a denegação da medida leve a um sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante[86]. Da mesma maneira que a nossa legislação, a decisão

[85] Na verdade a redação do artigo 83 do CDC não difere da do art. 4º. Necessário, no entanto, observar que em nosso sistema jurídico a "espécie" de ação não tem importância. Os tipos de pedido e as causas em que se fundam tais pedidos é que demonstrarão a possibilidade de tutela coletiva ou não.

[86] A redação do art. 273 do CPC é a seguinte: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

que conceder a tutela deve ser fundamentada (§ 2º) e pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que também fundamentada (§ 3º). Por fim, não havendo controvérsia da parte antecipada, esta se tornará definitiva e fará coisa julgada (§ 4º).

Para as ações cujos objetos sejam as obrigações de fazer e não fazer, haverá a concessão de tutela específica ou determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente (art. 6º), podendo o juiz determinar medidas necessárias para tanto (§ 3º); aliás, essas medidas são mesmo necessárias, já que a conversão em perdas e danos poderá ocorrer somente diante de opção do próprio autor ou na impossibilidade da tutela específica ou resultado prático equivalente (§ 4º) e se fará sem prejuízo da multa (§ 5º) aplicável pelo juiz para garantir o cumprimento das decisões, sejam antecipadas ou finais (§§ 1º e 2º). As regras citadas têm equivalência nos artigos 11 e 12 da LACP e 84 do CDC, destacados o art. 12, § 1º, da LACP e o § 3º, do art. 84 do CDC, que possibilitam a concessão da tutela liminarmente ou após justificação prévia, desde que relevante o fundamento da demanda e justificado o receio de ineficácia do provimento final, decisão esta que estará sujeita a agravo[87].

---

ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu"; e a do art. 5º do código modelo é: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e I – haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado".

[87] LACP – "Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.
§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato".

CDC – "Art. 84. (...).
§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é licito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu".

Para as obrigações de entregar coisa, determinada ou indeterminada (art. 7º), o código modelo se reporta aos artigos anteriores. A LACP e o CDC não se referem especificamente a essas obrigações, mas o código de processo civil prevê a possibilidade de pena pecuniária para a hipótese de descumprimento da decisão (art. 287) e a fixação de um prazo para o cumprimento da obrigação (art. 461-A), sob pena de busca e apreensão ou imissão, tratando-se de coisa determinada (§ 2º).

Nas ações indenizatórias envolvendo bens indivisivelmente considerados, a indenização reverterá a um Fundo, administrado por um Conselho Gestor Governamental, com a participação obrigatória do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade; os recursos arrecadados estarão destinados à reconstituição dos bens lesados ou, diante da impossibilidade, à realização de atividades que minimizem a lesão ou evitem que esta se repita, dentre outras medidas benéficas (art. 8º); o Fundo deverá ser sempre notificado quando da propositura de qualquer ação coletiva e poderá intervir no processo, para auxiliar o autor (§ 1º); também deverá manter registros que identifiquem a origem e a destinação dos recursos recebidos, além de indicar a variedade dos bens jurídicos tutelados e seu âmbito regional (§ 2º); o juiz também poderá especificar a destinação da indenização e as providências a tomar para a reconstituição dos bens, decisão esta em que devem constar de modo claro as medidas a tomar e prazo para tanto (§§ 3º e 4º), incumbindo ao Conselho Gestor do Fundo apresentar um relatório das atividades realizadas (§ 5º). Na lei da ação civil pública, o legislador brasileiro criou um fundo com finalidades semelhantes às de origem no direito norte-americano ("fluid recovery fund")[88].

[88] Há um artigo bem aprofundado e interessante a respeito desse fundo, escrito por **Ronaldo Porto Macedo Júnior**, alertando que o objetivo para o qual foi criado ainda não foi atingido. A maioria dos Estados da Federação ainda não criou o fundo estadual, permitido pela lei, e os que o criaram ainda não utilizaram os

O capítulo seguinte, que se dedica aos processos coletivos em geral, explana, no art. 9º, sobre a competência territorial, verificando competente o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, se de âmbito local (I) e da capital, se os danos tiverem âmbito regional ou nacional, considerando as regras de organização judiciária[89]; no art. 10, sobre pedido e causa de pedir, permitindo a interpretação extensiva, bem como a emenda da inicial, para alterar ou ampliar o objeto ou a causa de pedir (§ 1º), o que poderá ser feito a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que atendidas algumas condições: realizada de boa-fé; sem prejuízo injustificado para a outra parte; preserve-se o contraditório (§ 2º). Essa regra atende ao escopo da jurisdição coletiva, que, além de mais maleável, atribui mais poderes ao juiz. No Brasil, a legislação processual coletiva não segue esse caminho e, como a legislação processual individual deve ser aplicada subsidiariamente, resta o teor do art. 293 do código de processo civil, que determina ao juiz a interpretação restritiva, e o do art. 264, que proíbe ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, após a citação do réu, sem o consentimento deste. No art. 11, acerca da audiência preliminar, para a tentativa de conciliação, ou ainda para sugerir outras formas de solução de conflito (§ 1º), v.g., a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro[90], permitindo, desde que preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, a transação

---

recursos arrecadados (v.g., o Estado de São Paulo – Lei 6.536/89). Informa ainda o autor a possibilidade inclusive de fundos municipais, já que o art. 57 do código de defesa do consumidor assim prevê. Há, também, explica o autor, uma lei regulamentando o fundo federal de defesa de direitos difusos (Lei 9.008/95), mas, a seu ver, a lei não traria "princípios gerais" para todos os fundos estaduais que puderem ser criados, o que dá liberdade aos Estados para legislar sobre o assunto. O autor também faz uma sugestão da utilização das verbas do fundo para o custeio de perícias, sugestão essa inserida no projeto de alteração da Lei Estadual paulista citada. Para concluir, o autor faz menção a algumas legislações que envolvem temas de tutela coletiva (ECA e LAP) e sobre a utilização das verbas arrecadadas decorrentes dessas ações (*Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados*, *passim*).

[89] O código de defesa do consumidor brasileiro possui regra de idêntico conteúdo (art. 93).

[90] O código modelo esclarece, no parágrafo seguinte, acerca da avaliação neutra de terceiro: "Par. 2º - A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito".

(§ 3º) que, uma vez realizada, se homologará por sentença e, logo, constituir-se-á em título executivo judicial (§ 4º); o juiz, não ocorrendo a conciliação ou qualquer outro modo de solução do conflito, decidirá se a ação prossegue na forma coletiva (I); se for o caso, separará os pedidos em ações coletivas distintas (direitos difusos de um lado e individuais homogêneos de outro), desde que tal ato represente economia processual ou facilitação para a condução do processo (II); fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes, determinará as provas a produzir e designará, se houver necessidade, audiência de instrução e julgamento (III); distribuirá, entre as partes, o ônus da prova (IV). Resta clara a intenção do legislador de facilitar a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos e também de simplificar o próprio andamento da ação coletiva que, inclusive, poderá ser desmembrada, caso o juiz perceba que dessa forma haverá mais economia. O interessante dos processos coletivos é que, ao mesmo tempo em que envolvem direitos e interesses de relevância social e bens jurídicos indisponíveis, são mais flexíveis e informais. O procedimento dos processos coletivos brasileiros segue o ritmo estabelecido na legislação processual civil individual e não há nenhuma previsão de desmembramento das ações coletivas. No art. 12, a respeito das provas, admite a utilização de todos os meios de provas, desde que lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem. Não podemos dizer que o ordenamento brasileiro é restritivo quanto aos meios de provas, no entanto, não há previsão expressa quanto a provas estatísticas ou por amostragem; de qualquer maneira, não vemos impedimento para que sejam utilizadas. Sobre o ônus da prova, no § 1º, verificamos a atribuição à parte que detiver os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade para demonstrá-los e, também, para suprir as deficiências, poderes ao juiz em determinar as medidas necessárias, incluindo o emprego dos recursos do Fundo de Direitos Difusos e

Individuais Homogêneos; essa distribuição de ônus da prova poderá ser modificada se, durante a fase instrutória, surgirem novidades relevantes para o julgamento da causa (§ 2º); nada impede, ainda, que o juiz, de ofício, ordene a produção de provas (§ 3º). Vê-se, por este artigo, que o código modelo mais uma vez flexibilizou acerca de encargo sobre a produção de provas, deixando para o caso concreto a atribuição, e prevendo a necessidade de modificação deste ônus; pela redação, pensamos ser possível que a responsabilidade recaia sobre ambas as partes. Regra importante também esta, sobre o emprego de verbas do Fundo, assunto também discutido no Brasil, onde não raro a necessária perícia deixa de realizar-se por falta de pagamento, enquanto o dinheiro do Fundo aguarda inerte regulamentação para ser aplicado. O permissivo de determinação de ofício quanto à produção de provas não poderia ser diferente, sob pena de ferir o objetivo do processo coletivo. No Brasil, se, de um lado, a legislação processual coletiva regula de maneira diversa a distribuição do ônus da prova, embora com efeitos semelhantes, de outro, não proíbe que o juiz, de ofício, determine as provas que considerar convenientes[91]. No art. 13, há permissão de um julgamento antecipado do mérito, quando não é preciso produzir provas, desde que tal medida não acarrete prejulgamento do litígio que continuar pendente de decisão (parágrafo único). Nem a lei da ação civil pública, nem o código de defesa do consumidor se ocupam desse aspecto. No entanto, o código de processo civil brasileiro autoriza o juiz a julgar antecipadamente a lide quando não houver necessidade de produção de provas (art. 330), mas não traz a ressalva da regra em comento. No art. 14, a preocupação com a liquidação e execução da sentença condenatória, possibilitando que o Ministério Público -

[91] O art. 6º, inciso VIII, do CDC, estabelece como direito básico dos consumidores "a 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". O art. 130 do CPC determina que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

tratando-se de interesse público relevante - e os demais legitimados - em todos os casos - as promovam em caso de inércia do autor, decorridos 60 dias da decisão definitiva de procedência. Regra semelhante consta tanto da LACP como do CDC; no entanto, a assunção da causa poderá ser feita por qualquer legitimado, independentemente da relevância do tema objeto do litígio, tendo o Ministério Público o dever de assumi-la, atribuindo a faculdade aos demais legitimados. É ainda possível à própria vítima ou seus sucessores promover a liquidação e a execução referentes a seus prejuízos[92]. No que se refere ao pagamento de custas e honorários, o art. 15 prevê a condenação do demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e advocatícios e quaisquer outras despesas; já os autores ficam dispensados do adiantamento e da condenação de quaisquer despesas, salvo se agirem de má-fé (§ 3º); caso em que o litigante e outros responsáveis pelos respectivos atos serão condenados ao pagamento de despesas processuais, honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (§ 4º). Não há, nesse aspecto, novidades em relação à legislação brasileira, mas os §§ 1º e 2º inovam ao prever, respectivamente, para o cálculo dos honorários, que o juiz leve em conta a vantagem para o grupo, categoria ou classe, bem como a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa e, para os legitimados pessoas físicas, sindicatos ou associações, uma gratificação financeira, quando suas atuações tiverem sido

[92] LACP – "Art. 15. Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados".

CDC – "Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82".

"Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções".

"Art. 100. Decorrido o prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida".

relevantes na condução e êxito da ação coletiva. No art. 16, também inova o legislador ao determinar que o juiz dê prioridade ao processamento da ação coletiva, desde que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a proteger. Aqui, apesar da boa intenção do legislador, pensamos haver certo antagonismo em condicionar tal vantagem ao "manifesto interesse social" evidenciado pela "dimensão do dano" ou pela "relevância do bem jurídico", já que, no art. 2º, ao definir os requisitos da ação coletiva, como vimos, a relevância social – que é um deles - se traduz, exatamente, pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou, ainda, pelo elevado número de pessoas atingidas. No art. 17, outra inovação, ao examinar a prescrição, permitindo interromper pretensões individuais e também transindividuais, quando da citação válida para a ação coletiva, ainda que tais pretensões se relacionem apenas indiretamente com a controvérsia; o efeito retroagirá à data da propositura da demanda. Parece-nos que referido texto, de certa maneira, inibe a busca da tutela jurisdicional, principalmente das pretensões individuais, que poderão aguardar, sem prejuízo, o resultado da demanda coletiva. No Brasil, porém, muito embora as decisões das ações coletivas que fazem coisa julgada estendam seus benefícios a todas as vítimas, ocorrendo a improcedência da ação coletiva, embora não haja a extensão, caso as pretensões individuais estejam prescritas, não haverá como pleiteá-las[93]. No art. 18, cuida-se dos efeitos da apelação, que será meramente devolutivo, facultando-se ao juiz atribuir efeito suspensivo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação. No art. 14, o legislador da ação civil pública também permite ao juiz conferir o efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte, mas refere-se a todos os

[93] Embora os parágrafos do artigo 103 do CDC digam que os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, não se ocupou o legislador da hipótese desses interesses já estarem prescritos quando do julgamento de improcedência da ação coletiva.

recursos, não apenas aos efeitos da apelação, como fez o código modelo. Por fim, neste capítulo, no art. 19, cuida-se das execuções definitivas e provisórias de maneira semelhante à do legislador processual brasileiro, ressaltando o § 3º, que prevê a possibilidade de o juiz suspender a execução provisória a pedido do executado.

O capítulo IV dedica-se exclusivamente às ações coletivas de responsabilidade civil para a defesa dos direitos individuais homogêneos[94]. O legislador deixa claro, no entanto, que tais direitos podem ser defendidos por quaisquer outras espécies de ação, não somente pelas de responsabilidade civil[95]. Pelo art. 20, permite-se aos legitimados que proponham em nome próprio e no interesse das vítimas a ação de responsabilidade pelos danos que cada uma sofreu individualmente, independentemente de identificá-las na petição inicial, podendo fazê-lo no momento da liquidação ou da execução do julgado (parágrafo único). O código brasileiro de defesa do consumidor também destina um capítulo às ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos e autoriza os legitimados a propô-las. Ainda na linha do código

[94] **Ada Pellegrini Grinover**, que elaborou, ao lado de **Roberto Berizonce** (Argentina) e **Angel Landoni Sosa** (Uruguai), a exposição de motivos do código modelo, equipara essa categoria de ação às "class actions for damages norte-americanas" (*Código modelo de processos coletivos para Ibero-América - Exposição de motivos*, p. 26). **Antonio Gidi**, em sua tese sobre as "class actions", esclarece que "as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos são comparáveis às *class action for damages* porque em ambas a única relação que há entre os membros do grupo é a existência de uma questão comum. Todavia, a ação coletiva brasileira limita-se a ser uma ação coletiva parcial (*issue class action*) e não uma *class action* plena, uma vez que limita-se a fixar a responsabilidade civil do réu pelos danos causados (CDC, art. 95), deixando a liquidação dos danos individuais a ser apurada em ação individual (CDC, art. 97). Para que o membro do grupo possa receber a indenização, deve promover ação individual, ainda que a execução possa ser coletiva (CDC, art. 98) " e, explica o autor, "muito embora a palavra *damage* (no singular ou no plural) signifique 'dano' ou 'prejuízo', a palavra *damages* (no plural) assume um significado técnico-jurídico diverso. *Damages* é a indenização devida em face do dano causado. Assim, *class action for damages* (ou *damage class action*) é uma expressão que deve ser traduzida como 'ação coletiva indenizatória' " (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 190-191).

[95] Melhor seria se o legislador tivesse feito referência às espécies de pedidos e não de ações, já que a variação se faz pelos pedidos e pelas causas de pedir. O "nome" que se dá às ações é apenas um indicativo do que se pretende e não uma "espécie" de ação, regulada pelo legislador.

modelo, determina a publicação de edital a fim de que os interessados, se quiserem, intervenham como litisconsortes. A ressalva é que o código modelo enquadra essa intervenção na categoria de assistentes ou coadjuvantes (art. 21), permitindo que não só as vítimas mas qualquer interessado possam intervir, incluindo os órgãos e entidades de defesa dos direitos coletivos (§ 1º). Da mesma forma se aplica essa obrigação de divulgação quando da execução do julgado, ainda que provisória a execução (§ 2º)[96]. O § 3º traz regra proibitiva aos intervenientes, que não poderão discutir, no processo coletivo, suas pretensões individuais. A regra, pensamos, é dispensável, já que se trata de ação coletiva em defesa de direitos individuais e não de ação individual; assim, não faria sentido utilizar a ação coletiva para discutir individualmente as pretensões, o que desrespeitaria alguns princípios, bem como, requisitos da tutela coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, como o princípio da economia processual, ou os requisitos da existência de predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto[97]. O art. 22, de certo modo, inova em relação à legislação brasileira[98] quando *permite* que a condenação seja genérica no tocante à responsabilidade do demandado pelos danos e o dever de indenizar. Existe, a nosso ver, possibilidade de condenação individualizada, o que se reforça com a redação dos parágrafos 1º: "Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva" e 2º:

[96] Dispositivo semelhante traria o art. 96 do CDC, mas que foi vetado. A redação do texto vetado era a seguinte: "Art. 96. Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93".

[97] No direito norte-americano, há também a exigência de notificação (*notice*) a fim de informar os membros ausentes da propositura de uma ação coletiva e que envolva seus interesses. Uma vez notificados, como nos ensina **Antonio Gidi**, "os membros podem intervir no processo, controlar a atuação (e a adequação) do representante, contribuir com as provas e as informações de que disponham ou mesmo exercer o direito de auto-exclusão do grupo, se não quiserem ser atingidos pela coisa julgada da ação coletiva" (*Op. cit.*, p. 257).

[98] O legislador brasileiro é taxativo: "Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade pelos danos causados".

"Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual". Vê-se aqui ainda uma vez o legislador ir ao encontro do princípio da economia processual, já que, ao mesmo tempo que não se desrespeitou a natureza da ação como coletiva, não discutindo as pretensões de maneira individualizada, permitiu-se que o juiz estabelecesse as condenações individualizadas, sempre que os valores pudessem ser individualizados[99]. Ademais, não deixou o legislador de respeitar o devido processo legal quando permite ao membro do grupo propor ação de liquidação individual, caso não concorde com o valor fixado pelo juiz (§ 3º). Aliás, não só a liquidação poderá ser individual, como também a execução, o que não retira dos autores coletivos a legitimidade para tanto (art. 23). A regra em nada difere da prevista no CDC (art. 97), mas distingue-se no aspecto da competência, já que o código modelo permite a liquidação individual no foro do domicílio do liquidante, enquanto o CDC fala do juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual (art. 98, § 2º, I), mas silencia-se a respeito da competência para a liquidação individual[100], o que leva às regras de competência

[99] Ao comparar a legislação brasileira com a americana, **Antonio Gidi** diz que, nos EUA, existe uma ação coletiva chamada *issue class action*, considerada uma ação coletiva parcial, já que uma parte da ação pode ser tutelada na forma coletiva e a outra tem natureza individual. Nesse caso, restringir-se-á a ação coletiva apenas à parte que pode ser tutelada coletivamente. Conforme o autor, "trata-se de uma técnica indispensável para resolver a inerente tensão existente entre a conveniência e economia de produzir um julgamento coletivo das questões comuns e a necessidade de dar tratamento individualizado às questões individuais (…). Nas *class actions*, o juiz em geral realiza a apuração coletiva dos danos sofridos pelos membros do grupo lesado na própria ação coletiva, ainda que a apuração coletiva não seja possível. Para poder fazer isso divide o processo coletivo em duas fases. Na primeira fase, resolve-se a questão comum. Resolvida a questão comum, o juiz está apto a determinar as questões individuais (no caso, a apuração dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo) (...). ... as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos do direito brasileiro são apenas um exemplo de ação coletiva parcial pois limita-se a fixar a responsabilidade civil do réu pelo dano coletivamente causado (CDC, art. 95), deixando a liquidação dos danos individuais a ser apurada em ação individual, a ser proposta por cada um dos membros lesados (CDC, art. 97)" (*Op. cit*., p. 246 e 248).

[100] Muito embora o parágrafo único do art. 97 tivesse trazido regra similar a do código modelo, ele foi vetado: "A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante". **Ada Pellegrini Grinover**, ao

estabelecidas no CPC, definindo o juízo da ação principal para o julgamento da liquidação[101].

O art. 24, bem como seu parágrafo único, repete as regras do art. 98 e do § 1º do CDC, permitindo a execução coletiva pelos legitimados, que abrangerá as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação e realizar-se-á com base em certidão das decisões de liquidação; bem como o art. 26 do código modelo repete o teor do § 2º do art. 98 do CDC, acerca da competência para a execução, qual seja, a do juízo da liquidação da sentença ou da ação

---

comentar o veto, esclarece: "Ocorre aqui uma situação curiosa: a intenção declarada do veto presidencial ao parágrafo único do art. 97 foi de impedir a 'dissociação do foro do processo de conhecimento e de execução', que seria 'arbitrária' porquanto romperia com o 'princípio da vinculação' (sic) adotado pelo art. 575 do CPC e defendido pela 'melhor doutrina'. O veto ainda se apoiou numa suposta lesão ao princípio da ampla defesa, decorrente da 'incerteza quanto ao foro de execução' (sic). (...) Não é esta a hora e vez de polemizar com as razões invocadas no veto que apontam, entre outras coisas, para o desconhecimento da natureza do processo de liquidação; para o descaso com a exigência de renovação dos esquemas processuais clássicos, necessária para a efetiva tutela dos interesses e direitos coletivamente tratados; para o equivocado enfoque do direito de ação e de defesa, que hão de ser exercidos amplamente, mas por ambas as partes e no quadro da igualdade real e da *par condicio*. O que compete fazer, isto sim, é verificar qual o real e efetivo alcance do veto. (...) É que, vetado o dispositivo em tela, permaneceu íntegro o § 2º, inc. I, do art. 98 – que se refere ao *juízo de liquidação da sentença ou da ação condenatória*, para a execução individual. Assim, fica claro que diversos podem ser o foro e o juízo da liquidação da sentença e da ação condenatória, nas ações coletivas de que trata o Capítulo II do Título III. Recorde-se que, na técnica de determinação da competência – do geral ao específico - há que se fixar primeiro a competência de foro, para depois descer à de juízo (com a atribuição da competência a um entre os diversos juízes em exercício no mesmo órgão jurisdicional). (...) E quais serão esses foro e juízo da liquidação da sentença, alternativos aos foro e juízo da ação condenatória? A resposta está no art. 101, inc. I, do Código: *a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor*. Não é difícil aplicar analogicamente essa regra ao foro competente para a liquidação, a que necessariamente se liga o § 2º, inc. I, do art. 98: o processo de liquidação é, segundo a doutrina dominante, processo de conhecimento, preparatório da futura execução e destinado a complementar o comando da sentença condenatória; a liquidação da sentença, prevista no *caput* do art. 97, será sempre feita a título individual, promovida que seja pelo prejudicado ou pelos entes e pessoas que podem representá-lo em juízo (...). Ademais, na liquidação da sentença que reconheceu o dever de indenizar e condenou o réu, os diversos liquidantes deverão ainda provar a existência de seu dano pessoal, bem como o nexo etiológico com o dano geral que embasou a condenação genérica (...). Desse modo, a regra da propositura da ação individual no foro do domicílio do autor encontra plena aplicação à hipótese, sendo a única capaz de explicar e dar conteúdo ao remanescente § 2º, inc. I, do art. 98 do Código (...). A lei não pode conter dispositivos inúteis: o veto não atingiu seu objetivo" (*Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 692-693).

[101] Nesse sentido, **Arruda Alvim**, ao comentar o código de defesa do consumidor, ensina que "se se tratar de execução individual, a regra é a mesma que a do Código de Processo Civil. Ou seja, é competente o juízo da ação condenatória individual, onde deve ser processada também a liquidação de sentença. Trata-se de competência absoluta, por conexão sucessiva, de caráter funcional (...). Refugiria a regra desse texto, vetado, do sistema do Código de Processo Civil, no que diz com a regra de competência do juízo da liquidação de sentença, uma vez que pelo art. 97, parágrafo único vetado, a liquidação poderia ser promovida no domicílio do liquidante" (*Código do consumidor comentado*, p. 442).

condenatória - para a execução individual - e a do juízo da ação condenatória - para a execução coletiva. Já o art. 25 do código em comento fez questão de expressar a forma de pagamento das indenizações, que será feita pessoalmente aos beneficiários; mesmo sem ter se preocupado com isso, o legislador brasileiro não deixou de regular, no art. 99 do CDC, que as indenizações individuais têm preferência no pagamento, em caso de concurso de créditos, decorrentes de outras condenações coletivas, resultantes do mesmo evento danoso (equivalente ao disposto no art. 28 do código modelo). No art. 27, embora pareça mera repetição do regramento brasileiro (art. 100, CDC)[102], o legislador do código modelo foi mais cuidadoso ao estabelecer que, se, no prazo de 1 ano, não houver habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados promover a liquidação e execução coletiva da indenização; o cuidado a que nos referimos situa-se na expressão grifada, já que o legislador brasileiro não se preocupou em dizer que os legitimados poderiam propor a liquidação e a execução, na ausência de interessados em número compatível, desde que aquelas se destinassem aos danos globalmente causados; o próprio código modelo reforça a idéia ao prever, no parágrafo único do artigo citado, que "o valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento" e destinado ao fundo previsto no art. 6º[103]; por fim, como já mencionado, o art. 28 estabelece regra sobre concurso de créditos, dando preferência às indenizações individuais, e confirma tal preferência no § 1º,

[102] "Art. 100. Decorrido o prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida".

[103] "Art. 100. (...).

quando prevê a suspensão da remessa das verbas destinadas para o fundo, enquanto as ações de indenização pelos danos individuais estiverem pendentes de recurso, ressalvando ter o devedor patrimônio suficiente para todas as dívidas.

O capítulo seguinte (V) ocupa-se da conexão, da litispendência e da coisa julgada. A conexão entre as ações coletivas, regulada pelo art. 29, prevenirá o juízo que conheceu da primeira ação, permitindo ao juiz (de ofício ou a requerimento da parte) determinar a reunião dos processos, ainda que não haja coincidência integral dos sujeitos processuais. A legislação processual coletiva brasileira silencia-se quanto à conexão, o que nos leva à legislação processual civil individual. O código de processo civil informa que ações conexas são aquelas que têm em comum o pedido ou a causa de pedir (art. 103), logo, dispensam a coincidência entre os sujeitos processuais. Seria mais correto, a propósito, que o código modelo falasse em partes e não sujeitos processuais, já que a conexão, ao menos na legislação brasileira, se verifica pelos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir). No Brasil, se, além do pedido e da causa de pedir, as partes também forem as mesmas, estaremos diante de uma litispendência ou de uma coisa julgada e não de uma conexão; sabemos que o processo coletivo tem perfil diferenciado do processo individual, o que exige regras diferenciadas e adequadas. Há figuras processuais, no entanto, que – modificada a estrutura – perdem a razão de ser, perdem a natureza e a lógica que as geraram; assim, se há conexão (para alguns elementos comuns) e litispendência (para identidade total de elementos), não se justifica considerar uma por outra; o ideal, a nosso ver, é criar figuras próprias para o processo coletivo, até com outros nomes, para eliminar a confusão, já que o processo civil

---

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de

individual não deixa de ser legislação subsidiária para o processo civil coletivo e será aplicado diante de lacunas. A confusão persiste com o art. 30 do código modelo que, ao cuidar da litispendência, diz que, entre a primeira ação coletiva e as demais ações coletivas, haverá litispendência se tiverem por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, ainda que diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir. Ora, sabemos que, nos moldes da legislação processual brasileira, como já exposto, a litispendência exige coincidência entre os elementos das ações e, muito embora a ação coletiva não possa ser vista como ação individual, não deixa de ser uma ação e, ao que sabemos, ainda que coletiva, apresentará como elementos as partes, o pedido e a causa de pedir. Tanto há lógica nisso que, nos moldes em que foi criada, a litispendência levará à extinção do segundo processo, intenção que não corresponde à do legislador do código modelo, já que, pela forma como definiu a litispendência, ela se confunde com a conexão, o que levará à reunião das ações. O que o código modelo chama de conexão, aliás, parece exigir mais coincidência de elementos que a própria litispendência, já que, para haver conexão, basta não haver 'coincidência integral entre os sujeitos processuais', ao passo que a litispendência verificar-se-á pela simples identidade de 'objetos controvertidos sobre o mesmo bem jurídico', mesmo que sejam diferentes os legitimados ativos e a causa de pedir. Voltamos a insistir, por isso, que os termos "conexão" e "litispendência" são inadequados segundo o uso proposto pelo código modelo. Ainda que seja uma legislação modelo, envolvendo vários outros países além do Brasil, sabemos que a maioria dos países ibero-americanos cuida daquelas figuras processuais como o legislador brasileiro cuidou. Tampouco ignoramos que o mero "encaixe" nas figuras existentes na legislação processual individual não é adequado, o que, por isso mesmo, inviabiliza, muitas vezes, as adaptações.

---

julho de 1985".

Nesse ponto, somos, portanto, contrários à redação do código modelo, já que certamente serão inúmeras as confusões caso o legislador brasileiro adote a legislação modelo, nos mesmos termos. A título de conclusão, sabe-se, da forma como a legislação brasileira está hoje, quantas lacunas envolvendo o tema precisam ser preenchidas, mas não da forma como sugere o legislador do código modelo. No que diz respeito à relação entre a ação coletiva e a individual, o art. 31 determina que não haverá litispendência entre elas, mas para usufruir os benefícios dos efeitos da coisa julgada, no caso de ações individuais, cumpre requerer a suspensão dessas ações no prazo de 30 dias. Aqui, pelo teor do artigo anterior, podemos presumir que o legislador considera haver litispendência entre tais ações quando tiverem por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, embora, na seqüência (par. único), o legislador use a expressão 'com o mesmo fundamento', persistindo a dúvida da correta interpretação. A legislação brasileira regula a hipótese da mesma maneira, no art. 104 do CDC, permitindo a extensão dos efeitos da coisa julgada para as pessoas com ações individuais em 'litispendência'[104] às coletivas, desde que para beneficiar e que peçam a suspensão de suas ações no prazo de 30 dias. O código modelo, no entanto, complementa a regra ao dispor, no parágrafo único daquele artigo, caber ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva, ainda que a ação individual seja rejeitada. Embora complementar, a regra parece antagônica, já que, no *caput*, o legislador diz que os autores das ações individuais não serão beneficiados se não requererem a suspensão de suas ações e o parágrafo diz que, se o demandado não informar o juízo, ainda que rejeitada a demanda individual, o autor desta será beneficiado.

[104] **Ada Pellegrini Grinover**, ao comentar o artigo, diz que nem se poderia falar mesmo em litispendência entre ações coletivas e individuais, já que o CPC exige identidade de elementos, ou seja, mesmas partes, mesmo

E se o autor individual, porém, não requereu a suspensão e o demandado não informou o juízo? Será ele beneficiado? Em princípio, parece que não; mas, pensamos, podem surgir dúvidas. O art. 32 também apresenta novidade, permitindo que o juiz, ao tomar conhecimento da existência de várias ações individuais, com os mesmos fundamentos e contra o mesmo demandado, notifique o Ministério Público ou outros legitimados a fim de que proponham – se quiserem - ação coletiva. Nesse caso, como vimos, aos autores das ações individuais ficará reservado o direito de suspensão de suas ações. Muito embora o código modelo traga como título deste artigo "conversão de ações individuais em ação coletiva", não vemos hipótese de conversão. Na verdade, tratar-se-á de uma ação coletiva proposta, justamente porque, diante da existência de várias ações individuais, percebeu-se a possibilidade de uma ação coletiva. As ações individuais prosseguirão, em nosso entender, e serão suspensas apenas – se for o caso – para os benefícios previstos no artigo anterior. O art. 33 desvela-se pela coisa julgada na ação coletiva; mantém, como a legislação brasileira[105], os efeitos *erga omnes* da sentença, bem como a exceção da não-ocorrência desses efeitos para as ações julgadas improcedentes por insuficiência de prova, quando se permite aos legitimados a propositura de outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas. Entretanto, é inovador quanto à improcedência ao permitir que os legitimados intentem outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 anos, se surgirem novas provas, mesmo que tal improcedência se tenha fundado nas provas produzidas (§ 1º)[106]. Vemos aqui o

---

pedido e mesma causa de pedir e, segundo a autora, ´o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso` (*Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 734).

[105] Ao igualar à legislação brasileira, referimo-nos aos efeitos "erga omnes", mas não podemos deixar de observar que o legislador brasileiro dividiu esses efeitos e os atribuiu aos direitos difusos e individuais homogêneos, ao passo que aos direitos coletivos foi prevista a coisa julgada "ultra partes", limitada ao grupo, categoria ou classe. Quanto à possibilidade de nova ação diante da improcedência por insuficiência de provas, destinou aos direitos difusos e coletivos e não aos direitos individuais homogêneos (art. 103 CDC).

que a doutrina brasileira vem chamando de 'relativização' ou 'flexibilização' da coisa julgada[107]. O § 2º garante o direito de ação individual para pedir indenização, ainda que a ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos tenha sido julgada improcedente. Parece-nos desnecessário o parágrafo, já que, no art. 31, como vimos, se lê que a ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais. A legislação brasileira tem regra semelhante no § 2º do art. 103, mas é mais clara ao dizer que os interessados, diante da improcedência da ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos, podem propor suas ações a título individual, *desde que não tenham intervindo no processo coletivo.* O código modelo não discute o assunto e resta a dúvida se, diante da improcedência da ação coletiva, aqueles que ingressaram como assistentes ou coadjuvantes (art. 21) serão atingidos pelos efeitos 'negativos' da sentença. Embora o § 3º do art. 21 diga que os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo, não nos parece regra suficiente para esclarecer a dúvida suscitada. O § 3º, do art. 33, informa que os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas em

---

[106] **Ada Pellegrini Grinover**, ao lado de outros, ao realizar a exposição de motivos do código modelo, informa tratar-se a regra da *coisa julgada secundum probationem*, como decorrência especial da cláusula *rebus sic stantibus* (*Op. cit*., p. 30-31).

[107] **Cândido Rangel Dinamarco**, ao comentar o tema, diz que "essa orientação, de manifesta legitimidade porque sobrepõe à coisa julgada e à segurança nas relações jurídicas certos valores que são realmente merecedores de maior atenção e também contam com o apoio da Constituição Federal, consiste em *repudiar a estabilidade dos efeitos da sentença* que contra esses valores se choquem. (...) Estamos mais uma vez, como se vê, no campo das influências de Liebman, uma vez que propomos distinguir entre a estabilidade da sentença como ato do processo e a estabilidade dos efeitos da sentença, como ele tantas vezes propôs (sendo esse um dos temas centrais de sua obra-prima, a *Eficácia e autoridade da sentença*)" (*Liebman e a cultura processual brasileira*, p. 99). **Donaldo Armelin**, que escreveu um artigo sobre o assunto, justifica a necessidade dessa flexibilização por poderem ocorrer conflitos entre a irrescindibilidade da sentença transitada em julgado e os princípios e valores fundamentais e revela como meios dessa relativização "a) a revalorização da impossibilidade jurídica no plano processual; b) a ampliação do âmbito da *querela nullitatis insanabilis*; c) a utilização dos instrumentos processuais atuais para esse fim" (*Flexibilização da coisa julgada*, p. 137-173).

Não podemos desconsiderar que a hipótese de "provas novas" poderia, pela legislação brasileira, conduzir a utilização da ação rescisória, nos moldes no artigo 485, VII, do CPC (rescindir a sentença de mérito quando o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável). No entanto, a intenção do legislador do código modelo é a de possibilitar uma nova ação coletiva, diante de novas provas, independentemente de aquela outra decisão ser cancelada por meio de uma ação rescisória.

defesa dos direitos difusos beneficiarão as vítimas e seus sucessores que, neste caso, como vimos, poderão propor a ação de liquidação e de execução; no entanto, o mesmo parágrafo proíbe que os efeitos da coisa julgada se estendam para prejudicar as ações de indenização individuais, regra que se aplica também à sentença penal condenatória (§ 4º). A legislação processual coletiva brasileira tem regra equivalente nos §§ 3º e 4º do art.103 do CDC; é o que os autores brasileiros chamam de extensão *secundum eventum litis* e transporte *in utilibus* da coisa julgada positiva. O § 5º do art. 33 do código modelo cuida da competência territorial do órgão julgador, informando que não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*. Na verdade, a competência já foi regulamentada em capítulo anterior, conforme comentamos, mas neste ponto, o legislador aproveitou que estava tratando da coisa julgada *erga omnes* para deixar bem claro que a extensão é total e não relativa ao território sobre o qual a competência do órgão julgador se exerce. O legislador brasileiro, sabemos bem, modificou a lei da ação civil pública para limitar a coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator (ver comentários anteriores sobre o artigo). Por fim, neste capítulo, o art. 34 trata das relações jurídicas continuativas, permitindo a revisão do que foi estatuído na sentença, caso sobrevenha modificação no estado de fato ou de direito. O legislador do código modelo demonstra preocupação, ao que vemos, com alterações fáticas e jurídicas que possam prejudicar o grupo, a classe ou a categoria, caso a decisão sobre determinada relação jurídica que não se perfaça no momento em que for proferida deixe de atender aos escopos da legislação processual coletiva. Na verdade, já demonstra preocupação similar ao cuidar, como vimos, da improcedência, permitindo que os legitimados intentem outra ação, com idêntico fundamento, caso surjam novas provas, mesmo que essa improcedência se fundamente nas provas produzidas (§ 1º, art. 33). O legislador brasileiro, de

certo modo, ressalvadas as especificidades, também se revela zeloso ao prever no CDC "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas" (art. 6º, V).

No capítulo VI, vamos encontrar uma inovação em relação à nossa legislação, pela qual se permite a ação coletiva passiva. Nesse caso, qualquer 'ação' poderá ser proposta contra uma coletividade organizada ou que, ao menos, tenha representante adequado. A ação, naturalmente, deverá ter por objeto a tutela de bens e/ou direitos transindividuais e, de acordo com o art. 35, revestir-se de interesse social. Mais uma vez, percebemos a influência da legislação norte-americana na elaboração do código modelo. Lá elas se chamam *defendant class actions.* **Antônio Gidi**, ao comentar as ações coletivas passivas americanas, esclarece que elas podem dar lugar a sentenças declaratórias, mandamentais ou indenizatórias, mas que a utilização maior ocorre para dar efeito *erga omnes* a decisões de conteúdo declaratório ou injuntivo contra um grupo numeroso de pessoas que cometeram um mesmo ilícito civil ou com o objetivo de interpretar ou determinar a validade de um documento ou norma e, dificilmente, segundo o autor, uma sentença coletiva condenará o grupo-réu a pagar um valor determinado em dinheiro[108]. No Brasil, como vimos, embora o

[108] **Antonio Gidi**, ao escrever sobre as *class actions*, aborda, num capítulo específico, a ação coletiva passiva. O autor acrescenta que uma *defendant class action* (ação coletiva passiva) também pode surgir quando o réu, em uma *plaintiff class action* (ação coletiva ativa), interpõe uma reconvenção contra o grupo-autor. No entanto, conforme nos informa o autor, muito embora as *defendant class actions* tenham sido muito utilizadas antes da promulgação da *Rule 23*, em 1938, nos dias atuais, raras são as ações coletivas passivas propostas, principalmente quando ativamente a ação já é coletiva. O autor explica que a *Rule 23* acabou suprimindo a flexibilidade outrora existente e, apesar de tratar implicitamente da ação coletiva passiva, não especificou o seu procedimento, o que leva a dificuldades de adaptação às regras existentes para a ação coletiva ativa (*Op. cit.*, p. 469-499).

legislador não tenha se referido a ela expressamente[109], por outro lado não a proibiu; daí encontrarmos alguns juristas brasileiros indo ao encontro da idéia[110]. Ainda, ao tratar da coisa julgada nas ações coletivas passivas, o legislador do código modelo aborda separadamente, conforme se refira à defesa dos direitos difusos ou a dos direitos individuais homogêneos. Quando se tratar de direitos difusos a coisa julgada atuará *erga omnes* e vinculará todos os membros do grupo, categoria ou classe (art. 36). Direcionando-se aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* apenas no plano coletivo, ou seja, a decisão positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão propor suas próprias ações ou, ainda, requerer, no processo de execução, o afastamento da eficácia da decisão na sua esfera jurídica (art. 37). A ressalva que se faz é para as ações coletivas que tiverem sido promovidas contra os sindicatos que estiverem atuando como substitutos processuais da categoria. Nesses casos, a coisa julgada *erga omnes* vinculará individualmente todos os membros ainda que diante de procedência (parágrafo único). O regime da coisa julgada passiva é, portanto, em princípio, o mesmo que se aplica às ações coletivas ativas, idéia que se reforça com o art. 38, que determina, para as ações coletivas passivas, a aplicação do disposto no código, quanto às ações coletivas ativas. No entanto, não podemos deixar de considerar que a coisa julgada "secundum eventum litis", com a extensão "in utilibus", bem como a regra da improcedência por insuficiência de provas, são idéias que se encaixam bem às ações coletivas ativas; quanto às ações coletivas passivas, não faria sentido desconsiderar a improcedência quando, "apenas passivamente", a ação seja coletiva. Do mesmo modo, não há razão para permitir a propositura de nova ação quando a improcedência se deu pela insuficiência de provas, a menos, é

[109] Com exceção da legislação processual do trabalho que prevê a ação coletiva passiva – via dissídio coletivo (arts. 856 e segts. da CLT).

claro, que se trate de ação coletiva em seu duplo aspecto: ativa e passiva. Como aplicar a questão da coisa julgada nessa hipótese? Imaginemos uma ação coletiva proposta por um sindicato contra outro sindicato: julgada improcedente por insuficiência de provas, poderá o autor/sindicato propor novamente a ação? Pelo teor da lei, sim; no entanto, na prática, podem surgir problemas e, caso o legislador brasileiro adote norma semelhante, deverá esclarecer eventuais pontos duvidosos ou omissos.

Para concluir, o capítulo VII cuida das disposições finais, determinando que o código seja interpretado de forma aberta e flexível, explicando em seguida o legislador que esse modo de interpretar vai ao encontro da tutela coletiva (art. 39). Essa determinação de interpretação 'aberta' e 'flexível' vai ao encontro dos princípios que norteiam a legislação processual coletiva e se ocupa, a nosso ver, com a função social da tutela coletiva e com a justiça do caso concreto. Na legislação processual coletiva brasileira, embora não haja previsão expressa do modo interpretativo, poderíamos entendê-la pela principiologia. Serem normas de ordem pública basta de *per si* para que o processo coletivo seja conduzido pelo mesmo caminho hermenêutico. O código modelo prevê, também, sempre que possível, que as ações coletivas sejam processadas e julgadas por magistrados especializados (art. 40), o que vai ao encontro de dispositivos previstos em nosso CDC, que contempla, para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, utilização de Promotorias de Justiça especializadas e a criação de Delegacias de Polícia, Juizados Especiais e Varas, especializados em litígios de consumo (art. 5º, II, III e IV). O código estabelece, por fim, que se apliquem subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do código de processo civil e legislação especial pertinente (art. 41), no que

[110] Iremos abordar o tema no capítulo que tratarmos sobre a legitimidade nas ações coletivas.

acompanha a legislação brasileira, que prevê, tanto na lei da ação civil pública como no código de defesa do consumidor (art. 19 e art. 90, respectivamente), a aplicação subsidiária do CPC.

No Brasil, como vimos, há legislações regulando o tema dos processos coletivos. Há também muitas regras iguais ou semelhantes às do código modelo. Por outro lado, muitas novidades boas podem e devem ser copiadas para inspirar as propostas de anteprojetos de códigos processuais coletivos brasileiros ou as reformas das legislações vigentes.

O primeiro **anteprojeto brasileiro de código processual coletivo**[111] de que tivemos conhecimento é de autoria de ***Ada Pellegrini Grinover.*** Nele, a autora propõe a reunião das legislações processuais coletivas já existentes e prevê a aplicação para todas as ações coletivas, salvo para as que realizam o controle da constitucionalidade das leis. Daí, nas disposições finais, determinar a revogação da lei da ação civil pública e dos artigos 81 a 104 do código de defesa do consumidor que, somados, compõem hoje, como vimos, a nossa legislação processual civil coletiva. Propõe ainda a revogação do § 3º do art. 5º da lei da ação popular, bem como de diversos outros artigos espalhados em legislações, que abordam de maneira diversa o que está proposto pela nova legislação.

O anteprojeto está dividido em seis capítulos, sendo o capítulo I destinado às ações coletivas em geral; o capítulo II, às ações coletivas ativas, dividido em duas seções: a primeira voltada às disposições gerais e a segunda à ação coletiva em defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos; o capítulo III, às ações coletivas passivas; o capítulo IV, ao mandado de segurança coletivo; o

capítulo V, às ações populares, dividido em duas seções: a primeira destinada à ação popular constitucional e a segunda, à ação de improbidade administrativa; por fim, o capítulo VI, às disposições finais.

No capítulo que trata das ações coletivas em geral (I), a autora explica que a ação coletiva ativa, ao lado da ação coletiva passiva, do mandado de segurança coletivo e das ações populares, serão os veículos para a tutela jurisdicional coletiva. Assim, seguindo a linha do que já estatui o CDC (art. 83), todas as espécies de ações são admissíveis para a tutela dos direitos coletivos (art. 2º), que continuam a ser os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos (art. 3º). Admitindo-se a interpretação extensiva, a emenda ou alteração da inicial, até a prolação da sentença, desde que presente a boa-fé e respeitado o contraditório (art. 4º); as ações coletivas conexas ou com continência deverão ser reunidas (art. 5º); as ações coletivas não induzirão litispendência às individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva só beneficiarão os autores das individuais, caso requeiram a suspensão (art. 6º), cabendo ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a ação coletiva, sob pena de o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva, mesmo que a ação individual seja rejeitada (§ 1º). O processo individual ficará suspenso até o trânsito em julgado da sentença coletiva, podendo o autor requerer a retomada do processo individual, a qualquer tempo, sem, entretanto, o benefício da sentença coletiva (§ 2º); permite-se ao Tribunal que determine a suspensão de processos individuais quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico (§ 3º), estando vedado ao autor a retomada do curso do processo individual (§ 4º); o próprio juiz, tendo conhecimento de diversos processos individuais, com fundamentos idênticos, contra o mesmo demandado, deverá

[111] Última versão (outubro de 2005), publicada In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*

notificar o Ministério Público e outros legitimados para que proponham ação coletiva (art. 7º); a citação na ação coletiva interromperá o prazo prescricional das ações individuais que tiverem relação com a controvérsia (art. 8º); o juiz deve dar prioridade no processamento das ações coletivas (art. 9º); serão permitidos todos os meios de provas (art. 10), incumbindo o ônus à parte que tiver conhecimentos técnicos ou informações específicas ou, ainda, maior facilidade de produzi-las (§ 1º), podendo o juiz, no entanto, modificar, no curso do processo, referido ônus (§§ 2º e 3º) e determinar de ofício a produção de provas (§ 4º); as decisões, ao serem motivadas, deverão explicitar, diante da rejeição, se o foram por insuficiência de provas (art. 11); a coisa julgada será *erga omnes*, salvo se improcedente por insuficiência de provas (art. 12); se os direitos defendidos referiam-se aos individuais homogêneos, mesmo diante de improcedência, permite-se aos interessados a propositura de ações individuais, salvo quando a demanda tiver sido ajuizada por sindicato (§ 1º); a competência territorial não poderá ser limitada (§ 4º); mesmo diante de improcedência, fundada nas provas produzidas, a ação poderá ser intentada novamente, no prazo de 2 anos, contados da descoberta de prova nova (§ 5º); o recurso de apelação terá efeito meramente devolutivo, como regra (art. 13); caso o autor da demanda coletiva não promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada aos demais legitimados (art. 14); a execução poderá ser definitiva ou provisória (art. 15); diante de procedência da ação coletiva, o demandado será condenado em todas as despesas, bem como em honorários advocatícios (art. 16); mesmo que o condenado seja o Poder Público, incorrerá na referida condenação (§ 1º); no cálculo dos honorários, o juiz levará em conta a vantagem para o grupo, a quantidade e qualidade de trabalho e, ainda, a complexidade da causa (§ 2º); ademais, se o legitimado for pessoa física,

– *20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC*. São Paulo: Atlas, p. 7-24.

sindicato ou de fiscalização do exercício das profissões, associação ou fundação de direito privado, o juiz poderá fixar gratificação financeira, conforme a atuação (§ 3º); não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários ou quaisquer outras despesas, nem condenação, salvo má-fé (§ 4º); as ações coletivas deverão, se possível, ser julgadas em juízos especializados (art. 17).

O capítulo destinado às ações coletivas ativas (II) está dividido em duas seções: a primeira aborda disposições gerais sobre as ações coletivas e a segunda, discute as ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Na seção I, cuida-se da legitimidade e dos requisitos para que ela ocorra (art. 19), legitimidade que se garante, concorrentemente, a qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada (inciso I), demonstrada através de credibilidade (a), seu histórico (b), sua conduta em outros processos coletivos (c); ao membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos coletivos ou individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos anteriores (inciso II); ao Ministério Público, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de relevante interesse social (inciso III); à Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que, nesta última hipótese, se trate de pessoa predominantemente hipossuficiente (inciso IV); às pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados às suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos (V); às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, às entidades sindicais, para a defesa dos interesses indicados no Código (VI); às entidades sindicais e de fiscalização, restritas as primeiras à defesa dos interesses ligados à categoria (VII); aos partidos políticos

com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de interesses ligados a seus fins institucionais (VIII) e às associações civis e fundações de direito privado, legalmente constituídas há pelo menos 1 ano e que incluam entre seus fins a defesa dos interesses indicados no Código (IX). Na defesa dos interesses coletivos, todos os legitimados deverão demonstrar interesse social e, tratando-se dos coletivos e individuais homogêneos, também a coincidência entre os interesses do grupo com o objeto da demanda (§ 1º). Em caso de inexistência do requisito da adequada representatividade, o juiz notificará o MP e os outros legitimados para assumirem a titularidade da ação (§ 3º); o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado (§ 4º); será admitido o litisconsórcio (§ 5º); o MP atuará como fiscal, em caso de relevante interesse social (§ 6º); o Ministério Público e os órgãos públicos poderão tomar compromisso de ajustamento (§ 9º); a competência territorial será do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, se de âmbito local (art. 20, I); de qualquer das comarcas, quando o dano de âmbito regional compreender até três delas (II); da Capital do Estado, para os danos regionais (quatro ou mais comarcas) (III); de uma das Capitais do Estado, quando os danos foram de âmbito interestadual e compreenderem até 3 (três) Estados (IV) e do Distrito Federal, para os danos interestaduais (mais de três Estados) ou nacionais (IV). O inquérito civil poderá ser instaurado pelo Ministério Público, devendo respeitar sua Lei Orgânica (art. 21); os legitimados poderão requerer certidões e informações às autoridades competentes, para instruir a inicial (art. 22); deverá o juiz, após a fase postulatória, designar audiência preliminar de conciliação (art. 23), incentivando a utilização de outras formas de solução do conflito (§ 1º, art. 23), permitindo-se a transação (§ 3º, art. 23); não havendo transação, deverá o juiz decidir se a ação vai prosseguir na forma coletiva - caso de separação dos pedidos em ações

coletivas distintas -, fixar os pontos controvertidos e esclarecer os encargos quanto ao ônus da prova (§ 5º, art. 23); nas ações ressarcitórias, em vista dos danos ocorridos em bens indivisivelmente considerados, a reparação consistirá na prestação de obrigações específicas, para compensar o dano sofrido, ou em indenização, cujos valores recebidos deverão destinar-se ao Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos (art. 24), que será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos estaduais, com a participação necessária de membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo os recursos aí recolhidos destinados a diversos fins, mormente ao pagamento das perícias realizadas nos processos (art. 25); o Fundo deverá ser notificado da propositura de toda ação coletiva (§ 3º). Na seção II, a ação coletiva que se destina à tutela dos direitos individuais homogêneos tem ainda por requisitos a predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto (§ 1º, art. 26); os legitimados poderão propor a ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (art. 27); os interessados deverão ser notificados e, se quiserem, poderão intervir como assistentes (art. 28). Com a concessão da tutela antecipada, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados a fim de opinarem entre exercer ou não o direito à fruição da medida (§ 2º); sendo possível a execução, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital e também a divulgação pelos meios de comunicação e aos órgãos e entidades de defesa dos direitos coletivos (§ 4º); estando os interessados impedidos de discutir as pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento (§ 5º), será, contudo, permitida a transação pelos legitimados (art. 29); sendo possível, o juiz calculará na sentença o valor da indenização individual (art. 30); não o sendo, a condenação será genérica (§ 4º). A competência para a execução, se individual, será a do domicílio da vítima ou sucessor ou da ação condenatória; se coletiva, a da ação condenatória ou da

sede do legitimado (art. 31). A liquidação e a execução podem ser tanto individuais como coletivas (arts. 32 e 33). Caso não haja habilitados, o produto da indenização reverterá ao Fundo mencionado (§ 3º, art.34); em caso de concurso de crédito, as indenizações pelos prejuízos individuais terão preferência (art. 35).

No capítulo III, a autora aborda as ações coletivas passivas, permitindo que qualquer ação seja proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada, envolva bens transindividuais (difusos ou coletivos) e a tutela se revista de interesse social (art. 36). A coisa julgada será *erga omnes* e vinculará todos os membros do grupo, categoria ou classe (art. 37); as disposições anteriores aplicam-se às ações coletivas passivas, no que couber (art. 38); as disposições sobre as custas e honorários serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo (parágrafo único).

O capítulo IV cuida, especificamente, do mandado de segurança coletivo. O cabimento tem previsão constitucional, podendo proteger direitos relativos a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 39), podendo ser impetrado pelo Ministério Público, Defensoria Pública, partido político com representação no Congresso, organização sindical, entidade de classe ou associação, legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros, dispensada a autorização assemblear (art. 40), aplicadas as demais disposições da lei, no que couber, bem como as da Lei 1.533/51, no que não for incompatível (art. 41).

O capítulo V, sobre as ações populares, divide-as em populares constitucionais (seção I) e de improbidade administrativa (seção II), determinando a aplicação da Lei 4.717/65 para as primeiras e a da Lei 8.429/92 para as últimas, além das disposições gerais do código para ambas.

Finalmente, o capítulo VI trata das disposições finais, estabelecendo ao Conselho Nacional de Justiça que organize e mantenha o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a fim de permitir o amplo conhecimento a todos os órgãos do Judiciário, bem como a todos os interessados (art. 46). Determina ainda que a União, no prazo de 180 dias, e os Estados criem e instalem órgãos especializados para o processamento e julgamento das ações coletivas (art. 47); prevê a interpretação aberta e flexível para as normas previstas no código (art. 48); a aplicação subsidiária do código de processo civil, independentemente da Justiça competente (art. 49); uma série de mudanças em algumas legislações processuais em vigência, propondo novas interpretações, acréscimos e revogações (arts. 50 e 51)[112] e vigência prevista para 180 dias da publicação (art. 52).

[112] "**Art. 50. <u>Nova Redação</u>** – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:
a - O artigo 273 do Código de Processo Civil passa a vigorar com a seguinte redação, acrescidos os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D:
'Art. 273. (...).
§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§ 1º do art. 273-B e art. 273-C).'
§ 5º 'Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.'
Art. 273-A 'A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.'
Art. 273-B 'Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.'
§ 1º 'Concedida a tutela antecipada, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:
a – ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;
b – ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.'
§ 2º 'Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.'

Percebe-se que boa parte do anteprojeto proposto inspirou-se no código modelo de processos coletivos, enquanto outra manteve o estatuído na legislação processual coletiva brasileira, além de algumas novidades que não se encontram

---

Art. 273-C 'Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.'

Parágrafo Único 'Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida'.

Art. 273-D 'Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.'

b – O artigo 10 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: 'Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora'.

c – O artigo 7º, inciso I, alínea 'a', da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

'Art. 7 – (...).

I – (...).

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores.'

d – Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

'Art. 18 – (...).

Parágrafo único – Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.'

e – Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º, e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º e 3º como 3º, 4º e 5º:

'Art. 17 – (...).

Par. 1º - Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

Par. 2º - No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de provas de que disponha.

Par. 3º - (...).

Par. 4º - (...).

Par. 5º - (...).'

f – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

'Artigo 80: As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa' ".

"**Art. 59. <u>Revogação</u>** – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo

em nenhuma legislação mencionada. Pensamos, como já referido, que será de grande utilidade, em nosso ordenamento jurídico, uma legislação processual coletiva codificada, mas é preferível refrear maiores considerações e aguardar a tramitação para, futuramente, diante da vigência esperada, fruir a satisfação em comentá-lo.

Antonio Gidi também apresenta um **'projeto'**, porém – são palavras suas - de "teor educativo", a fim "de inspirar a redação do melhor Código de Processo Civil Coletivo"[113].

Recomendam-se no projeto sete títulos, distribuídos em 33 artigos: título I (disposições gerais); título II (procedimento coletivo); título III (tutela coletiva das pretensões indenizatórias transindividuais do grupo); título IV (tutela coletiva das pretensões indenizatórias individuais dos membros do grupo); título V (ações coletivas passivas); título VI (princípios de interpretação) e título VII (disposições finais).

No título I, cuida-se do cabimento da ação coletiva sempre que se vise à tutela de pretensões transindividuais - cujos titulares sejam grupos - e de pretensões individuais – cujos titulares sejam os membros de um grupo de pessoas -, em especial para tutelar direitos difusos e individuais homogêneos, sendo admissíveis todas as espécies de ações (art. 1º). Os legitimados serão o Ministério Público, a União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica, e as associações sem fins lucrativos, legalmente

---

2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003".

[113] *Código de processo civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, p. 757-776.

constituídas há pelo menos dois anos. A parte na ação será o grupo e o legitimado o representará (art. 2º). A ação, para poder ser conduzida na forma coletiva, deverá preencher determinados requisitos, como o de questões comuns, representação adequada pelo legitimado coletivo e o advogado e técnica superior a outras (art. 3º).

No título II, aborda-se a competência territorial (foro do local do dano – de âmbito local; foro da Capital – dano de âmbito estadual ou regional; foro do Distrito Federal – dano de âmbito nacional) (art. 4º), a notificação adequada (para o grupo e seus membros) (art. 5º), a intervenção coletiva (qualquer legitimado coletivo poderá intervir e os membros do grupo poderão participar como informantes) (art. 6º), o objeto do processo coletivo (pretensões coletivas e individuais) (art. 7º), a interrupção da prescrição das ações individuais e coletivas (com a propositura da ação) (art. 8º), o saneamento (para decidir se a ação pode prosseguir na forma coletiva, demarcar o objeto do processo, descrever os contornos do grupo e selecionar o representante mais adequado) (art. 9º), os poderes do juiz (podendo até separar pedidos e causas de pedir em ações coletivas distintas, dividir os grupos em subgrupos, limitar o objeto da ação coletiva e aumentar os prazos do processo) (art. 10), ônus da prova (para a parte que tenha os conhecimentos técnicos ou as informações) (art. 11), custo da prova (para a parte contrária, com direito de ressarcimento das despesas, diante de dificuldades) (art. 12), prova estatística (complemento para a prova direta) (art. 13), acordo adequado (homologado pelo juiz e vinculando a todos, após ampla análise, incluindo audiência pública e impugnações) (art. 14), as obrigações de fazer ou não fazer (concessão de tutela específica e medidas necessárias para assegurar o resultado, conversão em perdas e danos, imposição de multa diária) (art. 15), a sentença coletiva (ampla e adequadamente notificada

ao grupo e seus membros) (art. 16), a sentença coletiva parcial (quando não houver necessidade de provas ou a prova já foi suficiente, prosseguindo a ação no restante a julgar) (art. 17), a coisa julgada coletiva (vinculará o grupo e seus membros, exceto se houver improcedência causada por representação inadequada e insuficiência de provas) (art. 18), a litispendência (entre as ações coletivas relacionadas com a mesma controvérsia) (art. 19), a ação coletiva e as correspondentes ações individuais (não haverá litispendência, havendo uma ação individual, o autor não será atingido pela coisa julgada da ação coletiva, a menos que tenha requerido a suspensão da sua ação individual) (art. 20), as despesas e os honorários (não haverá adiantamento de custas e outras despesas por parte do grupo, nem pagamento de honorários, custas e despesas processuais, se o vencido for o grupo, salvo diante de má-fé, podendo ainda atribuir-se gratificação financeira ao representante e ao interveniente pela atuação relevante (art. 21), a procedência da ação coletiva (podendo o juiz dar prioridade ao processamento de uma ação coletiva) (art. 22) e a ação rescisória coletiva (a sentença dada em uma ação coletiva poderá ser rescindida quando, no momento da decisão, não for possível analisar a adequação ou suas conseqüências, proceder a uma análise adequada do material probatório ou, ainda, nas relações continuativas, as decisões se mostrarem inadequadas com o passar do tempo ou, por fim, se ocorrer uma das hipóteses previstas na lei processual individual) (art. 23).

No título III, o autor cuida da tutela coletiva das pretensões indenizatórias do grupo, prevendo a criação de um fundo, denominado “Fundo dos Direitos de Grupo” (art. 24).

O título IV ocupa-se da tutela coletiva das pretensões indenizatórias individuais dos membros do grupo e estabelece o cálculo dos danos individuais, podendo a execução ser feita na forma coletiva ou ainda, caso o membro do grupo não concorde com o valor, poderá fazer a ação individual de liquidação e, por fim, o juiz poderá condenar genericamente, restando aos grupos o prazo de dois anos para iniciar suas ações individuais de liquidação e execução (art. 25), podendo o juiz reverter o valor para um fundo, caso o número de membros seja incompatível com a dimensão do grupo (art. 27). O título também trata da distribuição do dinheiro (art. 26).

No título V, o autor vai abordar as ações coletivas passivas, que poderão ser propostas contra os membros de um grupo de pessoas, representadas por associação, se houver, ou contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo (art. 28) além de determinar que se apliquem às ações coletivas passivas, no que couber, todas as regras do código (art. 29).

O título VI, que traz princípios de interpretação, sugere uma interpretação flexível, criativa e aberta (art. 30) e a aplicação das regras do código a todas as ações coletivas (art. 31), bem como a utilização das regras processuais individuais, no que couber (art. 32).

O capítulo VII, enfim, prevê a entrada em vigor na data da publicação, aplicando-se imediatamente aos processos coletivos pendentes (art. 33).

Por fim, tomamos conhecimento, recentemente, de um anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, coordenado por ***Aluisio Gonçalves de***

Castro Mendes, baseado, segundo o próprio autor[114], em uma revisão feita ao anteprojeto de Ada Pellegrini Grinover.

O anteprojeto está estruturado em cinco partes: primeira parte – Das ações coletivas em geral; segunda parte – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; terceira parte – Da ação coletiva passiva; quarta parte – Dos procedimentos especiais; quinta parte – Disposições Finais.

A primeira parte está dividida em nove capítulos: o capítulo I prevê a utilização de todas as ações para a defesa de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, salvo para a ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade; o capítulo II aborda os pressupostos e as condições das ações, ocupando-se da competência, da prioridade de processamento, dos juízos especializados, da conexão, litispendência e continência, dos requisitos específicos da ação coletiva e da legitimação ativa; o capítulo III trata da comunicação entre processos repetitivos, o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta; o capítulo IV cuida da postulação, das custas e honorários, da instrução da inicial, do pedido, do contraditório para as medidas antecipatórias, dos efeitos da citação e da audiência preliminar; o capítulo V trata da prova; o capítulo VI preocupa-se com o julgamento, o recurso e a coisa julgada; o capítulo VII fala das obrigações específicas (de fazer, não fazer, de dar e ações indenizatórias); o capítulo VIII cuida da liquidação e da execução e, por fim, o capítulo IX trata do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

[114] *Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas*

A segunda parte, que aborda as ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos, contém doze artigos (arts. 30 a 41) que, em termos gerais, estabelecem a predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva; a determinação dos interessados; regras sobre a citação e notificações; a relação entre ação coletiva e ações individuais; regras sobre a assistência; os efeitos da transação; os efeitos da sentença condenatória; a competência sobre a liquidação e a execução individuais e coletivas e o concurso de créditos.

A terceira parte, com apenas três artigos, cuida da ação coletiva passiva, estabelecendo os sujeitos passivos, a coisa julgada e a aplicação subsidiária das regras processuais coletivas.

A quarta parte conta com quatro capítulos: o primeiro, que aborda o cabimento do mandado de segurança coletivo e as disposições aplicáveis a ele; o segundo, no mesmo sentido, sobre a utilização do mandado de injunção coletivo, acrescentando a competência, a legitimação passiva, a edição de norma superveniente, a sentença e as disposições aplicáveis; o terceiro, sobre a ação popular, remetendo-se à legislação pertinente; e o quarto, acerca da ação de improbidade administrativa, determinando a aplicação da lei respectiva.

A quinta parte traz as disposições finais e, em 5 artigos, trata do princípio de interpretação, aplicação subsidiária do CPC, nova redação ao art. 6º da Lei 8.078/90 e ao art. 80 da Lei 10.741/2003, revogação da lei da ação civil pública, da parte processual do CDC, do § 3º do art. 5º da lei da ação popular, dos artigos

---

de pós-graduação da UERJ e UNESA, p. 279-301.

3º a 7º da lei das pessoas portadoras de deficiência, do art. 3º da lei dos investidores do mercado mobiliário, dos artigos 210 a 213, 215, 217 a 219, 222 a 224 do estatuto da criança e do adolescente, do art. 2º A da Lei 9.494/97, dos artigos 81 a 83, 85, 91 a 93 do estatuto do idoso, instalação dos órgãos especializados e vigência.

Deixaremos de fazer menção mais aprofundada à proposta, pois, ao que parece, o anteprojeto ainda está sendo discutido e poderá ser objeto de alterações.

Além do mais, como mencionamos, esse trabalho está baseado no anteprojeto apresentado por *Ada P. Grinover*, em sua primeira versão (janeiro de 2005). Entretanto, o anteprojeto atual da autora (outubro de 2005) em muito se coaduna com este, coordenado por *Aluísio G. C. Mendes* (agosto de 2005), que, por ser anterior, desperta a dúvida.

CAPÍTULO III – AS AÇÕES COLETIVAS

1. O nome "ação coletiva" como fator direcional

A preocupação com o "nome" da ação coletiva se revela especialmente para diferenciá-la das ações individuais. Sabemos que o nosso ordenamento jurídico não determina expressamente que "nominemos" as ações[115]; os "nomes" dados às ações individuais, normalmente, acompanham a natureza do pedido e/ou da causa de pedir, v.g., ação de reparação de danos, ocorridos em acidentes de veículos, ação de rescisão de contrato por descumprimento de cláusula contratual, ação de retificação de nome, etc.; às vezes, a própria lei se incumbe de nominá-las, v.g., ação de despejo, ação de usucapião, ação de falência, ação de prestação de contas, ação de divórcio, ação de consignação em pagamento, dentre outras[116].

[115] **Marcelo Abelha**, em *Ação civil pública e meio ambiente* (p. 49-50), ao comentar a questão da nomenclatura, diz que, "salvo exceções, nas quais não se inclui a ação civil pública, não existem ações típicas em nosso sistema processual, sendo tremendo e grave equívoco classificar, conceituar ou até mesmo denominar ações, pelo pedido imediato (condenatórias, constitutivas e declaratórias), pela cognição exercida (sumária), pelo procedimento (ordinária), pela titularidade ativa (popular), pela relação com outra demanda (acessória e principal), pelo tipo de processo (cautelar, conhecimento etc.), pela natureza do direito (pública ou privada) etc. e, sobretudo, pelo seu pedido mediato (despejo, consignação em pagamento, prestação de contas, possessórias etc.)". Cita o autor o ensinamento de **Cândido Rangel Dinamarco** que, no mesmo sentido, diz que "a atipicidade é a regra do direito vigente, no qual a referência às tradicionais figuras das ações concedidas para a defesa dos vários direitos subjetivos tem valor meramente exemplificativo e o autor é livre para compor a sua demanda como melhor lhe agradar, desde que o provimento pedido não seja inadmissível ..." (*Fundamentos do processo civil moderno*, vol.1, p. 326).

[116] "São de passado há muito tempo sepulto as adjetivações que se atribuíam à ação em associação aos direitos subjetivos, suas qualificações e suas espécies (reais, pessoais, patrimoniais, pecuniárias, de prestação de contas, de usucapião etc). Essas qualificações e as classificações das ações, baseadas nelas, eram inerentes à visão imanentista da ação como nova roupagem que o próprio direito subjetivo adquiriria no momento em que lesado. No direito moderno, só é legítimo associar a ação às técnicas processuais de concessão da tutela jurisdicional. Esta se concede mediante sentença ou entrega do bem – e daí, ação cognitiva e ação executiva (...). Mas certas denominações tradicionais continuam em uso e transmitem satisfatoriamente as idéias. Sem prejuízo algum, fala-se em ações (...) (de usucapião, de depósito, de indenização, de cobrança, de estado etc.), em ação possessória, reivindicatória, anulatória, em ação rescisória etc. O importante é não permitir que esses usos vocabulares induzam ao falso entendimento de que a própria ação tenha essas naturezas ou que fosse um direito subjetivo tendo o mesmo objeto dos direitos que mediante seu exercício se procura efetivar. Fala-se ainda em ação civil

No entanto, quando falamos de nossa inquietude com a nomenclatura das ações coletivas, superamos o aspecto meramente formal para alcançar o verdadeiro sentido de uma ação coletiva.

Já dissemos que o Direito Processual Coletivo traz o arsenal de normas de natureza processual que regulam o processo quando instrumento de atuação da tutela coletiva. A tutela coletiva, por sua vez, será exercida desta maneira quando invocada para o ser; a provocação será feita pela parte interessada[117] que, naturalmente, deverá ter legitimidade para tanto; assim, podemos dizer que, proposta a ação coletiva, todo o trâmite seguirá essa natureza. Daí a importância do nome (reflexo do pedido e da causa de pedir), que, na verdade, apontará a natureza coletiva da ação, com a conseqüente aplicação de normas processuais coletivas. E daí, também, insistirmos, como já o fizemos, em uma teoria geral do processo coletivo, que sustentará todo o processo coletivo, com contornos especiais que devem ser desenhados ao longo do procedimento desse processo.

Muitos autores já vêm discutindo se as ações coletivas deveriam chamar-se "ações coletivas" ou "ações civis públicas"[118]. O debate é importante, mas

---

pública, mas não se pense que só nesse caso ela é um instituto de direito público" (**Cândido Rangel Dinamarco**, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 326-327).

[117] O juiz brasileiro não pode ter a iniciativa da ação, que fica a cargo exclusivo da parte interessada. No entanto, interessante relembrar as regras do art. 32 do código modelo de processos coletivos para países ibero-americanos e do art. 7º do anteprojeto brasileiro de código processual coletivo (Profª Ada P. Grinover), que permitem ao juiz notificar o MP ou outros legitimados para que iniciem uma ação coletiva, caso tenha conhecimento (o juiz) da existência de várias ações individuais com o mesmo fundamento, contra o mesmo demandado.

[118] **Ada Pellegrini Grinover** opina pela expressão "ação coletiva" e pela impropriedade da locução "ação civil pública" já que, de acordo com a autora, a titularidade da ação não é exclusiva dos órgãos públicos, bem como o objeto do processo não é a tutela do interesse público (*Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – a Lei 7.347 de 24.07.1985*, p. 124). **Marcelo Abelha** diz que o nome *ação civil pública* já era uma referência à Lei nº 6.938/81 (Lei Orgânica do Ministério Público) e que a locução, nesse caso, foi usada em contraposição à expressão *ação penal pública*. Após, faz uma crítica à discussão que se estabelece acerca da nomenclatura, ao dizer tratar-se de um equívoco tentar nominar as ações, concluindo ser importante restar claro que o ordenamento brasileiro adota o sistema de direitos e não o de ações (*Ação civil publica e meio ambiente*, p. 16 e 50). **Nelson Nery**, **Édis Milaré** e **Antonio Camargo Ferraz**, antes até da entrada em vigor da lei da ação

civil pública, já tinham sugerido que a ação civil seria pública desde que proposta por parte 'pública' (*A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 22). **Paulo Afonso Garrido de Paula**, acompanhando a opinião citada, ao comentar o ECA, diz que "o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizou-se apenas uma única vez da expressão *ação civil pública*, (...) ao tratar das atribuições do Ministério Público, concorde com as prescrições do inc. III e do § 1º do art. 129 da Constituição da República, dispositivos constitucionais em que a expressão *ação civil pública* é usada quando trata da legitimação do Ministério Público, reservada a locução genérica *ação civil* quando discrimina a possibilidade da defesa judicial do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos também por outros legitimados. Assim, razoável concluir que o legislador, inclusive constituinte, utilizou-se da expressão ação civil pública apenas para o Ministério Público" (*Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, p. 109-110). **Hugo Nigro Mazzilli** comenta que sob o aspecto doutrinário a ação civil pública é a ação de natureza não penal proposta pelo Ministério Público, mas que a Lei nº 7.347/85 acabou utilizando a expressão para referir-se a todas as ações em defesa de interesses transindividuais, propostas pelos diversos legitimados, incluindo as associações privadas. O autor propõe que as ações movidas pelo MP sejam chamadas de *civis públicas* e as propostas pelos outros legitimados, denominadas de *ações coletivas* (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 69-70). **Pedro Lenza** diz que a discussão sobre a denominação das ações coletivas é importante, ao passo que busca evitar equívocos legislativos. O autor critica a nomenclatura utilizada pela lei da ação civil pública ao referir-se ao termo 'pública', concluindo que o equívoco encontra explicação em razões históricas, já que, do ponto de vista subjetivo, o termo seria inadequado pela possibilidade de entes privados proporem ações coletivas e, do ponto de vista material, a inadequação estaria justamente centrada no objeto da tutela que também não é público, já que pela ação civil pública se pode tutelar quaisquer direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Propõe, por isso, "a utilização da terminologia *ação coletiva* como *gênero*, abrangendo a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. No entanto, na medida em que os interesses difusos e coletivos só podem ser tutelados *coletivamente*, poder-se-ia falar em *ação coletiva típica*, ou *ação coletiva stricto sensu*. Por outro lado, como a tutela coletiva dos interesses individuais decorre de construção legal, artificial (são interesses acidentalmente coletivos), o uso da terminologia ação coletiva deve ser tomado em *sentido lato*" (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 153-158). **José Marcelo Menezes Vigliar**, ao escrever especificamente sobre o assunto, conclui ser inadequada a locação da expressão *ação coletiva* como gênero e da *ação civil pública* como espécie. O autor justifica que embora o nome tenha pouca importância, uma ação coletiva o será pelo objeto que veicula. Para ele, portanto, muito embora tanto a expressão ação civil pública como a ação coletiva sejam equivocadas, melhor seria a última, já que revela o tipo de interesse que se está a pleitear a tutela jurisdicional (*Ação civil pública ou ação coletiva*?, p. 441-457). **Gregório Assagra de Almeida** comenta que seria mais adequada a denominação "ações constitucionais coletivas" ou "ações coletivas" simplesmente. Defende ainda o autor a tese das "ações constitucionais ambivalentes", que podem tanto ser usadas para a tutela dos direitos individuais como coletivos, como é o caso do mandado de segurança e do mandado de injunção (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 271). **Cândido Rangel Dinamarco** "... não disfarça o dissabor em ver esse uso reiterado da adjetivação da ação (*Fundamentos do processo civil moderno*, p. 155 e s.). O primeiro anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública, elaborado por uma comissão, da qual ele participou, não denominou o instituto ação civil pública" (*Apud* Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 16). **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que o aspecto 'público' da ação civil pública não explica somente a participação do MP, mas também o aspecto objetivo, ou seja, o espectro de atuação desse tipo de ação (*Ação civil pública*, p. 21). Em outro trabalho, o autor explica que a ação "não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses meta-individuais ..." (*A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, p. 755). **João Batista de Almeida** divide em *ação civil pública* e *ação civil coletiva*, sendo que essa última só poderá ser utilizada para a defesa dos direitos individuais homogêneos (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 37). **Álvaro Luiz Valery Mirra** diz que "a ação civil (...) é pública porque por seu intermédio se persegue a satisfação de um interesse público, no sentido amplo, ou seja, não individual, abrangendo o interesse difuso, pouco importando se quem a exerce é órgão ou entidade estatal ou ente privado" (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 134). **Luiz Manoel Gomes Júnior** prefere denominar de *ação civil pública* aquela prevista na Lei 7.347/85 e de *ação coletiva* quando veicula pretensões previstas no CDC (*Curso de direito processual coletivo*, p. 18).

torna-se imprescindível quando, por trás dele, se fazem presentes as inquietudes que demonstramos em relação à natureza e posicionamento na divisão das ramificações do processo, em individual e coletivo.

Por isso, pensamos que o ideal é que as ações coletivas sejam assim denominadas pela sua natureza coletiva, isto é, quando envolvendo direitos tutelados coletivamente e, exatamente por isso, ação coletiva (observando, é claro, as demais condições para a ação coletiva – legitimidade, interesse em agir coletivamente, pedido e causa de pedir que envolvam uma coletividade - etc.); em algumas situações, quando necessário, também pelo seu gênero coletivo, ou seja, se o direito coletivo envolvido é difuso, coletivo "stricto sensu" ou individual homogêneo[119] e, ainda, se for o caso, por sua natureza específica, de acordo com o bem ou interesse que estiver tutelando. Assim, somando os fatores, teríamos, v.g., ações coletivas para defesa de direitos difusos ambientais; ações coletivas para defesa de direitos coletivos de consumo; ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos envolvendo um acidente ferroviário; ação popular; mandado de segurança coletivo; mandado de injunção coletivo, etc., que, em sentido mais amplo, ultrapassariam a mera nomenclatura (ação coletiva, ação popular, etc.) para ir ao encontro também de uma natureza especialíssima, de acordo com o direito coletivo que se quer tutelar (difuso, coletivo ou individual homogêneo) e de acordo com o tipo de bem jurídico que se quer proteger (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, etc.) ou, ainda, o que se visa alcançar (anulação de atos lesivos – ação popular, regulamentar direitos coletivos previstos na Constituição – mandado de

[119] O que não significa que com uma única ação coletiva não se possam defender ao mesmo tempo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não é outra, aliás, a opinião de **Hugo Nigro Mazzilli** (*Op. cit*., p. 56-57).

injunção coletivo, proteger direitos líquidos e certos de uma coletividade, visto abuso de autoridade – mandado de segurança coletivo, e assim por diante).

É importante ressaltar que dependeria de cada caso concreto a ideal terminologia atribuída à ação; o principal é que, no ato de nomear, reste indubitável tratar-se de uma ação coletiva, pelos motivos já expostos acima; assim, as nomenclaturas acima sugeridas podem modificar-se, mas devem ser suficientes para revelar com nitidez a natureza coletiva da ação e o que se visa alcançar com ela, o que em muito facilitará a verificação do juiz no preenchimento das condições da ação, as quais, por óbvio, variarão conforme a "espécie" da ação coletiva.

Para concluir, e apenas a título de sugestão, caso a lei da ação civil pública e a parte processual coletiva do código de defesa do consumidor sejam substituídas por um código de processo coletivo, aventamos que as ações coletivas não mais sejam nominadas *ações civis públicas*, mas *ações coletivas* (que seria a expressão genérica de toda ação que envolvesse a tutela de direitos coletivos) ou, especificamente, *ação popular*, *mandado de segurança coletivo*, *mandado de injunção coletivo* (que dispensariam a expressão "ação coletiva" já que são espécies deste gênero), isto porque a expressão "ação civil pública", a nosso ver, só poderia ser considerada adequada por acompanhar a lei da ação civil pública (que foi, praticamente, a primeira lei a regular as ações coletivas no Brasil). A rigor, porém, deixando esta lei de existir, perderá o sentido, uma vez que a especificação "pública"[120] pode gerar confusões e **limitações** que as ações coletivas não querem e não devem ter.

[120] Tanto o código modelo como os anteprojetos (mencionados em capítulo anterior) prevêem a legitimidade de pessoas físicas para a propositura de ações coletivas. O termo "público" da ação civil nasceu, vimos, em

2. Conceitos e características

A ação coletiva não perde sua natureza de ação por ser coletiva; o conceito de ação pode ser obtido através do direito que todas as pessoas (físicas, jurídicas, formais ou outras que a lei atribuir) têm de provocar a tutela jurisdicional, que se realizará através de um processo, a fim de solucionar um conflito de interesses (individual ou coletivo).

Muito já se discutiu acerca do conceito de ação[121]. Hoje o conceito moderno de ação[122], ainda quando parte da idéia individual, encaixa-se perfeitamente para as ações coletivas. Afinal, as ações coletivas, como dissemos, antes de tudo são ações como quaisquer outras; aliás, certo é falar em *ação* e não em *ações*, já que se limita exclusivamente ao direito[123] ou o poder de solicitar uma prestação jurisdicional.

---

oposição à ação penal pública, para dar legitimidade ao MP (Lei Orgânica do MP) e foi justamente esta origem que acabou gerando tanta polêmica acerca do nome.

[121] Muitas foram as teorias que discutiram o significado e a natureza jurídica da ação. Até hoje existem controvérsias, não só no Brasil, como em outros países. No capítulo seguinte, iremos abordá-las.

[122] Mencionamos como um conceito moderno, por vir trabalhado em manuais de direito processual ou de teoria geral do processo recentes. No entanto, como vimos, e, ainda, como citaremos na próxima nota, há aqueles que vinculam o conceito de ação ainda ao direito material ou exclusivamente ao direito subjetivo.

[123] Não nos parece ideal inserir na órbita dos direitos coletivos a categoria dos direitos subjetivos; a menos que se pudesse falar em 'direitos subjetivos coletivos', o que não se mostra, em nossa visão, adequado. Parte significante da doutrina assim o considera. No entanto, se formos definir ação no seu sentido mais amplo, para incluir todo e qualquer tipo de ação, inclusive as coletivas, não encontraremos enquadramento no direito subjetivo. Assim, preferimos o conceito acima mencionado, ou seja, a ação compreendida simplesmente como direito ou poder de solicitar a prestação jurisdicional. Tal conceito não impedirá que esse direito ou poder decorra de uma situação conflitante entre duas ou mais pessoas e que haja um direito subjetivo de um lado e uma obrigação de outro.

Calmon de Passos assim se manifesta: "... pretender excluir os interesses transindividuais da categoria dos direitos subjetivos é insistir numa visão do direito, do Estado e da Organização política e da sociedade já ultrapassada" (*Mandado de segurança coletivo. Mandado de injunção. 'Habeas data'*, p. 11). **Gregório Assagra de Almeida** fala em direito processual coletivo como aquele que se destina à tutela jurisdicional do *direito subjetivo coletivo* (*Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 140). **Grinover**, **Dinamarco** e **Araújo Cintra** entendem a ação "como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder". Mas explicam que os direitos

Assim, seja uma ação individual, seja uma ação coletiva, continuará a ser o direito ao processo ou o direito ou poder de provocar a função jurisdicional[124].

No entanto, exatamente por esse direito traduzir-se como direito ao processo, através da provocação da função jurisdicional, é que as diferenças se estabelecem. A ação individual será um direito exercido por quem tenha interesse, ou seja, por todas as pessoas físicas, jurídicas ou formais que se sentirem lesadas ou simplesmente ameaçadas em seus direitos (individuais). Nesse caso, a função jurisdicional também se dará por um processo individual, que seguirá as regras processuais individuais; já a ação coletiva será um direito exercido por algumas pessoas consideradas legitimas pelo legislador, nem sempre, ou raramente, os titulares desses direitos lesados ou ameaçados (coletivos), e o processo, como instrumento de atuação da função jurisdicional, será o processo coletivo, norteado de regras processuais coletivas.

Portanto, é nesse aspecto (instrumental) que as distinções evidenciam-se: o direito de ação continuará sendo o direito ao processo; o processo é que será um ou outro; não que o significado de processo seja mais que um, mas, como instrumento de atuação da atividade jurisdicional que é e com a efetividade que se lhe exige, vai especializar-se conforme a tutela a ser dada.

---

públicos subjetivos caracterizam-se mais como direitos cívicos, já que a ação é dirigida ao Estado, tendo, por esse prisma, natureza constitucional (*Teoria geral do processo*, p. 263). **Nelson Nery** diz que o direito de ação é um direito público subjetivo e pessoal, salvo quando se trate de direitos difusos e coletivos, nos quais os titulares são indetermináveis e indeterminados (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 92). **Marcus Orione Gonçalves Corrêa**, acompanhando essas idéias, sugere que "mais do que um direito público subjetivo, entenda-se a ação como um poder constitucionalmente conferido aos cidadãos. Por outro lado, o poder de ação coloca o Estado em situação de dever, o dever de prestar a jurisdição, bem como de fazê-lo da forma mais eficiente para o exercício da cidadania" (*Teoria geral do processo*, p. 63).

[124] Alguns autores dividem o conceito de ação em processual e constitucional, como **Vicente Greco Filho** que entende ser o direito de ação constitucional mais amplo e incondicionado, enquanto o direito de ação processual é condicionado e mais específico. No entanto, conclui o autor, não haver dois direitos de ação, sendo o direito de ação sempre processual, existindo apenas uma garantia constitucional genérica do direito de ação, sendo seu exercício sempre processual (*Direito processual civil brasileiro*, p. 76, vol. 1).

É por isso que, ao buscarmos autores conceituando as ações coletivas, vamos esbarrar no significado do próprio processo coletivo[125]. É que estabelecer pura e simplesmente um conceito para a ação coletiva sem esbarrar no processo coletivo é o mesmo que fazer o que já existe.

[125] Há muito tempo, **Nelson Nery Jr.** vem relacionando a ação coletiva com o tipo de tutela jurisdicional que se invoca pelo tipo de pretensão que se busca (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 114-115). **José Carlos Barbosa Moreira** também, desde cedo, visualizou a ação coletiva como aquela que pudesse ser levada a juízo por iniciativa de uma pessoa só (*Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, Revista de processo nº 61). **Hugo Nigro Mazzilli** diz que qualquer ação movida com base na Lei 7.347/85 ou na Lei 8.078/90 será uma ação civil pública ou uma ação coletiva (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 70). Para o autor, portanto, a ação civil pública ou coletiva quer significar "a ação proposta pelo Ministério Público ou pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei 7.347/85, bem como a proposta pelos sindicatos, associações de classe e outras entidades legitimadas na esfera constitucional, desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos ou coletivos (isto é, agora um enfoque subjetivo-objetivo, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional pretendida na esfera cível)" (*Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor – o papel do Ministério Público*, p. 160). Na mesma linha, **Pedro Lenza** diz que a ação civil pública presta-se para a tutela de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 21). **Ricardo de Barros Leonel** vê o processo coletivo como um instrumento destinado a tornar acessível à justiça para aquelas situações em que ocorram ameaças ou lesões a interesses e direitos que, pelos métodos tradicionais, não seriam tuteláveis (*Manual do processo coletivo*, p. 157). **Pedro da Silva Dinamarco** diz ser a ação civil pública um novo mecanismo processual que pode ser acionado pelas pessoas arroladas na lei da ação civil pública, visando proteger interesses grupais, seja porque a tutela jurisdicional individual seria impossível, seja porque seria antieconômica e antieficaz (*Ação civil pública*, p. 16). **Gregório Assagra de Almeida** diz ser o direito processual coletivo um ramo do direito processual, com conjunto de normas e princípios visando disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva e a coisa julgada coletiva, sendo a ação coletiva, nesse sentido, um instrumento processual para a defesa dos direitos coletivos (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 22 e 541). **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes** diz que a ação coletiva é um direito exercido pelas pessoas naturais, jurídicas ou formais, para exigir a prestação jurisdicional, para tutelar os interesses coletivos (*Ações coletivas – no direito comparado e nacional*, p. 26). **Luiz Manoel Gomes Júnior** entende que o que pode determinar uma demanda ser conceituada como coletiva é o fato dela tutelar direitos coletivos e também admitir um regime especial para os efeitos da coisa julgada, podendo ser utilizada, portanto, para a defesa de uma pretensão de natureza coletiva (*Curso de direito processual coletivo*, p. 13). **Luciano Velasque Rocha** diz que devemos apelar para as notas distintivas entre os processos coletivo e individual, como da legitimidade e da coisa julgada (*Por uma conceituação de ação coletiva*, p. 275-276). **Marcelo Abelha** informa ser a ação civil pública, na verdade, um conjunto de regras processuais que possibilitam que os direitos coletivos tenham uma tutela mais justa e compatível com a justiça social, o que possibilita a efetiva tutela desses direitos (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 53). **João Batista de Almeida** diz ser a ação civil pública a via processual adequada para impedir ou reprimir danos aos bens tutelados coletivamente (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 30 e 31). **Rodolfo de Camargo Mancuso** visualiza uma ação como coletiva no momento em que transitar em julgado a decisão (*Ação popular*, p. 38) ou, ainda, "o meio processual de natureza não penal, apto à instrumentação judicial dos interesses metaindividuais, socialmente relevantes, e, mesmo quando de natureza individual, desde que qualificados pela nota da indisponibilidade ou homogeneizados pela origem comum, uns e outros portados em Juízo pelos co-legitimados credenciados pelo legislador como sendo 'representantes adequados', atuando em caráter concorrente-disjuntivo" (*Ação civil pública trabalhista*, p. 152). **José Marcelo Menezes Vigliar** diz ser uma ação civil pública aquela que tutela interesses transindividuais (*Ação civil pública*, p. 448). **Antonio Gidi** também relacionou as ações coletivas com aspectos processuais, como o da legitimidade, do pedido e da coisa julgada (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 16). **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho** fala que a ação será coletiva conforme a demanda, "sobretudo do pedido formulado pelo autor" (*Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 117-118). **Carlos Eduardo Faraco Braga** conceitua a ação coletiva "... como o direito de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional em nome de uma coletividade, determinada ou não" (*Ações coletivas*, p. 86).

Podemos dizer, assim, que a ação coletiva é um direito de todas as pessoas legitimadas de provocar a tutela jurisdicional coletiva, tutela regulada por um conjunto de regras denominado *Direito Processual Coletivo*.

Daí, a título de conclusão, nossa insistência numa teoria geral para o processo coletivo, conforme comentários anteriores, bandeira que renomados autores levantaram, com que concordamos e acompanhamos. **Ada Pellegrini Grinover**, **Antônio Carlos de Araújo Cintra** e **Cândido Rangel Dinamarco**[126], em *Teoria geral do processo*, percebendo a lacuna e a impossibilidade de aproveitamento total dessa teoria geral do processo individual para as ações coletivas, já inovam, ao prever sobre o Direito Processual Coletivo:

> "*caracterizado por princípios e institutos próprios (...) pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do direito processual individual. (...) Mas é sobretudo no plano dos institutos fundamentais do processo que o direito processual coletivo se distingue do individual. Para atender aos novos direitos ou interesses, foi necessário alterar profundamente os esquemas da legitimidade ad causam (...). Os limites subjetivos da coisa julgada e da própria eficácia da sentença tiverem de ser profundamente alterados (...). Os limites objetivos da coisa julgada (...). Pedido e causa de pedir podem ser interpretados extensivamente. (...). Na mesma linha, a competência tem regras próprias. (...). E custas e honorários têm tratamento próprio. Os poderes do juiz são ampliados sobremaneira (...)*".

Rogério Assagra de Almeida[127], em *direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, diz:

> "*O que faz nascer essa tricotomia do direito processual (...) são justamente as características específicas e próprias existentes em cada um desses ramos do direito processual. A ação, a jurisdição, o processo, a defesa e a coisa julgada assumem características específicas na tutela jurisdicional coletiva, que distinguem o direito processual coletivo...*".

Rodolfo de Camargo Mancuso[128] ensina:

> "*Um direito pode sempre ser conceituado como coletivo se presentes os seguintes requisitos: a) 'um mínimo de organização, a fim de que se tenha a coesão necessária à formação e identificação do interesse em causa'; b) 'a afetação desse interesse a grupos determinados (ou ao menos determináveis) que serão os seus portadores'; c) 'um vínculo jurídico básico, comum a todos os aderentes, conferindo-lhes unidade de atuação e situação jurídica diferenciada'* ".

São essas e muitas outras peculiaridades que estão dando ao processo coletivo contornos próprios e é isso que dá às ações coletivas características únicas.

3. Natureza jurídica

---

[126] *Teoria geral do processo*, p. 133-134.
[127] *Op. cit.*, p. 21.

A natureza jurídica das ações coletivas envolve um *poder-dever* dos entes legitimados, já que não se deve falar em direito subjetivo.

É *pública*, pois envolve o Estado e tem natureza processual.

É *relativamente autônoma*, pois, embora não tenha vínculo necessário com o direito material, tem-no com os direitos metaindividuais, ou seja, necessariamente deverá envolver os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

É *relativamente abstrata*, já que não tem vínculo com o resultado, mas, se desfavorável, não surtirá seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*.

É *instrumental*, pois está a serviço dos direitos coletivos, ou seja, é o meio para tutelar referidos direitos.

E, por fim, é *constitucional*, já que é um direito previsto na Constituição Federal.

A ação terá natureza coletiva portanto todas as vezes que um ente legitimado para ela formular um pedido, cujo acolhimento produza efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* e envolva os direitos metaindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

4. Espécies

[128] *O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos*, p. 47.

Da mesma maneira que as ações individuais[129], as coletivas vão receber classificação pelo tipo de provimento jurisdicional[130] que for pedido; a espécie de ação, assim, acompanhará o pedido e/ou a causa de pedir.

Na verdade, como já vimos, não pretendemos com isso tipificar e "engessar" as ações coletivas; apenas estabelecer uma classificação que facilite seu uso e o das regras processuais a ser aplicadas.

Pensamos que as ações coletivas (gênero) devem ser das seguintes espécies[131]: ação popular; mandado de segurança coletivo; mandado de injunção coletivo, ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos (espécies) e ação coletiva passiva (a regulamentar).

Dentre os autores brasileiros vamos encontrar classificações variadas. **Hugo Nigro Mazzilli** divide em ações civis públicas (aquelas ações coletivas propostas com base na lei da ação civil pública – 7347/85) e em ações coletivas (qualquer ação para defesa de direitos transindividuais fundadas nos arts. 81 e

[129] As ações individuais, no processo civil, podem ser de conhecimento, de execução e cautelar; dependerá do pedido e/ou da causa de pedir que se demonstra. Assim, v.g., a tutela jurisdicional de execução exigirá a existência de um título executivo, logo, o pedido será a execução deste título, pela própria existência dele.

[130] **Mazzilli** oferece uma classificação levando em conta os provimentos jurisdicionais possíveis: "Cabem ações civis públicas ou coletivas: a) principais: condenatórias (reparatórias ou indenizatórias), declaratórias e constitutivas; b) cautelares (preparatórias ou incidentais); c) cautelares satisfativas, que não dependem de outra ação dita principal; d) de liquidação de sentença; e) de execução; f) mandamentais; g) quaisquer outras, com qualquer preceito cominatório, declaratório ou constitutivo". Conclui o autor que "não só para a defesa transindividual do consumidor, como para a do meio ambiente, do patrimônio cultural, ou ainda de qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, admitem-se todas as espécies de ações, com qualquer rito ou pedido" (*Op. cit.*, p. 203-204).

[131] Sem olvidar das ações destinadas ao controle de constitucionalidade das leis que, como dissemos, apesar de serem ações coletivas, não as abordaremos, por possuírem especificidades que não se enquadram nas ações coletivas comuns.

seguintes do código de defesa de consumidor)[132]; **Luiz Manoel Gomes Júnior** estabelece como espécies de ação coletiva a ação popular, a ação civil pública, a ação coletiva do código do consumidor, o mandado de segurança coletivo e a ação declaratória de inconstitucionalidade[133]; **Gregório Assagra de Almeida** divide o Direito Processual Coletivo em comum e especial; o especial destinar-se-ia ao controle concentrado da constitucionalidade, através das ações direta de inconstitucionalidade por ação e omissão, ações diretas de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental e do controle concentrado de constitucionalidade pelos Estados e pelo Distrito Federal; o comum para o mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, dissídio coletivo, ação de impugnação de mandato eletivo e a ação direta interventiva[134]; **Pedro Lenza** propõe que as ações coletivas sejam classificadas em ações coletivas típicas ou em sentido estrito (para a proteção dos interesses difusos e coletivos) e ações coletivas em sentido lato (para proteção dos interesses individuais homogêneos)[135]; **Pedro da Silva Dinamarco**, ao falar sobre a tutela coletiva, comenta a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo[136]; **Ricardo de Barros Leonel** fala em ações coletivas (para o exercício de direitos coletivos, fundados na lei da ação popular, na lei da ação civil pública, na lei sobre portadores de deficiência, na lei de defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários, no estatuto da criança e do adolescente, no código de defesa do consumidor, na lei da improbidade administrativa, nas leis de defesa da ordem econômica e da livre concorrência, e

[132] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 70.
[133] *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 14-20.

[134] *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 157-232 e 270-328.

[135] *Teoria geral da ação civil pública*, p. 158.

[136] *Ação civil pública*, p. 14-23.

na lei orgânica do Ministério Público)[137]; **Marcelo Abelha**, já citado, embora não concorde com a tipicidade das ações, acaba por concluir que a "ação civil pública" deve ser aplicada à tutela processual coletiva, como conjunto de regras processuais coletivas que é, com exceção dos casos em que alguma lei específica regule de forma especial a tutela coletiva desses mesmos direitos, como a Lei nº 4.717/65 (ação popular), a Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa) e a Lei nº 8.069/90 (estatuto da criança e do adolescente)[138]; **João Batista de Almeida** prefere dividir em ação civil pública (mais ampla) e ação civil coletiva (mais restrita), prestando-se aquela à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e esta somente à defesa dos direitos individuais homogêneos[139]; **Rodolfo de Camargo Mancuso** visualiza a ação coletiva e a ação civil pública como pertencentes a uma mesma categoria e aborda ainda como espécies de ação coletiva a ação popular, a própria ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, as ações do código de defesa do consumidor, as ações no controle direto de inconstitucionalidade e o mandado de injunção coletivo[140]; **Márcio Flávio Mafra Leal**, acompanhando ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, especifica as ações coletivas em essencialmente coletivas (para a defesa de direitos difusos e coletivos) e acidentalmente coletivas (para a defesa dos direitos individuais homogêneos), ou fala ainda o autor em ação coletiva para a defesa de direitos individuais -ACDI (para os direitos coletivos e os individuais homogêneos) e ação coletiva para a defesa de direitos difusos – ACDD (para os direitos difusos), dividida a primeira em duas espécies: uma para a defesa dos direitos coletivos e outra para a defesa

---

[137] *Manual do processo coletivo*, p. 114-150.
[138] *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 55.

[139] *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 36.

[140] *Ação popular*, p. 35, 39-41.

dos direitos individuais homogêneos[141]; **Sérgio Shimura** fala em ação coletiva como gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva - como a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, a ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, o mandado de injunção e a ação civil pública[142]; **Patrícia Miranda Pizzol** inclui até a *liquidação coletiva* como uma espécie de ação coletiva[143;] **Inácio de Carvalho Neto** diz que os direitos coletivos são defensáveis por meio da ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo[144]; **Christianine Chaves Santos** fala em ações coletivas – como gênero e ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo e ação coletiva inominada (arts. 91 a 100 do CDC) como espécies[145]; **Milton Flaks** especifica os instrumentos processuais de defesa coletiva em ação popular, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo[146].

Também o código modelo de processos coletivos para a Ibero-América atribui genericamente a expressão *ação coletiva* a todas as ações utilizadas para a tutela de direitos difusos e individuais homogêneos, estabelecendo em seguida duas categorias específicas: ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos e ações coletivas passivas.

---

[141] *Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 41-49.
[142] *O papel das associações na ação civil pública*, p. 151.

[143] *Liquidação nas ações coletivas*, p. 182.

[144] *Manual de processo coletivo*, p. 42.

[145] *Ações coletivas e coisa julgada*, p. 107.

[146] *Instrumentos processuais de defesa coletiva*, p. 62.

O anteprojeto brasileiro de código de processo coletivo, de autoria de Ada Pellegrini Grinover e outros, v.g., também atribui a expressão genérica *ações coletivas*, categorizando-as em ação coletiva ativa, ação coletiva passiva, mandado de segurança coletivo e ação popular.

Nos tribunais, a expressão *ação civil pública* é muito mais utilizada do que *ação coletiva*. No que diz respeito a outras ações coletivas, encontramos também nos tribunais, a *ação popular*, o *mandado de segurança coletivo* e o *mandado de injunção coletivo*.

5. As ações coletivas sob uma perspectiva comparada

Sem pretensões de penetrar profundamente na legislação coletiva de outros países nem sequer de mencionar todos ou os principais países, senão apenas para acompanhar um pouco do que ocorre em alguns outros lugares, daremos certos destaques que cremos significativos.

5.1. Sistema norte-americano

5.1.1. Estados Unidos da América

Nem é preciso dizer que as *class actions*[147] do sistema norte-americano

[147] Muitos autores brasileiros escreveram sobre as *class action*s do direito americano, bem como fizeram comparações com o sistema de ações coletivas no direito brasileiro. É de se dar destaque para: **Antonio Gidi**, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva*

(EUA)[148] influenciaram e influenciam a legislação de muitos países, principalmente os da *common law*.

Ao que consta, as origens das *class actions* provêm do direito inglês, pioneiro nesse tema[149], como vamos examinar. Atualmente[150], está regulada pela regra 23[151], que se divide em alíneas (a até f)[152].

---

comparada, passim; **José Rogério Cruz e Tucci**, *Class action e mandado de segurança coletivo*, p. 9-34; **Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 123-174; **Marcio Flavio Mafra Leal**, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 149-166; **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas – No direito comparado e nacional*, p. 63-97; **Marcelo Abelha**, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 21-30; **Cássio Scarpinella Bueno**, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 93-151.

[148] Parece que o primeiro caso de demanda coletiva nos Estados Unidos ocorreu em 1820.

"Em 1842, a Suprema Corte norte-americana edita um conjunto de regras de equidade, dentre as quais a *Equity Rule* 48, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos (...). Finalmente, em 1938, surge nos Estados Unidos o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a de número 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos calcados na equidade (...). Como resultado do descontentamento, a Suprema Corte norte-americana alterou, substancialmente, em 1966, a redação da Regra 23, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas (...). O texto formulado para a Regra 23, em 1966, encontra-se basicamente mantido, tendo em vista que a mesma foi objeto apenas de uma pequena emenda, aprovada em 1998, que acrescentou a alínea (f), ..." (**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Op. cit.*, p. 63).

[149] **Charles A Wright**, **Arthur R. Miller** e **Mary K Kane**, *Federal practice and procedure*, p. 7.

Antonio Gidi não aceita que o desenvolvimento do *bill of peace* inglês tenha gerado as modernas *class actions*. Isto porque, conforme explica o autor, a maioria dos autores traça as raízes das *class actions* apenas às *bill of peace* das *Court of Chancery* da *Equity*, mas, há muitos séculos (Inglaterra medieval do século XII), já era possível encontrar ações de grupo (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 45-46).

[150] A primeira legislação é de 1842, através da *Federal Equity Rule* 48. Após, em 1912, foi promulgada a *Federal Equity Rule* 38 e, enfim, na seqüência, temos a atual *Rule* 23, de 1966, com as alterações que se seguiram: em 1987, emendando a subdivisão (c) (2), substituindo as expressões 'he', 'him' ou 'his' pela palavra 'member'; em 1998, acrescentou-se a subdivisão (f), autorizando o recurso imediato das decisões que certificam ou decertificam uma ação coletiva (**Antonio Gidi**, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 68).

Vicenzo Vigoritti nos dá notícia de uma reforma que entrou em vigor em dezembro de 2003 e que inseriu na regra 23 a seção *e* (reforçando os poderes do juiz), a seção *g* (sobre a nomeação da classe de aconselhamento) e a seção *h* (sobre honorários dos advogados). Conforme comenta o autor, "la riforma entrata in vigore il I dicembre 2003 ha inserito nella rule 23 la sezione **e** (che rafforza i poteri del giudice); la sezione **g** (sulla nomina del class counsel); la sezione **h** (sugli onorari degli avvocati). Nella stessa linea, le disposizioni del Class Action Fairness Act del 2005 che sono dirette ad ampliare la competenza delle District Courts e ad ulteriormente rafforzare i poteri di controllo del giudice sulle transazioni aventi per oggetto pagamenti scaglionati nel tempo" (*Mauro Cappelletti e altri: davvero impossibile la class action in Italia?*, p. 91, nota 8).

A *alínea a*[153] estabelece requisitos que devem ser preenchidos a fim de que a *class action* seja admitida, quais sejam: que o grupo seja numeroso a ponto de ser inviável o litisconsórcio ou, como diz a lei, impraticável (*jointer impracticability*); que existam questões comuns, fáticas ou jurídicas, entre as pessoas do grupo (*common question*); que os interesses do representante coincidam com os do grupo (*tipicality*); por fim, que o autor da ação seja considerado um representante adequado (*adequacy of representation*)[154].

O não-preenchimento de qualquer desses requisitos não conduzirá necessariamente à extinção do processo, já que o juiz poderá tomar diversas medidas, tais como dividir a ação coletiva, transformar a ação coletiva em ações individuais, redefinir o grupo, dividir o grupo em subgrupos, substituir o representante, etc., tudo em conformidade com o que a própria *rule* estabelece.

---

[151] **Andrea Giussani**, ao fazer um estudo mais aprofundado sobre as *class actions* dos Estados Unidos, constatou que a maioria dos Estados Federados adota a legislação federal (*rule* 23). O autor destaca alguns estados que possuem legislação própria sobre o tema como, por exemplo, os Estados de Virgínia e da Califórnia (*Studi sulle 'class action'*, p. 73).

[152] Alguns autores, ao comentarem essas regras, falam em condições das *class actions*. Os próprios juízes, desde o início (1968), julgaram tais precedentes com cautela. Veja-se o caso "Eisen v. Carlile & Jacquelin" no qual o tribunal americano decidiu pela não-extinção liminar de uma *class action* antes de clara e efetiva demonstração de que aquela ação não seria apropriada na forma coletiva: "To dismiss a class action in its incipiency before claimants have been given an effective opportunity to join would be a disservice to the class action as envisioned in the new rule. Indeed, we hold that the new rule should be given a liberal rather than a restrictive interpretation, (...) and that the dismissal in limine of a particular proceeding as not a proper class action is justified only by a clear showing to that effect and after a proper appraisal of all the factors enumerated on the face of the rule itself" (**Wright**, **Miller** and **Kane**, *Federal practice and procedure*, p. 50). Ao que parece, no entanto, com o passar do tempo, os tribunais se tornaram mais rigorosos na avaliação dessas 'condições'.

[153] (a) Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

[154] **Antonio Gidi** nos ensina que "a avaliação da presença dos requisitos previstos na *Rule* 23 (a) não é uniforme e varia a depender não somente do tipo de *class action* proposta (...) como também do direito material que está sendo tutelado no caso concreto. É extremamente difícil traçar regras gerais, porque a avaliação deve ser feita caso a caso pelo magistrado" (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 77).

Além dos requisitos mencionados acima, comuns a qualquer espécie de *class action*, outros serão estabelecidos conforme o tipo.

A *alínea b* cuida das hipóteses de cabimento, que poderíamos chamar de espécies de ações coletivas e que podem ser reduzidas a três[155]: (b)(1)[156]; (b)(2); (b)(3)[157]. É **Antonio Gidi** quem nos ensina que as ações do tipo b(1) e b(2) são predominantemente voltadas para as pretensões de caráter declaratório ou injuntivo (*equitable relief*) e são chamadas *mandatory class actions* ou *no opt out class actions*, enquanto as do tipo b(3) são voltadas principalmente para a tutela de pretensões de caráter pecuniário ou indenizatório (*damages*), conhecidas como *class actions for damages*. No entanto, nada impede que as primeiras contenham eventualmente pretensões indenizatórias[158].

O enquadramento do autor brasileiro, contudo, sofre interpretações diferentes. Veja, por exemplo, a classificação apresentada pelo doutrinador italiano **Andrea Giussani**:

---

[155] Apesar de não negar os três tipos de *class action*, **Antonio Gidi** exemplifica, dizendo que há "... ações coletivas de responsabilidade civil em massa (*mass torts class actions*) e as ações coletivas de consumo (*consumer class actions*) e ações coletivas em tutela de violações das leis antitruste (*antitrust class actions*). Há ações coletivas indenizatórias (*class actions for damages*) e ações coletivas de obrigação de fazer e não fazer (*injunctive class actions*). Há ações coletivas em tutela de direitos privados e em tutela de direitos públicos (*public interest class actions*). Há ações coletivas de pequenas causas (*small claims class actions*) e ações coletivas cujas pretensões individuais dos membros do grupo são economicamente viáveis através de ações individuais. Há ações coletivas em proteção do mercado de valores (*securities class actions*) e as ações coletivas ambientais (*environmental class actions*). Há as ações coletivas ativas (*plaintiff class actions*) e as ações coletivas passivas (*defendant class actions*)" (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 17).

[156] A espécie (b) (1) se subdivide em (b) (1) (A) e (b) (1) (B).

[157] A espécie (b) (3) se subdivide em (b) (3) (A), (b) (3) (B), (b) (3) (C) e (b) (3) (D).

[158] O autor esclarece que esses tipos de ações coletivas são denominados pela doutrina e também pela jurisprudência através do próprio número, apesar de existirem alguns 'apelidos'. Assim, conforme exemplifica o autor, "as *class actions* do tipo (b) (3) podem ser chamadas de *common question class actions* ou *class actions for damages*, as do tipo (b) (1) (A) podem ser chamadas de *incompatible standards class actions*, as do tipo (b) (1) (B) podem ser chamadas de *prejudice class actions* e as do tipo (b) (2) podem ser chamadas *injunctive class actions*" (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 164-166).

"*Una prima categoria di class actions viene individuata in stretta correlazione com le ipotesi di litisconsorzio necessario"; "La seconda categoria di class actions deriva dall'esperienza giurisprudenziale in tema di civil rights actions"; "La terza categoria rappresenta una rielaborazione dell'idea delle spurious class actions, formulata in modo da concepirle come strumenti di economia preocessuale*"[159].

Interessante também neste passo mencionar estimativa apresentada por **Robert H. Klonoff** e **Edward K.M.Bilich** sobre os tipos de *class actions*, sendo, de acordo com os autores, a espécie (b)(1) bem menos utilizada do que as espécies (b)(2) e (b)(3)[160].

A *alínea c*[161] disciplina a certificação, as notificações, a decisão (e a coisa julgada) e a possibilidade de fracionamento do processo, com a formação de subclasses, e se subdivide em (c)(1), (c)(2), (c)(3) e (c)(4).

Com a certificação, o juiz vai autorizar a ação a seguir na forma coletiva. Tê-la certificado não impede que o juiz retire a certificação até a decisão de mérito.

A notificação tem a finalidade de avisar todos os interessados sobre a ação e por isso a lei recomenda toda cautela sobre referido procedimento.

---

[159] *Studi sulle 'class actions'*, p. 64-66.

[160] "Although Rule 23 (b) (1) has generated extensive litigation, such actions are much a less common than actions under Rule 23 (b) (2) or (b) (3)". "… (only 10% of class action cases surveyed in four federal district courts involved certification under (b) (1), with those cases evenly split under (b) (1) (A) and (b) (1) (B). Nonetheless, the legal issues have been as challenging (and as contentious) as those raised under Rule 23 (b) (2) and (b) (3)" (*Class actions and other multi-party litigation – cases and materials*, p. 157).

No que diz respeito à coisa julgada, ela é *erga omnes* – como no Brasil - mas, por outro lado, essa extensão ocorrerá ainda que a ação não seja acolhida; ainda, haverá variação conforme a espécie de *class*, já que o sistema de exclusão é permitido na espécie b(3), conhecido como *right to opt out*, mas, se o representante for considerado inadequado, a coisa julgada não vinculará os membros do grupo que não foram representados adequadamente, mesmo nas outras espécies antes citadas[162].

É possível ao juiz limitar a ação coletiva a alguns temas ou ainda dividir a ação coletiva pela separação dos grupos em subgrupos.

A *alínea d*[163] cuida dos vastos poderes do juiz. A titulo de exemplo, será ele quem certificará a ação ou não como coletiva, além de determinar o procedimento, tomar medidas preventivas para evitar repetição de provas, estabelecer a notificação em qualquer tempo, dar a palavra aos membros sobre a adequada representação, estabelecer condições aos representantes, etc. A alínea se divide em (d)(1), (d)(2), (d)(3), (d)(4) e (d)(5).

Andrea Giussani comenta que o sucesso da regra 23 principalmente se explica "*perché conferisce esplicitamente al giudice ampi margini di discrezionalità interpretativa, evitando così molti degli inconvenienti emersi fra il 1938 ed il 1966*"[164].

---

[161] (c) Determination by Order Whether Class Action to Be Maintained; Notice; Judgment; Actions Conducted Partially as Class Actions.

[162] É o que nos informa **Antonio Gidi** (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 121).

[163] (d) Orders in Conduct of Actions.

[164] *Studi sulle 'class actions'*, p. 244.

A *alínea e*[165] fala da extinção do processo e das transações, que só terão validade após o deferimento do juiz e da ciência dos membros do grupo.

Finalmente, a *alínea f* [166] trata dos recursos ou, especificamente, do recurso de agravo a fim de que o tribunal reveja a decisão sobre a certificação.

A *Rule* 23 também prevê a possibilidade da *ação coletiva passiva*[167] (*defendant class action*[168]), ou seja, a ação proposta contra um grupo que será representado em juízo por um dos integrantes dele.

Há também que se destacar as *citizen actions*[169], correspondentes às ações populares ambientais do sistema americano, regulamentadas, principalmente, por duas leis federais: a *Clean Air Act* e a *Clean Water Act*[170].

Observe-se, para concluir, que a legislação dos estados também pode pôr

---

[165] (e) Dismissal or Compromise.

[166] (f) Appeals.

[167] Como ensina **Antonio Gidi**, "o seu uso mais comum (...) é para dar efeito *erga omnes* a uma decisão de conteúdo declaratório ou injuntivo contra um grupo numeroso de pessoas que cometeram um mesmo ilícito civil ou com o objetivo de interpretar ou determinar a validade de um documento ou norma (lei, regulamento, decreto etc). A condenação do grupo-réu a pagar uma indenização em geral é condicionada à apresentação de defesas individuais: dificilmente uma sentença coletiva condenará o grupo-réu a pagar um valor determinado em dinheiro" (*A class action* ..., p. 469).

[168] Expressão usada em oposição a *plaintiff class action* (ações coletivas ativas).

[169] "Poder-se-ia conceituar a *citzen action* como o direito público de origem legislativa, exercitável por qualquer cidadão ou pessoa jurídica, extraordinariamente legitimados, objetivando obrigar, judicialmente, os poluidores e o próprio Estado a respeitarem a legislação ambiental" (**Antônio Herman V. Benjamin**, *A citizen action norte-americana e a tutela ambiental*, p. 67).

[170] Dizemos principais, pois, ao que parece, atualmente, há várias outras leis que fazem referência à *citizen action*.

em destaque questões processuais coletivas[171].

5.1.2. Canadá

O Canadá, apesar de localizado na América do Norte, sofreu, de início, maior influência da legislação inglesa (justamente por pertencer à Comunidade Britânica) do que da americana, ao menos no que diz respeito à legislação de âmbito federal[172].

Já no que diz respeito às províncias, elas acompanham as regras da legislação dos Estados Unidos, com algumas peculiaridades. O Quebec, aliás, foi a primeira província a promulgar um estatuto de ação de classe, em 1978[173]. O código de processo civil da província de Quebec atribui legitimidade às pessoas jurídicas, às associações e às cooperativas para as ações coletivas (art. 1048)[174].

---

[171] **Antonio Herman V. Benjamin** cita os modelos de Nova York e do 'uniform class action statute': "Finalmente, há o sistema do NY CPLR §§ 901-908, de 1975, e do *Uniform Class Action Statute*, de 1976, adotado pelos Estados de North Dakota e Iowa. É uma tentativa de, pela via legislativa, esmiuçar-se aquilo que a jurisprudência, no decorrer dos anos fixou" (*A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*, p. 125).

[172] Ao que consta, ainda, "... diferentemente do que ocorre na órbita do direito dos Estados Unidos, a jurisprudência dos tribunais canadenses procedem à análise do pressuposto da 'adequada representação' (...) tão-somente para a hipótese da classe estar sendo demandada" (**José Rogério Cruz e Tucci**, *'Class action' e mandado de segurança coletivo*, p. 32).

[173] **Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 26.

[174] **Andrea Giussani**, ao comentar a legislação processual da província de Quebec, explica que "la procedibilità dell'azione in forma rappresentativa è subordinata a un'autorizzazione che il giudice può concedere" e informa que "in tale sede deve valutarsi: l'esistenza di questioni comuni fra i membri della classe definita dall'attore (senza bisogno di identificarne i singoli componenti); l'impraticabilità di procedure alternative; il *fumus boni iuris* della domanda; l'adeguatezza della rappresentanza che l'attore appare in grado di fornire" (*Studi sulle 'class actions'*, p. 339).

Vieram, em seguida, em 1992, a *Ontario Class Proceedings Act* [175]e, em 1995, a Lei de Processamento Coletivo, da província de British Columbia[176].

No âmbito federal (*Federal Court Rules*), as ações coletivas estão regulamentadas pela Regra 114, de 1998, denominadas *representative proceedings*[177].

As *representative proceedings* serão admitidas quando envolverem várias pessoas com interesse comum. A legitimidade será atribuída a qualquer integrante de determinada categoria, denominado *class suitor*. Os efeitos da decisão recairão sobre todos, ainda que não presentes no processo[178].

5.2. Sistema latino-americano[179]

5.2.1. Argentina

[175] **Márcio Flávio Mafra Leal** informa ainda que "em Ontário, em 15 de fevereiro de 1994 foi promulgada na província de Ontário o *Environmental Bill of Rights* (EBR), que criou uma nova ação pela qual qualquer membro da comunidade pode processar poluidores que causem significativo prejuízo ao ambiente ou a um recurso natural público" (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 172).

[176] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 145.

[177] **Aluisio G. C. Mendes** explica que as ações coletivas normalmente dirigem-se para os órgãos judiciais das províncias, mas as normas federais exercem influências sobre as leis locais (*Ações coletivas* ..., p. 146).

[178] Informações dadas por **José Rogério Cruz e Tucci** (*Class action e mandado de segurança coletivo*, p. 30-33).

[179] Interessante a menção ao código-tipo de processo civil para a América Latina, que **Pedro Dinamarco** faz ao destacar o artigo 53, o qual "propõe que para a defesa coletiva seja concedida legitimidade ao Ministério Público, a qualquer interessado e às instituições ou associações de interesse social que, segundo a lei ou juízo do tribunal, garantam uma adequada defesa do interesse *sub judice*" (*Ação civil pública*, p. 35).

A Argentina demorou uns 20 anos mais que o Brasil para introduzir legislações de tutela coletiva.

Em âmbito federal, destaca-se o estatuto do consumidor, Lei nº 24.240/93, no qual se verifica a legitimidade das associações[180] na defesa coletiva dos consumidores, além da autoridade nacional ou local e do Ministério Público[181].

No âmbito das províncias[182], importa citar a Constituição da Província de Buenos Aires que, em 1994, recebeu novos direitos e garantias similares aos consagrados pela ordem nacional[183].

Além dela, destacam-se as províncias de La Pampa, Santa Fé e de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, como pioneiras da legislação coletiva[184].

Por fim, ressalta-se o capítulo II, arts. 36 a 43, em especial o último, da Constituição Nacional, modificado (1994) para incluir o amparo coletivo na tutela dos interesses coletivos[185].

---

[180] "Para tanto, devem requerer autorização para funcionar, que será concedida quando seus fins se amoldarem às exigências gerais contidas nas alíneas do art. 56 e às exigências específicas indicadas no art. 57, ambos da lei n. 24.240 (Estatuto do Consumidor)" (**Pedro da Silva Dinamarco**, A*ção civil pública*, p. 250).

[181] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas...*, p. 169.

[182] **Júnior Alexandre Moreira Pinto** informa que a República Argentina está dividida em 23 províncias e, nos moldes da Constituição Americana, também criou uma dupla ordem judicial, qual seja, a justiça nacional e a justiça comum - equivalente a cada província (*A tutela coletiva no direito argentino*, p. 161).

[183] **Roberto Omar Berizonce**, *El poder judicial en las recientes reformas constitucionales argentinas*, p. 192.

[184] Conforme ensinamentos de **Júnior Alexandre Moreira Pinto** (*A tutela coletiva no direito argentino*, p. 162).

[185] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas ...*, p. 169.

5.2.2. Uruguai

Apesar de ter demonstrado maior preocupação que muitos outros países da América Latina pelas ações coletivas, o Uruguai demorou aproximadamente uns 10 anos mais que o Brasil para incluí-las, por influência direta do Direito Mexicano, através do que se chamou *processo de amparo*[186].

Há que destacar ainda a influência que o *código geral de processo uruguaio* sofreu do *código modelo de processo civil para a Ibero-América*, fazendo menção à legitimidade do Ministério Público, das associações e de outros interessados, para a defesa coletiva, bem como à eficácia *erga omnes* da sentença[187].

5.3. Sistema europeu[188]

"Confere-se legitimidade ao afetado, ao ombudsman e às associações de consumidores, na proteção contra lesões ou ameaças a direitos coletivos" (**Júnior Alexandre Moreira Pinto**, *A tutela coletiva no direito argentino*, p. 163).

[186] **Enrique Vescovi**, *La participación de la sociedad civil en el processo. La defensa del interes colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación*, p. 180.

"O art. 43 da Carta Política permite que todas as pessoas possam propor a ação de amparo, desde que não haja outro meio de tutela judicial, para a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, contra lesão ou ameaça a direitos e garantias outorgados na Constituição, em tratado ou lei, por ato ou omissão de particular ou de autoridade pública" (**Vera Lúcia R. S. Jucovsky**, *Considerações sobre a ação civil pública*, p. 55).

[187] Artigo 42 e artigo 220.

[188] Como nos ensina **Pedro da Silva Dinamarco**, "ao contrário dos países da *common law*, de modo geral a noção de demanda coletiva é recente e não faz parte da tradição jurídica da maioria dos Estados-membros da Comunidade européia. Além disso, não há a indispensável uniformidade de tratamento (...). Desta forma, não há qualquer norma processual de proteção aos interesses coletivos em termos comunitários, ..." (*Ação civil pública*, p. 29).

No entanto, **Vera Lúcia R. S. Jucovsky**, ao fazer comentários sobre a Comunidade Européia, fala da outorga de legitimidade às associações para preservação do meio ambiente, bem como destaca a Convenção do Conselho da Europa sobre a responsabilidade civil por danos resultantes de atividades perigosas para o ambiente, assinada em Lugano, em 21 de junho de 1993 (*Considerações sobre a ação civil publica*, p. 55).

Vincenzo Vigoritti, ao comentar sobre o sistema europeu, informa que vários países introduziram institutos semelhantes ao da 'class action' para a tutela dos direitos coletivos, a exemplo da Holanda, Espanha, Portugal e Suécia[189].

Faremos breves comentários sobre os países europeus nos quais obtivemos mais informações sobre o tema: Alemanha, Espanha, França, Inglaterra, Itália e Portugal.

5.3.1. Alemanha

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes também nos dá notícia da edição, pela União Européia, de uma diretriz normativa voltada para a tutela coletiva dos consumidores – Diretiva 98/27, de 19 de maio de 1998, publicada em 11.06.98 (*Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 117-118).

Ainda, **Vincenzo Vigoritti** ensina que "a livello europeo, occorre dire dell'impegno della Comissione (specie della DG SANCO) a favore di una tutela transazionale dei diritti dei consumatori". Informa ainda o autor que "il Consiglio Nazionale Forense ha costituito un Gruppo di lavoro 'class actions' interessato ad essere informato anche delle esperienze ´comunitarie' e, por fim, declara que "il 19 aprile 2005, il Gruppo ha ascoltato una relazione svolta dal dottr. Giuseppe Abbamonte (Capo Unità, DG SANCO) il quale ha parlato degli orientamenti e delle esperienze e dei progretti in corso a livello europeo. E' appena il caso di ricordare il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia pubblicato alla fine del 1993 dalla Commissione CE, e le varie direttive che si sono succedute in tema" (*Mauro Cappelletti e altri: Davvero impossibile la class action in Italia?*, p. 91, nota 10).

Guido Alpa, da mesma maneira, faz referência à Comissão da Comunidade Européia, que instituiu um comitê consultivo sobre problemas de consumo (1973). Após, referido comitê assumiu a denominação de Conselho, composto de 33 membros, fazendo parte dele diversos organismos de consumidores (1989): "a) nel 1973 la Commissione della Comunità europea istituisce un organismo consultivo sui problemi del consumo, denominandolo Comitato consultivo dei consumatori; tale Comitato esprime pareri in ordine all'armonizzazione delle discipline del settore, e promuove uno scambio cospicuo di informazioni e di esperienze tra i paesi membri della Comunità; b) nel 1989 il Comitato assume la denominazione di Consiglio, ed è composto da 33 membri, eletti per um triennio; del Consiglio fanno parte le aggregazioni di consumatori, quali ..." (*Il Diritto dei consumatori*, p. 12).

[189] "Vari Paesi europei hanno introdotto istituti assimilabili alla *class action*, a tutela di interressi collettivi: in Rete se trovano informazioni sull'Olanda, la Spagna, il Portogallo, la Svezia, e altri" (*Mauro Cappelletti e altri: Davvero impossibile la class action in Italia?*, p. 91, nota 9).

Pelo que pudemos observar, na Alemanha[190], a tutela dos direitos coletivos (sentido lato) é restrita aos interesses de grupos e não da coletividade, papel esse que incumbe às associações[191].

Mesmo assim, não há legislação específica sobre o assunto, destacando-se a Lei sobre normas gerais de contratação e a Lei de concorrência desleal[192].

Ainda, **Andrea Giussani**, informa:

> "*In termini largamente analoghi si pone l'azione delle associazioni dei consumatori per la repressione Del ricorso alle - o meglio, per l'inibizione e la revoca delle (auf Unterlassung und auf Widerruf) – clausole abusive nelle condizioni generali di contratto*"[193].

Mais recentemente, ao que parece, a Alemanha acabou encampando as determinações da diretriz da União Européia, aprovada em 1998, introduzindo a legislação sobre contratos à distância (2000)[194].

---

[190] Pelo que nos ensina **Elival da Silva Ramos**, na Alemanha, a ação popular está prevista na Constituição da Baviera, de 1946, através da qual se permite a qualquer do povo o controle da constitucionalidade dos direitos fundamentais constitucionais (*A ação popular como instrumento de participação política*, p. 139-140).

Aluisio G. C. Mendes diz que "a defesa judicial dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada, na Alemanha, basicamente através das *Verbandsklagen*, que são as ações associativas (*Op. cit.*, p. 124-125).

[191] "..., na Alemanha tem-se: ACDDs, e ACDIs não-indenizatórias, propostas por associações em defesa do consumidor e de classe, sindicatos e, em alguns estados, associações ambientalistas" (**Márcio Flávio Mafra Leal**, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 182).

[192] **Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 117.

[193] *Studi sulle 'class actions'*, p. 334.

[194] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 125.

5.3.2. Espanha

A legislação espanhola também não se ocupa de forma tão evoluída dos direitos coletivos.

Pode-se destacar a Constituição espanhola de 1979, que, em seu art. 125, permite aos cidadãos exercer a ação popular.

Entre as legislações a citar contam-se a lei geral para defesa dos consumidores e usuários (1984)[195], a lei geral sobre publicidade (1988) e a lei de concorrência desleal (1991).

Para a defesa dos direitos coletivos, estão ainda legitimadas as corporações, associações e grupos habilitados para tanto[196].

Por fim, destaca-se o código de processo civil da Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Civil* – 07/01/2000), que cuida da legitimidade das associações e grupos de consumidores, da sentença e da coisa julgada coletiva[197].

5.3.3. França

[195] "..., la LGCU ha promovido el ejercicio de acciones colectivas a través de las asociaciones y corporaciones de consumidores en tanto que representantes de los mismos" (**José B. Acosta Estévez**, *Tutela procesal de los consumidores*, p. 122).

[196] Conforme Lei Orgânica do Poder Judiciário (1985).

Márcio Flávio Mafra Leal explica também que, na Espanha, tanto há as ações coletivas para defesa dos direitos difusos, como as para defesa dos direitos individuais não-indenizatórias, sendo que a primeira espécie pode ser proposta pelos indivíduos (ações populares ambientais) e, ambas as espécies, podem ser propostas pelas associações (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 180).

A legislação francesa[198] parece avançar um pouco mais que a italiana.

O gatilho parece ter sido acionado pela *Loi Royer* (1973), que se preocupou com a defesa dos consumidores, atribuindo legitimidade às associações[199] para tanto. Posteriormente, veio a Lei 14/88, que condicionou a atuação das associações à existência de ilícitos penais, o que, na visão de alguns, representou um retrocesso[200].

Em 1989, entretanto, introduziu-se na última lei mencionada um artigo "estabelecendo a possibilidade das associações de defesa dos investidores em valores mobiliários ou em produtos financeiros figurarem como parte civil, relativamente aos fatos que tragam prejuízos diretos ou indiretos aos interesses coletivos dos investidores"[201].

Por fim, podemos dar destaque ao código de defesa do consumidor Francês, de 1995, que atribui legitimidade às associações para as ações coletivas que envolvam questões de consumo[202].

---

[197] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas* ..., p. 157.

[198] "O desenvolvimento das ações coletivas tem início no fim do século XIX, com a edição da Lei de 21 de março de 1884, prevendo a legitimação dos sindicatos. As associações passam, também, a poder demandar, nos termos do art. 6º da Lei de 1º de julho de 1901" (**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas* ..., p. 152).

[199] "Para elas adquirirem legitimidade extraordinária para a defesa de interesses metaindividuais é indispensável obter uma autorização estatal específica" (**Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 248).

[200] **Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 113.

[201] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas* ..., p. 154.

Ainda, conforme ensinamentos de **Márcio Flávio Mafra Leal**, na França, há todos os tipos de ações coletivas: as que defendem direitos difusos, coletivos e individuais indenizatórias. Os autores dessas ações são as entidades públicas e as associações (*Ações coletivas:* ..., p. 177).

[202] Art. 421-1.

5.3.4. Inglaterra

O sistema inglês é bastante citado como pioneiro[203] das ações coletivas no mundo, através do *bill of peace*, influenciando inclusive as *class actions* norte-americanas.

Até meados dos anos 90, falava-se em dois tipos de ação coletiva nesse país: a *representative action* (um ou mais indivíduos representavam um grupo ao qual também pertenciam) e a *relator action* (um indivíduo, sem legitimidade,

[203] O primeiro caso de que se teve notícia remonta à época medieval (séc. XII ao XV):

"..., quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito de certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responder por todos. (...) As ações de grupo tornaram-se freqüentes nos séculos XIV e XV (...). A partir do século XV, as ações de grupo começam a trilhar o caminho de transição da *common law* e da *manorial law* para a *equity*. (...) Nos séculos XVI e XVII, (...). A defesa dos interesses coletivos realizada, no processo, por alguns, passa a não ser tão freqüente e comum, refletindo, *pari passu*, as modificações sociais. As ações de grupo ficam, na prática, confinadas à área rural. Por conseguinte, torna-se um procedimento especial, concedido através do *bill of peace*, (...). O período compreendido entre os anos de 1700 e 1850 marca, em seguida, o declínio dos litígios de grupo na Inglaterra, na medida em que a interpretação em torno da existência do interesse comum assumia feição cada vez mais severa e que a expressão dos grupos se formalizava através das corporações. Ainda assim, as *representative actions* foram formalmente previstas na Regra 10 das *Rules of Procedure*, por ocasião da unificação das jurisdições de equidade e da *common law*, com a edição, durante os anos de 1873 a 1875, dos *Supreme Court of Judicature Acts*. Mas, todavia, em razão dos fatores supramencionados, o final do século XIX e o início do século XX marcaram, praticamente, o desaparecimento das ações coletivas na Inglaterra por longo período. (...) O século XX termina com uma grande novidade para o direito na Inglaterra e no País de Gales, com a aprovação e entrada em vigor de um Código de Processo Civil, denominado *Rules of Civil Procedure*. Com a nova legislação, passam os ingleses a contar com um sistema de normas escritas no âmbito do Direito Processual Civil, em substituição aos costumes e regras específicas editadas pelas diversas cortes. (...) As seções II e III estão diretamente relacionadas com o tema da tutela coletiva, embora apenas a última seja, de fato, uma inovação no direito inglês" (**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Op. cit.*, p. 43-62).

Apesar de a maioria dos autores apontar a experiência inglesa como pioneira nas ações coletivas, **Márcio Flávio Mafra Leal** aponta uma outra possibilidade e cita crítica feita por Edward Peters, ao livro *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* – de Stephen Yeazell: "em 1179, os aldeões da vila de Rosny-Sous-Bois reivindicaram aos seus senhores, o abase e os clérigos de Santa Genoveva em Paris, o fim da condição de servis. Este interessante processo, que envolveu três reais e cinco papas e que consumiu todos os recursos dos aldeões para pagar o procurador, despertou a atenção do autor pela tenacidade do grupo e sua capacidade de organização" (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 21). "A *critical review* foi publicada na revista *The American Journal of Legal History*, vol. XXXIV, 1990, pg. 429" (*Ibidem*, nota 13).

requeria ao procurador-geral do Ministério Público autorização para propor a ação).

Atualmente, está organizado segundo um código de processo civil[204], que tem uma seção destinada a *group litigation* e contém disposições sobre as *representative parties*, equivalentes à continuidade das *representative actions* (defesa dos interesses de um grupo por um ou mais indivíduo)[205].

5.3.5. Itália[206]

A legislação italiana tem previsão da ação popular (defesa de interesses coletivos envolvendo temas eleitorais, urbanísticos, etc)[207].

Apesar de influências que o direito coletivo brasileiro sofreu da Itália,

---

[204] Equivalente a reformas realizadas em 2000.

[205] **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes**, *Op. cit*., p. 55-62.

[206] "No início do século, a Itália é o berço dos movimentos sociais e do direito do trabalho. (...) Em 1922, Emilio Bonaudi escreve a obra *La tutela degli interessi collettivi*, em que aborda o tema do direito comparado. (...) No ano seguinte, em 1912, é a vez de Ugo Ferrone incluir, no trabalho intitulado *Il processo civile moderno – fondamento di progresso e avvenire*, rubrica específica sobre o assunto – '*le azioni di interesse generale e la tutela degli interessi collettivi*', na qual afirmava que a tutela coletiva deveria ser, além de assumida diretamente pelo indivíduo, exercida pelos entes constituídos. (...) Não obstante o caráter e o teor vanguardista das obras supramencionadas, o tema dos interesses coletivos ou difusos aparece com vigor nos anos 70, com autores como Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoritti, Nicolò Trocker e Michele Taruffo, dentre outros, culminando com os congressos realizados em Pavia e Salerno, respectivamente nos anos 1974 e 1975" (**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Op. cit.*, p. 98-120).

Emílio Bonaudi, além de trabalhar com o direito comparado, como mencionado pelo autor acima citado, também fala sobre a ação popular no direito positivo italiano: "In primo luogo, sia per ordine cronologico che per la sua speciale importanza, si presenta all'esame l'istituto dell'azione popolare nel campo dell'elettorato politico ed amministrativo, tanto per le questioni relative alla formazione delle liste, che per quelle concernenti le operazioni elettorali e l'eleggibilità (...). In secondo luogo, e con carattere prevalentemente amministrativo, si presentano le azioni che, con talune limitazioni, spettano ai cittadini per la tutela del Comune o delle instituzioni pubbliche di beneficenza" (*La tutela degli interessi collettivi*, p. 55-56).

[207] **Andréa Lugo**, *Azione populare*, p. 863.

principalmente da colaboração de doutrinadores italianos[208], a legislação processual coletiva na Itália deixa a desejar e, por isso, muitos assuntos envolvendo temas coletivos acabam sendo conduzidos à esfera administrativa[209].

Mas, assim como no Brasil, foi a partir dos anos 70 que os autores italianos passaram a dar mais atenção a esses direitos.

Em 1970, foi aprovada a legitimação aos sindicatos para pedir a cessação de conduta anti-sindical e a remoção dos seus efeitos[210].

Em 1986, pela Lei nº 349, foi criado o Ministério do Meio Ambiente, atribuindo-se legitimidade às associações[211] para pleitear perante a Justiça

---

[208] Conforme menciona **Ada Pellegrini Grinover**, os doutrinadores Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoritti e Trocker se destacam no estudo do tema dos interesses coletivos (*Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 9).

Há que destacar o trabalho de **Mauro Cappelletti** - *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, p. 361-402 - e, ainda, vários outros publicados na obra intitulada *Le azioni a tutela di interessi collettivi – atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno, 1974), destacando-se: **Massimo Severo Giannini**, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, **Franco Gaetano Scoca**, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, **Sergio Agrifoglio**, *Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumenti di tutela degli interessi collettivi*, **Mauro Cappelletti**, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, **Giorgio Costantino**, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi colletivi davanti al giudice civile*, **Roberto Pardolesi**, *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi* e **Andréa Proto Pisani**, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*.

Vicenzo Vigoritti, ao citar a obra, comenta: "Fra i primi scritti, mi permetto di segnalare" (*Mauro Cappelletti e altri: Davvero impossibile la class action in Italia?*, p. 92, nota 11).

[209] **Franco Gaetano Scoca**, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo. Le azioni a tutela di interessi collettivi*, 1976.

[210] **Vincenzo Vigoriti**, *Interessi collettivi e processo: la legitimazione ad agire*, p. 157.

[211] "... a legitimidade das associações italianas para a defesa judicial de determinado bem difuso ou coletivo, ainda que pequena, não se restringe ao âmbito civil. Esses entes podem intervir também em alguns procedimentos penais (mas normalmente não podem ajuizar a ação penal), desde que satisfeitos alguns requisitos" (**Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 249).

A legitimidade para pleitear na justiça medidas protetivas do meio ambiente é dada somente ao Estado e a entidades territoriais (**Vera Lúcia R. S. Jucovsky**, *Considerações sobre a ação civil pública*, p. 53).

Administrativa anulação de atos lesivos ao meio ambiente[212].

Ainda, a Lei nº 549, de 30 de dezembro de 1993, que reconhece "alle associazioni esponenziali un ruolo consultivo nei confronti della pubblica amministrazione" e também como "forme di leggittimazione ad agire – in via inibitoria e risarcitoria – che non trovano riscontro nella disciplina italiana"[213].

Destaca-se também a Lei nº 281/98, que disciplina os direitos dos consumidores e usuários[214].

Conforme comenta **Guido Alpa**, "*nuovo impulso all'inserimento istituzionale delle associazioni italiane è dato ora dalla legge sui 'diritti fondamentali' dei consumatori e degli utenti, approvata il 2 luglio 1998 ...*"[215].

A Itália, contudo, está longe de alcançar a legislação brasileira, principalmente no que diz respeito aos instrumentos processuais de tutela coletiva.

Até mesmo **Vincenzo Vigoritti**, ao escrever sobre a difusão do instituto das 'class actions', apesar de assumir que também na Itália, assim como em outros países da Europa, se vêm discutindo as ações de classe, reconhece que as

---

[212] Conforme ensinamentos de **Ricardo de Barros Leonel**, *Manual do processo coletivo*, p. 61.

[213] **Carlo M.Verardi**. *La tutela collettiva dei consumatori*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane s.p.a., 1995, p. 94, *Apud* **Pedro da Silva Dinamarco**. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 32.

[214] **Ada Pellegrini Grinover** comenta que apesar dessa legislação poder ser considerada evolutiva no sistema processual coletivo da Itália, "ainda limita a legitimação às associações representativas em nível nacional, que devem se inscrever junto ao Ministério da Indústria, observadas diversas formalidades (...) e restringe a via judiciária exclusivamente à ação inibitória ..." (*Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 14).

experiências vividas no País não são significativas, sendo recentes as tentativas de introdução de medidas que favoreçam à tutela dos interesses coletivos, especialmente dos consumidores e poupadores[216].

Por fim, o autor menciona um trabalho sobre as técnicas de tutela coletiva, publicado na Revista de Direito Processual, em 2004, e outro trabalho, de 2005, no qual se discute a importância de criação de um código único sobre a tutela dos usuários e dos consumidores[217].

Recentemente, foi aprovado *Il Codice del Consumo*, por meio do decreto legislativo 206, de 06 de setembro de 2005.

Dispõe o art. 1º, *in verbis*:

> Art. 1º. "Nel rispetto della Costituzione ed in conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee, nel trattato dell´Unione europea, nella normativa comunitaria con particolare

---

[215] *Il diritto dei consumatori*, p. 13.

[216] "Anche in Italia, si è parlato di *class actions*, o più generale di tutela collettiva, per anni, e com atteggiamento favorevole da parte di molti.

Ci sono stati tentative recenti (2003-2005) di introdurre misture di favore per la tutela di interessi collettivi, e specifcamente di consumatori e risparmiatori (sull'onda delle emozioni suscitate dagli ultimi scandali finanziari). Si tratta di norme contenute in disegni di legge di varia provenienza Che autorizzavano enti, e persino singoli, ad assumere iniziative nell'interesse collettivo, alcune a fini limitati (solo l'inibitoria), ma altre invece con ampiezza di poteri. I disegni di legge sono stati unificati e le disposizioni di favore accantonate.

Se dunque, la class action non trova spazio nel nostro ordinamento a differenza di quanto è accaduto in altri Paesi europei, e non lo trova neppure a fini limitati come un'inibitoria o un mero accertamento, non è sicuramente per motivi tecnici (quelli indicati a altri), ma solo per scelta precisa".
(*Mauro Cappelletti e altri: davvero impossibile la class action in Italia?*, p. 93-95).

[217] "Ved. G. Costantino, Note sulle tecniche di tutela collettiva (a proposito dei disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori), in Riv. Dir. Proc., 2004, p. 1009 ss.; dello stesso autore segnala l'importanza di uno schema di disegno legislativo contenente il Codice Unico a tutela degli utenti e dei consumatori, e all'interno di questo dell'art. 140 intitolato 'Le azioni inibitorie e l'accesso alla giustizia': anche questa norma è stata stralciata, nel luglio 2005" (*Mauro Cappelletti e altri: davvero impossibile la class action in Italia?*, p. 92, nota 12).

> riguardo all´articolo 153 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, nonché nei trattati internazionali, il presente codice armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, alfine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti".

Com a entrada em vigor de referida legislação, fica revogada "*la legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*,..." (alínea f, do art. 146 do código de consumo da Itália).

O código parece ter-se ocupado de forma exaustiva do Direito Material dos Consumidores, mas trouxe um capítulo de conteúdo processual, intitulado "*associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia*" (parte V), composto de 6 artigos (arts. 136-141).

5.3.6. Portugal

Por influência da legislação brasileira, Portugal prevê a ação popular[218] como um meio de tutela dos interesses coletivos em geral[219].

[218] "(...) A acção popular é um direito de acção judicial, atribuído a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos ou a pessoas colectivas que visem a defesa de interesses determinados, que permite requerer a intervenção dos órgãos juridicionais do Estado, com o fim de assegurar a tutela de certos interesses comunitários aos quais a CRP confere uma proteção qualificada, bem como de requerer a reparação de danos que lhe sejam causados" (**Nuno Sérgio Marques Antunes**, *O Direito de acção popular no contencioso administrativo português*, p. 27).

[219] **Ada Pellegrini Grinover**, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 14.

A ação popular em Portugal está consagrada constitucionalmente[220], desde 1976, e infraconstitucionalmente, desde 1995, pela Lei nº 83/95[221] (interesses ligados à saúde pública, meio ambiente, qualidade de vida, proteção do consumo de bens e serviços, patrimônio cultural e domínio público – art. 2º), atribuindo aos cidadãos o direito à ação popular.

A Constituição de Portugal, após algumas mudanças[222], cuida em seu Art. 52.1 da possibilidade de todos os cidadãos apresentarem individual e coletivamente suas reclamações para a defesa de direitos e, no Art. 52.3, legitima todas as pessoas, bem como as associações, a propor ação popular, quando o bem a proteger envolva a saúde pública, os direitos dos consumidores, a degradação do ambiente, da qualidade de vida e do patrimônio cultural, bem como para assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais.

Pela legislação infraconstitucional 83/95 - ´Lei da Ação Popular´- também as autarquias estão legitimadas para a ação popular,[223] bem como as fundações e o Ministério Público[224].

---

[220] Art. 60 CRP (consumo); Art. 64 CRP (saúde pública); Art. 66 CRP (ambiente); Art. 78 CRP (cultura).

[221] **Rodrigo Mazzei** ensina que embora a Lei 83/95 tenha vindo para regulamentar a ação popular é também "paradigma regulamentador do processo e procedimento aplicáveis às ações coletivas, ..." (*Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha*, p. 663).

[222] Lei Constitucional nº 1/89, de 8 de julho.

[223] **Ada Pellegrini Grinover**, *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*, p. 168.

[224] **Vera Lúcia Jucovsky**, *Meios de defesa do meio ambiente: ação popular e participação pública – Brasil - Portugal*, p. 98-99.

Sobre a legitimação do Ministério Público, **Mário José de Araújo Torres** entende que a Lei 83/95 não a regulamentou, embora, a seu ver, "pode retirar directamente da Constituição e da sua Lei Orgânica" (*A acção popular no Direito Português*, p. 14).

Além do diploma processual supracitado, de 1995, há também a Lei nº 24/96, que regulamenta os direitos dos consumidores[225], e as Leis nºs 10/87[226] e 11/87, sobre o meio ambiente[227].

Há que dar destaque também ao código de procedimento administrativo[228] (Decreto-Lei nº 6, de 31.01.1996), que prevê legitimidade aos titulares de direito e às associações para intervirem e também a legitimidade dos cidadãos referente à defesa dos interesses difusos[229].

Por fim, além da lei que dispõe sobre o processo da ação popular, há ainda, no código de processo civil português, dispositivos relativos às ações coletivas[230].

---

[225] Ainda, conforme ensina **Pedro da Silva Dinamarco**, em Portugal "existe a interessante possibilidade de haver a proteção dos interesses difusos mediante procedimentos administrativos (inclusive de forma preventiva)" (*Ação civil pública*, p. 33).

[226] É a Lei das Associações de Defesa do Ambiente, que "... define a participação e intervenção das associações de defesa do ambiente, perante a Administração central, regional e local, com vistas ao direito a um ambiente de vida humano, saudável e ecologicamente equilibrado" (**Vera Lúcia Jucovsky**, *Meios de defesa do meio ambiente. Ação popular e participação pública – Brasil-Portugal*, p. 94).

[227] É a Lei de Bases do Ambiente, de 7 de abril, que inclusive legitima para a ação popular portuguesa, além do cidadão e das associações, o Ministério Público, conforme comenta **Miguel Teixeira de Sousa** (*Legitimidade processual e ação popular no direito do ambiente*, p. 121 e 139).

[228] "... no contencioso administrativo português, se podem recensear três grupos distintos de interesses que são susceptíveis de serem tutelados através da figura da acção popular, (...): - os interesses inerentes ao âmbito do ´contencioso eleitoral´; - o interesse público à legalidade, sem qualquer limitação material no objecto, quando se verifiquem situações de conduta ilegal dos órgãos administrativos locais; - os interesses difusos, constituídos pelos exemplos consagrados na Constituição e na lei, e por todos os interesses que, por analogia com os interesses referidos, possam ser identificados como tais, nomeadamente aqueles a que a CRP confira uma proteção jurídica qualificada" (**Nuno Sérgio Marques Antunes**, *O Direito de acção popular no contencioso administrativo português*, p. 46-47).

[229] **Vera Lúcia Jucovsky**, *Meios de defesa do meio ambiente: ação popular e participação pública – Brasil-Portugal*, p. 94.

[230] **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 138.

IV – AS AÇÕES E SUAS CONDIÇÕES

1. Conceito de ação

Mencionamos, no capítulo anterior, que o conceito de ação vem sendo discutido há muito tempo e que foi objeto de diversas teorias. O próprio significado desse instituto de Direito Processual sofreu variações, acompanhando a modernidade desse ramo do direito[231].

[231] Podemos mencionar a ***polêmica em torno do direito subjetivo***. Para muitos, o direito de ação, além de público é um direito subjetivo. No entanto, há quem tenha retirado o aspecto da subjetividade do conceito de ação. **Arruda Alvim**, ao falar dos direitos subjetivos, aponta para "... a sua rigorosa individualização e atribuição de poder subjetivo a uma pessoa ou ente jurídico, em si mesmo e em relação à titularidade (...). Essa categoria – do direito subjetivo – é informada pelo princípio dispositivo que reside no poder de o sujeito do direito subjetivo fruir ou não do direito, dele desistir, sobre ele transacionar etc. (...). Contrapostamente a essa idéia do direito subjetivo e de todo o regime a esta atrelada (...) passaram a existir os chamados bens coletivos ..." (*Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*, p. 76). **Celso Bastos**, ao falar dos direitos difusos, entende que a tutela desses interesses "... está na estrita dependência da dissociação que se venha a fazer entre o interesse de agir e o direito subjetivo. Em outras palavras, cumpre reconhecer o interesse de agir mesmo em situações onde não esteja presente o clássico direito subjetivo lesado, que exige um nível de concreção e individualização que as modernas formas de agravo a direitos, por serem abstratas e coletivas, não possuem" (*A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*, p. 39). **José Carlos Barbosa Moreira** entende que não se deve fazer depender tudo do reconhecimento ou não do direito subjetivo (*Temas de Direito Processual* – 3ª série, p. 189). **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas** diz que é possível "... albergar as situações metaindividuais carentes de tutela entre aquelas que vivem sob o pálio dos *direitos subjetivos*, bastando somente que enxerguemos estes sob um prisma ampliado, ..." e, procurando encontrar a saída, sugere o alargamento do conceito de direito subjetivo, para ir ao encontro do processo civil moderno. Propõe, para tanto, o próprio alargamento do conceito de sujeito de direito (*Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 50 e 55). **José de Albuquerque Rocha**, embora não tenha retirado o aspecto subjetivo do conceito de ação, entende que nem sempre ele estará presente, conceituando ação como "um meio, através do qual provocamos a atividade jurisdicional do Estado, em face de uma situação jurídica, que tanto pode ser subjetiva, ou seja, de um indivíduo certo e determinado, quanto objetiva, ou seja, transcendente à esfera jurídica puramente individual" (*Teoria geral do processo*, p. 174-175). **Ricardo de Barros Leonel**, de forma semelhante, entende que não há diversidade ontológica quanto a direitos subjetivos e interesses, já que tanto uns como outros geram a possibilidade de proteção jurisdicional. "Mas a diversidade pode ser identificada no grau de definição da situação jurídica ou na flexibilidade maior ou menor dos conceitos indicados pelo legislador" (*Manual do processo coletivo*, p. 83-84). **Rodolfo de Camargo Mancuso** sugere uma categoria intermediária entre os interesses simples e os direitos subjetivos, denominada de interesse legítimo (*Interesses difusos*, p. 53-55), mas opina também pela expressão 'direitos subjetivos públicos' (*Ação popular*, p. 33). **Celso Bastos**, ao falar sobre a utilidade da expressão 'interesse legítimo', diz que, de qualquer modo, é uma expressão carregada de individualismo do direito subjetivo (*A tutela ...*, p. 38). **Kazuo Watanabe** explica que foi justamente "a necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável (...) impediu, por muito tempo que os 'interesses' pertinentes, a um tempo a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade (...) pudessem ser havidos juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista (...). Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero

Partimos do "direito" de ação totalmente dependente do direito material (teoria civilista), passamos pela autonomia do direito de ação, embora vinculado a um resultado favorável (teoria concretista), evoluímos para um direito que, além de autônomo, isto é, sem relação necessária com o direito material, era abstrato, no sentido de existir independentemente do acolhimento ou rejeição da pretensão (teoria abstrata), e fechamos o ciclo com a teoria de Liebman, que reconhecia a autonomia do direito de ação, mas o condicionava a determinados requisitos, que denominou *condições da ação*[232] (teoria eclética).

'interesse' na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional" (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 624). **Luciano Velasque Rocha**, apesar de não propor o abandono da noção de direito subjetivo na modernidade jurídica, diz que não se pode utilizá-lo em sede de tutela de direitos metaindividuais (*Ações coletivas - O problema da legitimidade para agir*, p. 27). **Hermenegildo de Souza Rego**, ao discutir o tema, entende que o não reconhecimento pelo Direito Positivo do poder jurídico de exigir a satisfação, vai acarretar na seguinte diferenciação: "Se esse reconhecimento existe, estamos em face de Direito subjetivo; se não, em face de mero interesse" (*Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação 'ad causam', interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos e objetivos da coisa julgada*, p. 261). Há quem fale ainda em ***ação de direito material*** e ***ação de direito processual***, como **Ovídio Baptista da Silva** (*Curso de processo civil*, p. 108), **Luiz Guilherme Marinoni** (*Novas linhas do processo civil*, p. 208) e **Fábio Gomes** (*Carência de ação*, p. 47-51 e 57). Por derradeiro, há os que discutem o ***direito de ação como coincidente ou diverso do direito de petição***. **Nelson Nery** explica que o direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a, CF), já que, "o direito de petição é conferido para que se possa reclamar, junto aos poderes públicos em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder" e, portanto, "um direito político, que pode ser exercido por qualquer um, pessoa física ou jurídica, sem forma rígida de procedimento para fazer-se valer, caracterizando-se pela informalidade, bastando a identificação do peticionário e o conteúdo sumário do que se pretende do órgão público destinatário do pedido". Daí, não haver necessidade de demonstrar o interesse processual no direito de petição, já que o interesse fica subentendido na participação política (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 89-90). **Roberto Rosas** vê o direito de comparecer perante as autoridades como um direito constitucional de petição (*Direito processual constitucional*, p. 50). **Nelton Agnaldo Moraes dos Santos** diz que o direito constitucional de ação tem o mesmo fundamento do direito de petição e não se confunde com o direito de ação no sentido processual, que é vista como o poder de obter do Judiciário uma sentença de mérito (*Código de processo civil interpretado*, p. 773).

[232] Não queremos dizer que foi Liebman quem criou as condições da ação. Antes dele, WASH já havia se referido a elas: "a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse, que deveria ser real, e não imaginário; b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados" (**Ovídio A. Batista da Silva** e **Fábio Luiz Gomes**, *Teoria geral do processo civil*, p. 104-105); bem como CHIOVENDA, que as conceituava como "condições necessárias para se obter um pronunciamento favorável, assim enumeradas: 1) a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem, obrigando o réu a uma prestação; 2) a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3) o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos" (**José Eduardo Carreira Alvim,** *Teoria geral do processo*, p. 135, nota 65).

É claro que esse quadro evolutivo deu-se de maneira lenta e complexa. Outras teorias surgiram e deixaram marcas e nem é possível reconhecer que se tenha esgotado a discussão acerca do conceito de ação[233].

[233] A teoria civilista, também denominada *teoria clássica* ou *teoria imanentista da ação*, decorreu do Direito Romano, que já disciplinava o instituto da ação. Como nos ensina **Leonardo José Carneiro da Cunha**, "na verdade, sobre o conceito de ação, havia duas correntes civilistas: (a) a que identificava a ação como o próprio direito subjetivo material e (b) a que a corporificava num direito dependente ou nascido daquele, a partir da violação" (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 37). Entre os seguidores de referida teoria, destaca-se Savigny. Posteriormente, já em meados do século XIX, surgiu uma discussão entre dois autores alemães, Windscheid e Muther, que, apesar de discordes em alguns pontos, acabaram por "derrubar" a teoria civilista, levando a perceber uma distinção entre o direito material (direito lesado) e o direito de ação. A partir daí, muitos doutrinadores passaram a repensar o conceito de ação e acabaram por reconhecer sua autonomia. Pode ser dado destaque ao trabalho ofertado por Bülow (1868), que mostrou a existência de duas relações jurídicas: uma de direito material e outra de direito processual. O ponto culminante da passagem da teoria clássica para a teoria da ação como direito concreto deu-se em 1855, com trabalho apresentado por Adolf Wach, que comprova a independência da ação em relação ao direito material, ao mencionar a ação declaratória, que pode ser utilizada justamente para declarar a inexistência de uma relação jurídica. Muito embora fique, por essa teoria, evidenciada a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, continua, porém, aquele direito vinculado a decisão favorável. Nesse meio de caminho, antes de partir para a teoria abstrata, evidencia-se a teoria defendida por Chiovenda, denominada *potestativa*, justamente por originar-se de poder atribuído a titular de um direito, para obter do Estado provimento em face de um obrigado, diante da manifestação de vontade daquele. Considerando que a teoria concreta estava vinculada a um resultado favorável, percebe-se que, diante de uma ação improcedente, não há ação. A teoria abstrata surge então para resolver esses impasses que a teoria concreta não podia resolver e reconhece o direito de ação não só como um direito independente do direito material como também independente de seu resultado. A ação, por essa teoria, é um direito que se exerce contra o Estado, sendo reconhecida, portanto, como um direito público e subjetivo. Alfredo Rocco pode ser destacado como seguidor de tal entendimento. Por fim, Liebman, ao perceber que a teoria abstrata, embora mais evoluída que a teoria concreta, também era insuficiente para resolver e explicar o direito de ação, ofertou uma teoria intermediária e que, por isso, foi denominada *teoria eclética*. Por ela, Liebman defende que o direito de ação, embora autônomo e sem pressupor uma decisão favorável, só deve existir se preencher determinadas condições, as quais denominou *condições da ação*: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse processual ou interesse de agir. Liebman condiciona a apreciação do mérito a tais condições, mas defende, diante da não-observância de qualquer uma delas, o não reconhecimento da atividade realizada pelo juiz como jurisdicional. Para o autor, nessa hipótese, não teria havido ação, portanto. "Liebman expôs sua concepção em conferência pronunciada na Universidade de Turim, em 24.11.1949, reproduzida depois em várias obras e restando incorporada ao *Problemi del processo civile*, editado em 1962" (**Fábio Gomes**, *Carência de ação*, p. 42).

No Brasil, "por mais de setenta anos, ou seja, até a publicação do livro de Guilherme Estellita em 1933 (Direito de Ação, direito de demandar), não tomaram os juristas brasileiros conhecimento de quase tudo quanto se escrevera na Europa desde Windscheid em 1856" (**Fábio Gomes**, *Carência de ação*, p. 27).

Com a vinda de Enrico T. Liebman para o Brasil, em 1940, alguns trabalhos foram publicados com suas idéias, como "O *despacho saneador e o julgamento de mérito* (*Revista Forense*, n. 104, p. 216 e ss); *Processo de execução* (São Paulo, 1946, p. 95 e ss.). O despacho saneador, cit., integra obra publicada recentemente, com notas da Profa. Ada Pellegrini Grinover, *Estudos sobre o processo civil brasileiro* (São Paulo, 1976), não podendo deixar de ser referida também a conferência pronunciada em 29.09.1949, no Rio de Janeiro (Cf. Luiz Machado Guimarães, voz Carência de ação, *Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro*, por J. M. Carvalho Santos, v. VII, p. 245). Podemos finalmente encontrá-la em seu *Manuale*, traduzido (...), 1980" (**Fábio Gomes**, *Carência de ação*, p. 42-43).

Não se pode deixar de observar, nessa linha evolutiva, a alteração do Código Civil Brasileiro, que retirou o artigo 75 (1916), que atrelava, a todo direito, uma ação correspondente, que o assegurasse. Referido artigo teve

Cândido Rangel Dinamarco, ao abordar o significado das ações, diz que o legislador processual civil utiliza-se das expressões "demanda", "procedimento", "processo" e até "direito" ao referir-se às ações, como se fossem termos sinônimos; no entanto, esclarece o autor, a ação é um direito que, inicialmente, tem por objeto o processo em si mesmo e que, uma vez proposta, passa por uma gradual intensificação, à medida que o processo vai caminhando. Assim, segundo ele, caso o processo seja extinto sem julgamento do mérito, ocorreu tão-somente o direito de demandar e não o direito de ação[234].

A legislação processual civil brasileira, entendemos, prega que a ação, por ser um direito autônomo e abstrato e, portanto, desligado do direito subjetivo material e do próprio resultado, existe independentemente da presença das condições da ação e será reconhecida como tal pela mera propositura, ainda que ocorra a extinção antes da apreciação do seu mérito e antes até da citação do réu. A ação é, portanto, nessa perspectiva, o mero direito de comparecer perante o juiz e pedir provimento jurisdicional. Não nega, no entanto, o legislador, estar a

---

influência do direito romano, o qual via a ação como o próprio direito. Por isso, também, a influência nas teorias citadas, que sempre discutiram a natureza jurídica da ação no aspecto individual e subjetivo.

Vale a pena também ver o conceito de ação no direito comparado, com menção à legislação de vários países, em **Marcelo Abelha**, *Elementos de direito processual civil*, p. 181-182.

[234] O autor defende as seguintes idéias: a) antes de proposta a demanda inicial, ocorre um mero direito à instauração do processo; b) após a propositura, caso ocorra a extinção do processo, sem apreciação do mérito, terá havido mero direito de demandar; c) durante o processo, é possível falar-se em direito de ação, ao se assegurar ao autor a plena participação; d) após percorrido todo iter e estando presentes todos os requisitos, cuida-se de um direito ao pronunciamento do mérito. Para esse autor, portanto, o direito de ação divide-se em três fases: ação não-exercida, ação em fase de exercício e ação exercida (*Instituições de direito processual civil*, p. 320-326).

Seguindo essa linha de raciocínio, encontramos **Marcus Vinicius Rios Gonçalves**: "a ação, como direito a uma resposta de mérito, depende do preenchimento de determinadas condições, necessárias para a sua existência. Sem elas, não haverá resposta de mérito, e o autor será considerado carecedor de ação. Haverá um processo, decorrente do direito de demandar, mas não exercício do direito de ação" (*Novo curso de direito processual civil*, p. 86).

ação associada ao direito material no aspecto instrumental, bem como condicionado o seu exercício à presença de determinadas condições[235].

Não concordamos com a divisão de ação constitucional e ação processual[236]; o legislador constituinte prevê a garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e proíbe que o legislador infraconstitucional estabeleça qualquer restrição a essa garantia; no entanto, é o legislador infraconstitucional que vai estabelecer regras, concordes com os princípios constitucionais, para que tal

[235] Não se pode negar a influência da doutrina de **Liebman** em nosso código de processo civil. No entanto, essa interferência relaciona-se com a exigência do preenchimento das condições da ação, para a apreciação do mérito. Porém, para o autor citado, diante da inexistência de qualquer condição da ação, não teria havido sequer atividade jurisdicional e, conseqüentemente, a própria ação não teria existido. São suas palavras, acerca das condições da ação: "são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito. Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido" (*Manual de direito processual civil*, trad. Cândido Rangel Dinamarco, p. 154). Para o legislador processual brasileiro, pelo próprio teor dos artigos que tratam do assunto, a ação existe e existiu, ainda que as condições não tenham sido preenchidas devidamente. Veja-se, v.g., o art. 267, VI, ao prever que o processo será extinto sem resolução de mérito se não forem preenchidas as condições. Ora, o processo é uma decorrência lógica da ação, um não existe sem o outro, logo, se processo existiu - afinal será extinto - ação também existiu. Em outras palavras, a ação antecede o processo, mas o processo como instrumento da jurisdição, deve ser válido e, inclusive por isso, os pressupostos processuais são analisados antes das condições, pois, sendo inválido o instrumento, a função jurisdicional não poderá ser exercida e o pedido feito através do meu direito (ação) não poderá ser analisado, já que eu (autor) não preenchi as condições da ação. Na verdade, ação, processo e jurisdição existiram, mas a tutela jurisdicional não poderá continuar para analisar o mérito, por vícios, imperfeições que a própria parte ocasionou. É, em nosso entender, portanto, uma questão de lógica: a parte interessada, exercendo o direito de ação, provoca a função jurisdicional que, para realizar-se, utiliza-se do instrumento chamado *processo* que, justamente por ser o instrumento da jurisdição e, conseqüentemente da ação, deverá ser válido. Atribuída validade ao instrumento, reconhecida, portanto, a existência da ação e, já em exercício da função jurisdicional, o juiz vai analisar o preenchimento das condições. Caso constate a ausência de alguma delas, irá extinguir o processo sem apreciação do mérito, "freando" o exercício do meu direito de ação. Tanto é assim que, se o direito de ação não tivesse existido, eu não poderia exercê-lo novamente - repropondo a ação. É como se tivesse havido interrupção no exercício do meu direito de ação e não, propriamente, inexistência do meu direito de ação.

[236] Parece ser justamente nesse ponto que a doutrina de Liebman se distancia da doutrina brasileira. **Liebman** pregava a existência de dois direitos de ação: um constitucional e um processual. **Dinamarco** comenta, ao traduzir o manual de Liebman, que "o que afasta nosso Mestre dos abstratistas mais extremados é a distinção, que ele faz, entre a ação como garantia constitucional (esta sim incondicionada) e a ação como instituto disciplinado a nível de direito processual civil; a primeira assegura o respeito da lei ordinária ao instituto da ação, que por sua vez constitui 'uma specificazione, uma determinazione, um particolare grado de condensazione' da garantia constitucional (...). São as condições da ação que realizam essa especificação, revelando-se no plano concreto de uma 'fattispecie determinata ed esattamente individuata' ..." (**Enrico Tullio Liebman**, *Manual de direito processual civil*, Trad. DINAMARCO, Cândido Rangel, nota 103, p. 153).

Com isso, é possível entender por que Liebman condicionava a existência da ação e própria função jurisdicional ao preenchimento das condições da ação. Nessa compreensão - processual - é que Liebman via a ação como direito a uma resposta de mérito.

acesso ocorra. Uma situação não exlcui a outra nem as biparte; ao contrário, as situações se completam.

Assim é que as condições da ação, para esse raciocínio, não são empecilhos para a existência da ação, mas condicionantes para o seu exercício. Entendemos *existência* da ação e *exercício* da ação como situações diversas: a ação existiu, quando da provocação da função jurisdicional, mas não pôde ser exercida, ou seja, esse direito não se fez valer devido ao não-preenchimento de determinadas condições estabelecidas pelo legislador.

Outros autores, aliás a maioria, enxergam a ação com um direito exercido já quando da simples provocação da função jurisdicional. Podemos citar, sem pretensão de esgotar, **Ada Pellegrini Grinover** et al[237], que vêem o direito de ação como direito ao exercício da atividade jurisdicional que se exerce mediante o processo, o qual deverá ser conduzido com a observância do devido processo legal; **Vicente Greco Filho**[238], que conceitua a ação como o direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário decisão sobre uma pretensão, sendo garantia constitucional genérica, cujo exercício será sempre processual; **Moacyr Amaral Santos**[239], embora veja o direito de ação como um direito diverso do subjetivo material, a ele não condicionado, ensina que a ação é um direito à prestação jurisdicional para fazer valer uma pretensão, por meio do Estado, daí ser, para ele, um direito subjetivo público; **Ernane Fidélis dos Santos**[240], da mesma maneira, a define como um direito que o particular tem de solicitar a

[237] *Teoria geral do processo*, p. 257-264.

[238] *Direito processual civil brasileiro*, p. 75-76.

[239] *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 157-159.

[240] *Manual de direito processual civil*, p. 44.

prestação jurisdicional; **Arruda Alvim** fala em um direito constante da lei processual civil, cujo nascimento dependerá de manifestações de nossa vontade, tendo por objetivo alcançar a prestação jurisdicional[241]; **Nelson Nery Júnior**[242] aborda o direito de ação como um direito público subjetivo exercitável contra o Estado, garantido constitucionalmente, e que a necessidade de preencher as condições da ação não fere tal garantia, por serem limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação; **Pedro da Silva Dinamarco** diz que a ação é um direito de natureza pública e tem por conteúdo o exercício da jurisdição[243]; **Roberto João Elias**, para quem a ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional[244].

Percebe-se, portanto, que, para grande parte da doutrina[245], o direito de ação, para fins de existência, está desvinculado das condições da ação, ou seja, o direito de ação está garantido constitucionalmente como um direito ou um poder ao exercício da função jurisdicional e ao processo e existirá quando esse poder for exercido[246].

---

[241] *Manual de direito processual civil*, p. 367-368.

[242] *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 92-95.

[243] *Ação civil pública*, p. 175.

[244] *Condições da ação: relação com o objeto do processo*, p. 65.

[245] Alguns entendem, entretanto, que a existência da ação está vinculada ao preenchimento das condições: **Eduardo Carreira Alvim**, que declara não se configurar o direito de ação, sem o preenchimento das condições da ação (*Teoria geral do processo*, p. 139). No mesmo sentido, **Darlan Barroso**, ao dizer que, na ausência de qualquer condição, o direito de ação simplesmente não existe (*Manual de direito processual civil*, p. 80) e **Antonio Carlos Marcato**, que cita as condições da ação como elementos indispensáveis à existência da ação (*Da extinção anormal do processo*, p. 80).

[246] **Benedito Mario Vitiritto** diz que a ação é incondicionada e as condições referem-se a requisitos que os sujeitos do processo devem preencher. "As atualmente denominadas condições da ação, em verdade, *condições dela não são*, mas, ao contrário, constituem, como se vem ponderando, *condições de exercício da pretensão processual*, a qual, ainda como se assinalou, *não se confunde com a ação*, nem com a *demanda*, nem com o *direito subjetivo*. E, assim, eventual falta de uma delas, implica, isto sim, em *carência do exercício da pretensão processual*, e, relevando, *não da ação*. (...) Assim, é a parte que deve ter interesse processual, ser legítima e pedir uma providência jurisdicional, cujo tipo exista no ordenamento jurídico. (...) Tais requisitos, ou condições, em

Obviamente, ao buscar uma tutela jurisdicional, objetivamos uma decisão sobre a pretensão levada a juízo. No entanto, para haver apreciação do mérito, algumas condições são estabelecidas e – a nosso ver - não ferem ou afastam o direito de obter resposta jurisdicional. Na verdade, as condições apenas impedirão que a pretensão (mérito) seja analisada, por responsabilidade da própria parte que deveria ter observado o que se lhe impôs.

Podemos dizer que as condições da ação, bem como os pressupostos processuais[247], vêm ao encontro da segurança e efetividade esperadas na prestação da tutela jurisdicional. Sem o concurso de ambos, seria como se uma pessoa ilegítima pudesse pleitear por outra, um pedido absolutamente ilícito

---

concreto, podem, ou não, existir, e, sua eventual falta, ou ausência, implicar carência do exercício da pretensão processual. Assim, a carência não é da ação. (...) – o juiz extingue o processo (art. 267), e não a ação. (...) Assim e de novo, parece exata a conclusão de que não há carência de ação, mas tão-só carência do requisito de exercício da pretensão processual, em sua parte objetiva" (*Carência de ação*, p. 58, 59,118, 158 e 165).

[247] Pressupostos processuais e condições da ação não se confundem, muito embora ambos possam ser considerados condições ou requisitos de admissibilidade para a apreciação do mérito ou, ainda, requisitos processuais ao lado do mérito, com o qual em nada se confundem. *Pressupostos* são requisitos para reconhecer validade do próprio processo, enquanto *condições* são requisitos para viabilizar a apreciação do pedido. Nessa discussão, também se incluem algumas teorias, como a binária, que reconhece apenas a existência de pressupostos processuais e mérito ou a trinária, que coloca as condições da ação como intermediárias, situadas entre os pressupostos e o mérito. Na verdade, a intenção do legislador brasileiro parece ter acompanhado a do legislador italiano, que fala em pressupostos, condições e mérito, enquanto as regras processuais da Alemanha incluíram as condições da ação nos pressupostos processuais.

Ernane Fidelis dos Santos (*Manual de direito processual civil*, p. 49), **José Eduardo Carreira Alvim** (*Teoria geral do processo*, p. 142), **Rodrigo da Cunha Lima Freire** (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 21), **João Batista Lopes** (*Carência da ação e mérito da causa*, p. 26) e **Marcelo Paulo Maggio** (*Condições da ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*, p. 64) se incluem entre os autores que percebem na legislação brasileira a teoria trinaria e, ainda, consideram preliminares os pressupostos e intermediárias as condições, entre aqueles e o mérito. Já **Breno Moreira Mussi** parece adotar a teoria binária, ao pensar que há apenas questões processuais e de mérito (*As condições da ação e a coisa julgada*, p. 40). **Fredie Souza Didier Júnior** também é adepto dessa teoria (*Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*, p. 67). Houve até quem falasse em "quadrinômio" (pressuposto processual, supostos processuais, condições da ação e mérito): "Restrito o *pressuposto processual* ao exercício do direito de ação, sem o qual não pode ter existência a relação jurídica processual dispositiva, os *supostos processuais* envolveriam os requisitos de validade do processo, permanecendo as *condições da ação* no plano das circunstâncias que tornam possível o exame do mérito" (**Celso Neves**, *Binômio, trinômio ou quadrinômio?*, p. 14).

pudesse chegar a ser apreciado, uma pretensão destituída de interesse processual pudesse, ainda assim, ser julgada ou um advogado, sem poderes, tivesse o direito de representar quem não lhe atribuiu tais poderes, um juiz impedido tivesse o direito de julgar um pedido, uma petição sem pedido tivesse força para conduzir-se a uma apreciação, etc.

Daí a lógica do sistema: por um lado, atribui a todos o direito de acessar à justiça e pedir provimento jurisdicional, que se realizará mediante um processo; por outro, impede que solicitações mal feitas, irregulares, incompletas, cheguem ao objetivo final, pela própria impossibilidade jurídica que carregam.

A importância do preenchimento das condições da ação revela-se nessa coerência. Passemos a examiná-las.

2. As condições da ação

Primeiramente, incumbe revelar o significado da expressão *condições da ação*. Assim como a ação encontra diversidades, as condições, naturalmente, acompanham tais diversidades.

A maioria dos autores brasileiros entende as condições como requisitos a preencher a fim de que o juiz possa apreciar o mérito. Podemos citar Nelson Nery Júnior e Rosa Nery[248], Moacyr Amaral Santos[249], Arruda Alvim[250],

---

Há ainda quem tenha dito que a ausência de um pressuposto processual acarreta apenas irregularidade, não deixando de ter o processo existido, enquanto a ausência de uma condição leva a inexistência do direito de ação (**Leonardo José Carneiro da Cunha**, *Interesse de agir na ação declaratória*, p. 70-71).

[248] *Código de processo civil comentado*, p. 531.

Kazuo Watanabe[251], Marcus Orione Gonçalves Correia[252], Rodrigo da Cunha Lima Freire[253], Pedro da Silva Dinamarco[254], Joel Dias Figueira Júnior[255], José Roberto dos Santos Bedaque[256], Roberto João Elias[257], Luiz Fernando Bellinetti[258] e Marcelo Paulo Maggio[259].

Somos adeptos desse entendimento, daí por que defendemos que as condições da ação melhor se expressariam como condições para a apreciação do pedido e não condições da ação[260].

Outros, como Dinamarco[261], Darlan Barroso[262], José Eduardo Carreira Alvim[263], Marcus Vinicius Rios Gonçalves[264], Manuel Galdino da Paixão

---

[249] *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 169.

[250] *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 368.

[251] *Da Cognição no processo civil*, p. 80.

[252] *Teoria geral do processo*, p. 69, nota 15.

[253] *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 72.

[254] *Ação civil pública*, p. 180.

[255] *A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – o pensamento de Alfredo Buzaid*, p. 336.

[256] *Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 49.

[257] *Condições da ação: relação com o objeto do processo*, p. 74.

[258] *Ação e condições da ação*, p. 263.

[259] *Condições da ação – Com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*, p. 61.

[260] Outros ainda preferem a terminologia 'condições de legítimo exercício do direito de ação': **Fabrício Adroaldo Furtado**, *Extinção do processo e mérito da causa*, p. 16 e **José Carlos Barbosa Moreira**, *O novo processo civil brasileiro*, p. 39.

[261] *Instituições de direito processual civil*, p. 315.

[262] *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 80.

[263] *Teoria geral do processo*, p. 139.

Júnior[265], dizem que *condições* são requisitos para a existência do direito de ação e, em não sendo preenchidas, levarão à própria inexistência da ação.

Discordamos respeitosamente dessa opinião: as condições da ação, em nosso entender, são condições para a apreciação do pedido; a terminologia utilizada, por influência de Liebman, não revela o real alcance que o nosso legislador quis dar a elas. Já mencionamos que, muito embora Enrico Tullio Liebman tenha influenciado a legislação processual civil brasileira, no que se refere às condições da ação – fato que não se cogita negar -, trabalhou de maneira diversa com as conseqüências da não-observância das condições da ação. Para o autor, se o juiz entender ausente qualquer das condições, não terá realizado, na verdade, uma atividade jurisdicional e, portanto, não terá havido ação. No entanto, não foi essa a intenção do processo civil brasileiro. Assim, ao deparar-se com a falta de qualquer condição da ação, o juiz proferirá uma sentença sem apreciação do mérito, decisão possível somente por ser o juiz detentor da função jurisdicional, a qual lhe permite analisar as condições e reconhecer sua ausência.

Importa observar que as condições podem ser apreciadas em qualquer tempo e grau de jurisdição. Desse modo, será viável dizer, por exemplo, que não houve ação quando, ao final, o juiz considere a parte ilegítima? Se ajuízo uma ação dizendo que sou casada com fulano de tal, quero separar-me e junto uma certidão de casamento, em princípio sou parte legítima para propor essa ação. Constatada ao longo da ação a falsidade do documento, deve supor-se que não houve ação? Não houve processo? Se proponho uma ação em face de alguém sem obrigação em relação a mim, esse alguém vai ser citado (regra processual),

[264] *Novo curso de direito processual civil*, p. 84.

terá de contratar um advogado (regra processual) para se defender (regra processual), contestar, produzir provas (regra processual). Ora, o que houve não foi uma ação, não foi um processo? A máquina judiciária (detentora da função jurisdicional e, portanto, legítima para utilizar-se do processo) não foi acionada?

Logo, com ou sem o preenchimento das condições da ação, ação houve. O que pode não haver, conforme o caso, é a apreciação do mérito, já que o exercício da ação foi interrompido. A propósito, esta é a razão de ser das condições da ação: economia processual, segurança jurídica, proteção do Judiciário contra a má-fé, já que, num primeiro momento, não há como impedir a ocorrência de pretensões destituídas de licitude, formuladas por pessoas ilegítimas, sem necessidade da tutela jurisdicional. Daí também a razão de ser das custas processuais; daí a existência da sucumbência; a aplicação de penalidade para o litigante de má-fé, como barreiras para impedir ou, ao menos, dificultar a utilização indevida do Poder Judiciário.

Isso sem considerar os pressupostos processuais analisados antes das condições da ação[266]. Ou seja, acolhido algum vício do processo, sendo ele extinto por falta de um pressuposto processual, pode-se dizer que não houve ação? Parece que, sem esta, aquele é que não teria condições de surgir[267].

---

[265] *Teoria geral do processo*, p. 223-228.

[266] **José Carlos Barbosa Moreira** compreende que a análise dos pressupostos deve preceder a das condições e, na dúvida, o magistrado deve fundar-se em motivos de ordem prática. Exemplifica o autor: vendo-se o magistrado diante da coisa julgada e da ilegitimidade, obviamente deve preferir extinguir o processo pela primeira hipótese, que impedirá a repropositura da ação (*Aspectos da 'extinção do processo' conforme o artigo 329 do CPC*, p. 203).

[267] **Leonardo José Carneiro da Cunha** entende que, enquanto a ausência das condições leva à inexistência da ação, a ausência dos pressupostos não leva à inexistência do processo e tão-somente à sua invalidade (*Interesse de agir* ..., p. 70-71). Partindo dessa opinião, perguntamos: por que o não-preenchimento das condições levaria à não-existência dessa, se processo existiu? A partir da iniciativa da ação é que se instaura a relação processual. Se o juiz, ao acolher a carência, extingue o processo, estará reconhecendo que houve uma ação, que formou um processo, processo esse que foi extinto sem apreciação do mérito, por não preencher as condições.

Não só o conceito das condições está envolto em diversidades, como ainda o momento em que declará-las.

Há quem defenda[268]- acompanhando o disposto na legislação processual, pensamento que dividimos - que as condições podem ser verificadas em qualquer tempo e grau de jurisdição[269], uma vez que se trata de matéria de ordem pública sobre a qual não ocorre a preclusão. Claro está que, já na análise da petição inicial, o juiz pode e deve verificar se as condições da ação foram devidamente preenchidas. Tal análise preliminar, contudo, nem sempre é possível, o que faculta ao próprio réu, em sua contestação, preliminarmente

[268] **Nelson** e **Rosa Nery** dizem que o juiz, no exame da peça vestibular, deve verificar a existência das condições da ação, indeferindo a petição inicial diante de uma ilegitimidade de parte ou falta de interesse. No entanto, não restando evidentes nesse exame, estará impedido de indeferir a inicial, devendo prosseguir. Nesse caso, constatada posteriormente a falta de alguma condição da ação, haverá carência superveniente, que poderá ser decretada até a sentença, bem como ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição (*Código de processo civil comentado*, p. 531 e 533). **Vicente Greco Filho** diz que o juiz pode decretar a carência em três momentos: ao despachar a inicial, na fase de saneamento e no momento de proferir a sentença final. Qualquer que seja esse momento, o processo será extinto sem julgamento do mérito (*Direito processual civil brasileiro*, p. 88). **Dinamarco** diz que pode ser ao despachar a inicial, no julgamento conforme o estado do processo, em qualquer outro momento intermediário ou mesmo ao final. Em qualquer um deles, no entanto, o juiz estará proibido de julgar o mérito, se se convencer de que o que falta é uma condição (*Instituições de direito processual civil*, p. 316). **Rodrigo da Cunha Lima Freire** diz que "não é o momento procedimental idôneo a determinar se a questão decidida diz respeito à condição ou ao mérito da causa, pois, apesar de caber ao juiz verificar as condições da ação antes mesmo da citação do réu, é possível que se decida sobre as mesmas em qualquer tempo e grau de jurisdição" (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 61).

[269] Os tribunais também, em grande parte, acompanham esse entendimento:

"Condições da ação. Legitimação *ad causam*. Extinção do processo. 1. A apreciação dos pressupostos e das condições da ação inicia-se desde a petição inicial, continuando em todas as fases processuais, até o julgamento definitivo da lide (art. 267, VI, § 3º, CPC). A preclusão é sanção imposta à parte e não ao juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição ordinária. 2. Recuso improvido" (REsp n. 93557-RJ, 1ª T. STJ, j. 16/12/96, DJU 24/02/97, p. 3297).

"Condições da ação. Apreciação pelo tribunal. 1. O § 3º do art. 267 do CPC permite que o Tribunal *ad quem* aprecie, de ofício, as matérias constantes dos incisos IV, V e VI do mesmo dispositivo, ' enquanto não proferida sentença de mérito'. 2. A sentença de mérito proferida em primeiro grau não impede que o tribunal conheça dessas matérias ainda que ventiladas, apenas, em fase de recurso, ou mesmo de ofício. 3. O recurso especial não se presta para reexaminar provas (Súmula nº 7 – STJ). 4. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 50227–GO, 3ª T. STJ, j. 27/08/96).

alegar a carência da ação[270]. Em muitos casos, somente com a realização da instrução, logra o magistrado identificar a ausência de alguma condição da ação. Por fim, mesmo que o processo esteja em instância superior, nada impede de verificar as condições da ação, desde que o recurso em análise seja ordinário, já que os recursos especial e extraordinário, vista a necessidade do prequestionamento, não são a via adequada para acolher a ausência de condições da ação. Nesse caso, em havendo julgamento, será sempre sobre o mérito[271].

Embora o legislador processual civil brasileiro seja claro ao mencionar que as condições podem verificar-se em qualquer tempo e grau de jurisdição, há

[270] Por ser matéria de ordem pública, a carência pode ser alegada a qualquer tempo. O réu, em sua defesa, deverá fazê-lo, o que não o impedirá, no entanto, de alegar posteriormente, ficando sujeito, se for o caso, às custas de retardamento (art. 301, § 4º, CPC).

[271] Apesar de encontrarmos julgados em sentido contrário, permitindo análise das condições da ação em sede de recurso especial: "Recurso especial. Condições da ação. Conhecimento pelo STJ. I. Caracterizado o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, o conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. II. No contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. III. Recurso especial conhecido, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, artigo 267, VI)" (REsp n. 112579-SP, 2ª T. STJ, j. 24/04/97, DJU 12/08/97, p. 36275).

Na doutrina, também há adeptos dessa compreensão:

"Pensamos, todavia, que é plenamente possível haver a declaração da falta de um pressuposto processual ou de uma condição da ação, de ofício, em qualquer recurso, mesmo que seja o recurso especial ou o recurso extraordinário (...). Portanto, em princípio, não há preclusão quanto aos pressupostos processuais e as condições da ação (art. 267, § 3º) e isto serve a qualquer recurso, inclusive os constitucionais, pois não se está discutindo o cabimento do recurso" (**Rodrigo da Cunha Lima Freire**, *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 90).

Ver também **Nelson Luiz Pinto** (*Recurso especial para o STJ*, p. 139) e **Gleydson Kleber Lopes de Oliveira** (*Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada*, p. 269).

No entanto, o próprio STJ tem decisões impedindo essa análise. Pode-se dizer que a maioria é nesse sentido. A própria súmula nº 211 do STJ fala da necessidade do prequestionamento. Veja-se uma decisão: "Processo civil – RECURSO ESPECIAL – No âmbito do recurso especial só se decide a respeito dos temas que, prequestionados no Tribunal *a quo*, foram atacados nas razões do recurso especial; dessa regra não se excluem as condições da ação e os pressupostos processuais" (AgREsp n. 94883–SP, 3ª T., j. 10/04/2000, DJU 08/05/2000, p. 00088).

Ainda, conforme ensinamentos de **Pedro da Silva Dinamarco**, as condições da ação também poderão ser apreciadas incidentalmente no processo executivo, através da exceção de pré-executividade, independentemente de embargos (*Ação civil pública*, p. 179).

quem afirme que só é possível analisá-las no início, quando da análise da petição inicial. Existe até uma teoria sobre a questão - *teoria da asserção* - que defende examinar as condições da ação *statu assertionis* (daí o nome *asserção*), sob pena de, não o fazendo, não poder mais julgar como condições para a apreciação do mérito e sim como o próprio mérito[272].

Não concordamos, pelo já exposto e ainda pelas conseqüências que essa compreensão pode surtir. Na verdade, analisar as condições como mérito, independentemente do momento, fere o devido processo legal, já que aquele com direito de propor novamente a ação, para fazer valer um direito, deixa de tê-lo, vista a coisa julgada material que ocorre nesse tipo de julgamento. Em nosso entender, porém, não se desconsidera que a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual[273] sejam analisados, na maioria das vezes, quando da análise

[272] Acompanham a teoria: **Kazuo Watanabe**, *Da cognição no processo civil*, p. 79; **Joel Dias Figueira Júnior**, *A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – o pensamento do prof. Alfredo Buzaid*, p. 339; **José Roberto Bedaque**, *Os pressupostos processuais e as condições da ação*, p. 54; **Luiz Fernando Bellinetti**, *Ação e condições da ação*, p. 263; **Marcelo Paulo Maggio**, *Condições da ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*, p. 66.

Grinover, **Dinamarco** e **Araújo Cintra** referem-se à teoria da asserção com outro nome: "... duas posições podem ser adotadas: para a primeira (teoria da apresentação), mesmo que venha a final, a decisão será de carência da ação; para a segunda (teoria da prospectação), a sentença nesse caso será de mérito" (*Teoria geral do processo*, p. 269).

Dinamarco, ao criticar a teoria da asserção, apresenta algumas objeções que, de acordo com ele, nunca foram satisfatoriamente respondidas: "a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença 'de mérito' fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 515, § 1º); c) se fosse de mérito a sentença que reconhece tratar-se de dívida de jogo ('improcedência da demanda'), a coisa julgada que se formará em torno dela impediria a plena vigência do art. 814 do Código Civil, porque eventual pagamento que se faça seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, não suscetível de cobrança judicial (obrigação natural); d) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido) etc. Para superar essas e outras objeções a uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema, a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídico-processuais arraigados na cultura ocidental, como o mérito, o da coisa julgada material e até mesmo o de condições da ação. Para aceitá-la seria

da petição inicial. Por sua vez, a legitimidade de partes, mais comumente, poderá depender de outras provas que não acompanham nem a inicial nem a contestação e poderá dar ensejo a uma apreciação tardia, o que, de qualquer forma, não modifica a análise posterior para análise de mérito.

Importante ainda destacar que as condições da ação, presentes quando da análise da petição inicial, podem desaparecer no curso do processo, caso em que cumpre extingui-lo sem a apreciação do mérito. De outro lado, é possível ainda que todas ou alguma das condições faltem no início, ausência que se preenche ao longo do processo e que autoriza então a análise do mérito[274].

Nessa discussão, portanto, insere-se a coisa julgada, que pode ser formal e/ou material, deixando o legislador claro que somente as decisões que apreciem o mérito fazem coisa julgada material, de onde a importância de discutir a natureza da decisão que julga as condições da ação.

---

indispensável uma mudança muito significativa na ordem jurídico-positiva do processo e em uma série de pilares da cultura processual de função romano-germânico" (*Instituições de direito processual civil*, p. 317-318).

[273] Nem sempre, no entanto, será possível acolher a impossibilidade jurídica do pedido no início, com a simples análise da petição inicial. Às vezes, nem mesmo com a contestação o juiz tem elementos para julgar o pedido como juridicamente impossível, por falta de provas. Por exemplo, fulano ajuíza uma ação para cobrar dívida de jogo, fato que esconde do juiz, juntando uma declaração de dívida do réu. O réu, em sua defesa, apesar de alegar provir a dívida de jogo, não tem prova documental para descaracterizar a do autor. Nesse caso, realizada a instrução, constata-se, mediante prova oral, tratar-se de dívida oriunda de jogo de azar. O juiz, quando da prolação da sentença, extingue o processo, sem julgamento do mérito, por acolhimento de carência da ação. Da mesma maneira, o interesse processual pode ser verificado posteriormente, como no caso de uma ação de cobrança proposta por alguém que se declare credor de uma quantia, juntando documento comprobatório dessa dívida, que não um título executivo. Em sua defesa, o réu informa que a dívida está consignada em um título executivo (um cheque) em poder do credor; no entanto, em réplica, o autor nega a existência de referido título. Realizada a instrução, constata-se a existência do título (o próprio credor junta o título que ele acabou encontrando). Nesse caso, a via jurisdicional de conhecimento é inadequada. O processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, a fim de eleger a via executória para o caso.

[274] Ainda, pode haver julgamento antecipado do mérito (provisório) e verificar-se posteriormente a falta de alguma condição, o que levará à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Quanto aos tipos de decisões que a falta das condições acarreta, não há consenso. A lei processual civil é clara e diz que o processo será extinto sem resolução[275] do mérito quando não concorrerem quaisquer das condições da ação (art. 267, VI), o que tornaria a referida decisão uma sentença terminativa[276].

Julgar o autor carecedor da ação tem o mesmo significado, já que o processo vai ser extinto sem resolução do mérito, pela falta de qualquer condição da ação. Parece-nos, no entanto, que a expressão *carência da ação*, usada pelo legislador, refere-se à hipótese de o réu, quando da apresentação de sua defesa, alegar, em preliminar, ser o autor carecedor da ação por não preencher as condições da ação. Todavia, o que se percebe é o uso generalizado da expressão, ainda que não tenha sido o réu a evidenciar em sua defesa tal ausência[277].

Sendo assim, questionamos: ainda que o juiz, quando da análise da petição inicial, verifique o não-preenchimento de qualquer das condições, o processo se extinguirá sem resolução do mérito por indeferimento da petição inicial ou por carência da ação? Pensamos que o mais correto, se houve apenas verificação da petição inicial, seria a extinção do processo sem resolução do mérito, por indeferimento da petição inicial, quando a parte for manifestamente ilegítima (art. 295, II), quando o autor carecer de interesse processual (art. 295,

[275] A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que entrou em vigor 6 meses após a sua publicação, alterou o artigo 267, ao substituir a expressão "extingue-se o processo sem julgamento do mérito" pela "extingue-se o processo, sem resolução do mérito". Justificou o legislador que nem sempre há julgamento como, v.g., quando há homologação de um acordo.

[276] **Teresa Alvim** fala em *sentença processual típica* para a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de uma condição da ação (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 33).

[277] A expressão 'carência da ação' é criticada por alguns. **Rodrigo da Cunha Lima Freire**, v.g., diz que melhor seria falar em 'carência de condição da ação', já que, segundo ele, o que se limita é o exercício da ação e não sua existência (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 76).

III) ou quando a petição for inepta[278], por conter pedido juridicamente impossível (art. 295, I e art. 295, parágrafo único, III)[279].

Ainda, conforme o procedimento, havendo ou não necessidade de providências preliminares, o juiz poderá julgar o processo conforme o estado em que se encontre. Poderá, nesse caso, haver extinção do processo sem resolução do mérito (art. 329), por não concorrerem quaisquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de partes e o interesse processual (art. 267, VI).

Se, por outro lado, o juiz, quando da prolação da sentença, opina pelo não-preenchimento de qualquer condição, extinguirá o processo sem resolução do mérito, por falta de condições da ação.

Não haverá, portanto, em nosso ver, vinculação à expressão 'carência de ação' em todas as situações. De qualquer modo, a natureza da decisão será a mesma e estará vinculada à falta de uma, de algumas ou de todas as condições da ação. Será uma sentença terminativa e, portanto, não fará coisa julgada material, o que permitirá extinguir o processo sem apreciação do mérito[280].

---

[278] **Nelton Agnaldo Moraes dos Santos** vê a inépcia da petição inicial como questão que envolva somente os pressupostos processuais e não as condições da ação. Para ele, a *impossibilidade jurídica do pedido* não deveria ter sido colocada como uma das causas de inépcia da inicial (*Código de processo civil interpretado*, p. 919).

[279] Na hipótese de indeferimento da inicial, havendo recurso de apelação, permite-se ao juiz o juízo de retratação (art. 296 do CPC).

[280] Cabendo, assim, o recurso de apelação. No tribunal, caso a decisão que julgou extinto o processo sem apreciação do mérito, por falta de uma das condições da ação, seja modificada, poderá haver a análise do mérito, se a causa versar somente questões de direito e estiver em condições de imediato julgamento (Art. 515, § 3º).

Daí também o entendimento pela legitimidade e interesse do réu para interpor a apelação diante da extinção do processo sem julgamento do mérito pela ausência das condições. Assim se manifestou o STJ: "Apelação. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição pelo réu. Admissibilidade – Nos termos da melhor doutrina, ao réu assiste interesse em apelar da sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, objetivando obter com o processo a sentença de improcedência" (Ap n. 18-0–DF, 4ª T. STJ, j. 13.03.95).

Há quem defenda que a falta dos pressupostos processuais também leva à carência da ação[281], mas o nosso legislador refere-se à carência apenas no que diz respeito às condições e não aos pressupostos.

Ainda há os que vêem as condições como o próprio mérito da causa[282]. Vários são os argumentos utilizados, mas os principais encerram-se,

---

Ricardo Procópio Bandeira de Mello, sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, entende que apesar de evidente diminuição do princípio do duplo grau de jurisdição, não há inconstitucionalidade, já que se trata de uma supressão em situação específica, qual seja, no que concerne ao julgamento do mérito, que será feito diretamente pelo órgão *ad quem* (*Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º do art. 515 do CPC*, p. 661-692).

[281] **Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues**, *ABC do Processo Civil*, p. 80.

Encontramos também um julgado, nesse sentido: "EXECUÇÃO – Nota Promissória – data de emissão e de vencimento inexistentes – Inexigibilidade – Requisito essencial – carência da ação por falta de pressuposto processual – Preclusão inoperante – Aplicação dos arts. 267, IV, e § 3º, 301, § 4º, e 586 do CPC" (RT 617/95).

[282] **Ovídio Baptista da Silva** diz que "quando o juiz declara inexistente uma das 'condições da ação' está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito" (*Curso de processo civil*, p. 107). **Leonardo José Carneiro da Cunha** diz ser correto o entendimento "que enquadra as condições da ação – pelo menos a possibilidade jurídica e a legitimidade de partes – como matéria de mérito da demanda, cuja ausência importa em formação de coisa julgada material" (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 125). **Fábio Gomes** opta pela insubsistência das condições da ação, já que essas, na realidade, integram a relação de direito material (*Carência de ação*, p. 61). **Donaldo Armelin** diz que "no plano processual a legitimidade *ad causam* está vinculada direta ou indiretamente ao mérito da causa (...). Com efeito, existem situações em que, embora a rigor inexistente a legitimidade *ad causam*, o processo chega a seu fim normal, ou seja, a uma sentença definitiva" (*Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política*, p. 118-119). **João Paulo Fontoura de Medeiros** também entende que "o pronunciamento do juiz, constatando e referindo a ausência de alguma das condições da ação, dá-se por meio de decisão que em tudo se revela apta a produzir coisa julgada material. Donde se conclui que, em se cuidando da mesma *causa petendi*, não poderá o pedido do autor ser reiterado, em decorrência de se estar diante de coisa julgada, conseqüentemente se tendo de ver a lide como definitivamente julgada. (...) Daí ser imperioso inferir que é 'de mérito' a decisão a propósito das denominadas 'condições da ação' " (*Teoria geral do processo*, p. 147 e 148). **Breno Moreira Mussi** fala que "a vinculação das condições da ação com o mérito é visceral, uma vez que , suplantadas as barreiras dos pressupostos processuais, nada mais existe tratar que não a relação de Direito Material, sob o prisma dos pedidos *objetos mediatos* – dos interessados" (*As condições da ação e a coisa julgada*, p. 40). **Adroaldo Furtado Fabrício** entende que a carência não pode se distinguir da improcedência e vincula as condições da ação - possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam* - ao mérito (*Extinção do processo e mérito da causa*, p. 21 e 22). **Athos Gusmão Carneiro** diz que as condições da ação "... inserem-se no direito material posto em juízo e, pois, integram o mérito, e são matéria realmente de mérito, embora devendo ser conhecidas, por motivo de ordem lógica e de prejudicialidade, em primeiro lugar" (*Depósito bancário em caderneta de poupança. Não incidência do código de defesa do consumidor. Questão da legitimidade para a propositura de ação coletiva*, p. 269). No mesmo sentido, **Galeno Lacerda** (*Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990). **Pedro da Silva Dinamarco**, numa posição intermediária, entende que "ainda que não se considerem as condições da ação como mérito, é inegável que no exame da possibilidade jurídica e da legitimidade para agir o juiz terá dado um passo em direção a ele. A diferença da extinção do processo por impossibilidade jurídica e daquela por improcedência é muito tênue. A

primeiramente, em as condições da ação pertencerem à relação jurídica de direito material e não ao Direito Processual e, num segundo plano, à busca e respeito pelo princípio da economia processual.

Não podemos concordar.

Primeiramente, no que diz respeito a serem as condições da ação verificadas na relação jurídica de direito material, explicam os adeptos dessa compreensão esse vínculo necessário pela busca das condições na causa de pedir ou ainda na existência de uma ação de direito material ao lado de uma ação de Direito Processual[283].

Ora, não se nega o vínculo entre as condições e os elementos da ação, as partes, o pedido e a causa de pedir, nem tampouco se recusa visualizar a relação entre as condições, o direito material e o mérito[284]. Tudo está interligado, é claro, mas são situações que não se confundem: cada qual com seu papel, cada qual com a sua finalidade.

---

ilegitimidade de parte também só pode ser apurada mediante a análise da relação jurídica material controvertida" (*Ação civil pública*, p. 182).

Há até um julgado (ação civil pública) que extinguiu a segunda ação por entender ter havido em relação à primeira a coisa julgada material, muito embora a extinção daquela tenha ocorrido sem julgamento do mérito, com acolhimento de ilegitimidade de parte e de ausência do interesse processual (RT 741/259).

[283] **Fábio Gomes**, *Carência de ação*, p. 47-55.

[284] **Dinamarco** ensina: "Essas condições situam-se no campo do direito processual, porque constituem requisitos para que o processo possa prosseguir e, conseqüentemente, para que possa o juiz vir a ter o dever de prover sobre o mérito; mas, em cada caso, é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não" (*Instituições de direito processual civil*, p. 300).

Não se negou a função instrumental da ação; reconheceu-se-lhe autonomia. Pretender reconhecer as condições da ação como mérito é voltar no tempo, é retirar a autonomia da ação[285].

Tanto é assim que há ações sem relação alguma com o direito material, como, por exemplo, a ação rescisória. Ajuizada uma ação rescisória, não tendo ela nascido de uma relação de direito material, estará isenta da análise das condições da ação?

Claro que não, bem sabemos.

Ainda, falar em existência de ação de direito material é descaracterizar o próprio significado de ação.

Não se pode esquecer que a análise inicial das condições da ação se faz, principalmente no que diz respeito à legitimidade, de maneira superficial, hipotética, e não necessariamente na verificação da certeza da existência de uma relação jurídica de direito material.

Quanto à economia processual que os adeptos do enquadramento das condições no mérito alegam, ela não ocorre absolutamente, senão é justamente o contrário o que se constata.

Imaginemos um exemplo: uma ação proposta contra uma empresa de transporte coletivo "bola branca", visto um acidente de trânsito. A empresa, uma

[285] **Ernane Fidélis dos Santos**, ao reportar-se à condição *legitimidade de partes*, diz que "para se aferir corretamente a noção de 'legitimidade', deve-se apegar muito mais à característica de autonomia da relação processual do que ao conceito abstrato do direito de ação (*Manual de direito processual civil*, p. 49).

vez citada, alega em sua defesa ilegitimidade de parte. O juiz acolhe e extingue o processo com apreciação do mérito. Poderá o autor, reconhecendo que cometeu um equívoco, que a empresa correta seria a "bolas brancas", propor novamente a ação? Em tese, não. A menos que, para os defensores dessa idéia, a nova ação não caracterizasse identidade com a outra extinta, o que justificaria uma nova ação, não por extinção do processo sem resolução do mérito – o correto -, mas por não ter havido coisa julgada (não houve identidade de partes).

Não nos parece uma idéia adequada, dado que todo sistema se desvirtuaria, uma vez que, para caracterizar a litispendência ou a coisa julgada, nem sempre é necessária a identidade "formal" dos elementos das ações. Basta imaginarmos a seguinte situação: uma ação proposta contra o condutor de um veículo é julgada procedente e extinta com resolução do mérito. Na seqüência, outra ação é proposta, com base no mesmo acidente, com o mesmo pedido, mas agora contra o proprietário.

Não resta caracterizada no exemplo a coisa julgada? Claro que sim, no entanto, como no exemplo anterior, as partes não são 'exatamente' as mesmas.

Agora, partindo do pressuposto que o juiz acolhesse na ação contra o condutor a ilegitimidade de parte e extinguisse o processo com resolução do mérito, o que aconteceria? A ação não poderia ser reproposta com base na alegação da extinção sem apreciação do mérito. A coisa julgada restaria caracterizada, já que não há como negar que as partes são essencialmente as mesmas. Parece não haver solução: o conflito permaneceria na sociedade, já que a ilegitimidade de partes foi acolhida como questão de mérito.

O mesmo aconteceria com a impossibilidade jurídica do pedido. Se amanhã a legislação muda para permitir, v.g., que se pleiteie dívida proveniente de jogo de azar[286], caso já tenha existido uma ação extinta sem julgamento do mérito, por acolhimento da impossibilidade, será possível repropor a ação e as partes, o pedido e a causa de pedir serão os mesmos. Se, entretanto, o julgamento de antes ocorreu com apreciação do mérito, desaparece a possibilidade de propor, pois houve definitividade e está caracterizada a coisa julgada.

A ação rescisória, talvez fosse a saída, mas e se já houvesse passado o prazo de dois anos para a sua propositura?[287].

O que se percebe, já a título de conclusão, é que as novas construções precisam analisar o todo e não somente um aspecto, sob pena de não haver saída em algumas situações. Assim, também os defensores da análise das condições da ação como análise do mérito precisam rever os conceitos da coisa julgada e da litispendência e até relativizá-los, visto que, para conservá-los imutáveis, cumpre igualmente conservar imutável a disciplina das condições da ação.

Tudo faz parte da lógica sobre a qual se construiu o sistema. O raciocínio se formou justamente para preencher o espaço que havia restado com a discussão da natureza jurídica da ação.

---

[286] O juiz, ao extinguir o processo, sem resolução de mérito, por ter o autor pleiteado o recebimento de quantia consignada em dívida proveniente de jogo proibido, não está negando o direito ao crédito que o autor possui, nem tampouco a existência de uma obrigação. No caso, o mérito não está sendo apreciado, a fim de verificar se o réu deve ou não ao autor. Está negando apenas apreciar o pedido, já que a lei proíbe que o Judiciário analise pedidos cujo fundamento está em uma dívida de jogo.

[287] É bem certo que, para alguns autores, a ausência das condições da ação equivalem a vício que gera inexistência e, por isso, pode ser argüido mesmo após o prazo de 2 anos da ação rescisória, através da ação declaratória de inexistência. Essa a opinião de **Teresa Arruda Alvim Wambier** (*Nulidades da sentença*, p. 29).

Não há, portanto, desperdício de atividade jurisdicional, como pretendem alguns. Não esqueçamos que o legislador prevê a possibilidade de julgamento antecipado, além das hipóteses de extinção do processo com ou sem resolução do mérito.

Como se não bastasse, ainda pensando na economia processual, permite-se ao juiz o juízo de retratação, quando do indeferimento da petição inicial, e a possibilidade de reformar a sentença[288].

Por fim, imagine-se uma ação proposta sob a égide de um rito comum, quando o rito adequado seria o especial. O juiz, ao receber a petição inicial, intima o autor para corrigir o procedimento. Diante da inércia do autor, extingue-se o processo com resolução do mérito, por falta de interesse processual. Em seguida, uma nova lei altera o procedimento para aquele tipo de conflito, passando a enquadrá-lo no comum. Deixou agora de ser possível propor a ação, ainda que sob a alegação de alterações na legislação dos ritos, já que teria havido a coisa julgada material.

---

[288] **Nelson** e **Rosa Nery**, ao comentarem essa possibilidade, dizem tratar de uma competência diferida ao juiz de primeiro grau, referindo-se a regra do art. 296 a uma exceção à regra do art. 463 que só poderá ocorrer no caso de indeferimento da inicial, isto é, em caso de decisão proferida *initio litis*. Entendem ainda que há possibilidade de retratação para as decisões de extinção *com ou sem julgamento de mérito*, mas a única hipótese possível de o juiz indeferir liminarmente a petição inicial com julgamento do mérito se dá no caso de haver ocorrido a decadência. Por fim, dizem que, se a extinção ocorrer após a citação do réu, não haverá mais oportunidade de retratação (*Código de processo civil comentado*, p. 575-576 e 580).

Nelson Nery esclarece também que a retratabilidade do artigo 296 foi inspirada no ECA (*Atualidades sobre o processo civil – A reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995*, p. 101).

Nesse momento, cabe falar um pouco sobre o artigo 515 do CPC que em seu parágrafo terceiro prevê a possibilidade de o tribunal julgar a lide, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, caso a causa verse questão exclusivamente de direito e esteja em condições de julgamento. Na hipótese, presume-se que não houve retratação pelo juiz de primeiro grau, mas o tribunal modificou a decisão de extinção sem julgamento do mérito e, desde logo, apreciou o mérito.

Ora, pior do que extinguir um processo sem resolução do mérito, quando da ausência do interesse processual ou de qualquer outra condição da ação, é extingui-lo com resolução do mérito, quando o conflito permanece sem eliminação da sociedade, como a situação citada acima.

Imagine-se ainda a hipótese daquele que se diz credor de determinada quantia quando, na verdade, referida obrigação já foi cumprida. Alegando o réu já ter pago, mas sem produzir provas documentais, o processo é levado à instrução. Uma vez provado o pagamento, deverá o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, por falta de interesse processual, já que não haverá nenhuma razão para resolver o mérito como tampouco havia necessidade da atividade jurisdicional. Em outras palavras, como justificar a análise de um pedido que não pode ser acolhido, por ausência de necessidade da via jurisdicional? Caso fosse julgada pelo mérito, a ação permitiria, além da utilização de todos os recursos, a ação rescisória. Imagine-se agora rescindir uma decisão que analisou um pedido avaliado sem que tivesse sequer havido necessidade da via jurisdicional.

Por todo exposto, fica impossível aceitar as condições da ação como integrantes do mérito ou ainda considerá-las desnecessárias, como já pretenderam alguns[289].

Em vias de remate, há, ainda, quem diga que a falta das condições da ação conduz a uma inexistência jurídica, o que, neste caso, impossibilitaria até a utilização da ação rescisória.

[289] "Acreditamos que as condições da ação devem ser extraditadas, em definitivo, do nosso ordenamento (assim como Catilina, de Roma), por se constituírem um equívoco do legislador" (**Fredie Souza Didier Jr**., *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*, p. 66).

Por outro lado, certas decisões judiciais são tratadas como carência da ação quando, na realidade, houve apreciação do mérito. É o que alguns autores chamam de falsas carências[290]. Nesse caso, a extinção do processo deveria ter sido com sentença definitiva e não terminativa. Tal situação faculta a ação rescisória?

A rigor, sim, já que a decisão adentrou no mérito[291].

Na contramão, vimos, também há ações que são extintas com apreciação do mérito quando, na verdade, por não preencherem alguma condição, deveriam ter sido extintas sem apreciação do mérito. Nessa hipótese, há que verificar, ocorrendo a coisa julgada, se a decisão poderá ser rescindida[292].

---

[290] "Os tribunais brasileiros, influenciados pelo vigor da teoria das condições da ação e sua adoção explícita no Código de Processo Civil, são fortemente propensos a tratar como carência de ação alguns casos de ausência do direito do autor perante o réu – nos quais, em realidade, estão julgando a demanda *improcedente* e, não, *inadmissível* por falta de alguma das condições da ação. Isso acontece com bastante freqüência (a) em mandados de segurança denegados por ausência de liquidez-e-certeza, (b) em ações de usucapião quando se verifica que o autor não tinha a seu favor os requisitos do *tempus* ou do título, (c) em demandas de condenação por danos decorrentes de acidentes automobilísticos propostas em face de quem já foi mas não é mais dono do veículo causador, (e) em casos onde o juiz nega a possibilidade jurídica da demanda, indo além dos limites razoáveis dessa condição da ação *etc*. São falsas essas supostas carências de ação, ..." (**Cândido Rangel Dinamarco**, *Instituições de direito processual civil*, p. 319-320).

[291] "Rescisória - Decisão atacada que decretou a carência de ação – Hipótese em que se afirmou que o autor não fazia jus ao pretendido – Matéria de mérito, e não atinente às condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido) – Sentença, portanto, rescindível – Recurso especial procedente – Processamento e julgamento determinados – Inteligência do art. 485 do CPC – Declarações de votos vencedores e vencidos" (Superior Tribunal de Justiça – RT 652/183).

Marcelo Abelha Rodrigues, apesar de reconhecer às condições natureza processual, vê a possibilidade de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica, para as decisões que acolheram a carência da ação: "Lembramos ainda que, dentro do processo, a ausência de condições de ação possui o mesmo tratamento jurídico dos demais vícios de natureza absoluta (por exemplo, pressupostos processuais), qual seja, o de ser nulidade absoluta (não precluem, podem ser alegadas a qualquer momento pelas partes e de ofício conhecidas pelo juiz). Entretanto, findo o processo, entendemos que o vício de ausência de condições da ação sequer está submetido ao prazo decadencial da ação rescisória. A gravidade do vício faz com que a relação jurídica processual seja eivada do vício de inexistência, podendo a qualquer época, ser proposta ação declaratória de inexistência de relação jurídica visando extirpar, com efeito *ex tunc*, o referido vício" (*Elementos de direito processual civil*, p. 196).

[292]"Legitimação para a causa – Mérito. Afirmando o autor ser titular de uma relação jurídica de que sujeito passivo o réu, a decisão que o negue recusando sua pretensão terá decidido a lide e julgado o mérito. Nada importa, para isso, que se considere seja outro o devedor. Revela, para o processo, unicamente a lide a ele

O Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a ação rescisória, ainda quando se trate de carência da ação. **Dinamarco** comenta esses julgados:

> *"... o Superior Tribunal de Justiça começa a admitir a ação rescisória contra sentenças que pronunciam a carência de ação, também em casos de verdadeira falta de uma das condições desta e não de falsas carências – sendo óbvia a premissa de tratar-se de sentenças cobertas pela* ***auctoritas rei judicatae****, porque do contrário não se poderia cogitar das vias rescisórias (CPC, art. 485, caput). O dilema é este: a) ou se considera que um julgamento com esse teor permanece sempre instável, podendo ser reproposta a demanda inclusive sem que qualquer circunstância de fato ou de direito se haja alterado; b) ou não se admite a repropositura nessa situação e ao autor não sobraria meio algum de insurgência contra eventual vício rescindente (art. 485, incs.I-IX), senão a própria ação rescisória. A tendência que se delineia no Superior Tribunal de Justiça opta claramente por essa segunda posição*"[293].

Entendemos que, sendo a decisão de carência, não haverá que falar em ação rescisória, até porque é possível propor novamente a ação[294]. É claro que a repropositura dependerá da correção da imperfeição, sob pena de nova extinção, sem julgamento de mérito. Nessa hipótese, a extinção ocorrerá novamente baseada na condição faltante outrora ou fundada na falta de interesse processual?

---

trazida. Admissibilidade, em tese, da rescisória, nada obstando tenha se dado a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade *ad causam* e pela carência de ação, quando o julgamento foi de mérito" (REsp n. 0021544-91-MG, DJU, 08/06/1992, RSTJ 36/482).

[293] **Cândido Rangel Dinamarco**, *Liebman e a cultura processual brasileira*, p. 98.

Essa questão também gera controvérsias. Entendemos que a extinção ocorrerá novamente pelo não preenchimento da condição faltante, seja ela a possibilidade jurídica do pedido, seja a legitimidade de partes ou o interesse processual[295].

Vantajoso destacar que compete ao autor preencher as condições, embora, em algumas situações, é o próprio réu que deve incumbir-se de defini-las, como no caso de nomeação à autoria, em que se obriga o réu a apontar quem deve responder a ação em seu lugar.

Feitas essas considerações iniciais sobre as condições da ação, passemos a tratar de cada uma delas.

Três são as condições previstas no sistema processual: a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual.

É bem certo que o próprio Liebman, que influenciou nossa organização processual, deixou de considerar a possibilidade jurídica do pedido uma condição. A seu juízo, essa condição se insere no interesse processual[296].

---

[294] A menos, é claro, que, apesar de a expressão "carência da ação" ter sido utilizada, houve apreciação do pedido, o que pode acontecer em situações nas quais o juiz conclui pela ausência do direito.

[295] **Nelson** e **Rosa Nery** entendem que a repropositura pura e simples, sem implemento do requisito faltante, leva à extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual (*Código de processo civil comentado*, p. 539-540).

[296] Interessante notar que **Liebman** retirou a condição da possibilidade jurídica do pedido quando da edição de seu manual, em 1973, exatamente o ano que nosso Código de Processo Civil era publicado, constando a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação (*Manuale di diritto processuale civile*, 4ª edição).

No entanto, o próprio **Liebman**, em trabalho anterior, havia se manifestado sobre um quarto grupo de condições da ação, no qual incluiu a coisa julgada e a perempção (fatos extintivos) e o *beneficium excussionis* (fatos suspensivos) como condições da ação (*O despacho saneador e o julgamento do mérito*. Revista Forense, v. 104, 1945).

Há também aqueles que defendem as três condições como um rol exemplificativo, ou, ainda, como condições genéricas, existindo outras condições consideradas específicas [297].

[297] **Misael Montenegro Filho** diz que a trilogia é apenas exemplificativa, já que o legislador utilizou a expressão 'como'; assim, em seu entender, outras condições específicas podem emergir em situações especiais (*Curso de direito processual civil*, p. 145). **Rodrigo da Cunha Lima Freire** entende, igualmente, que o legislador consagrou três condições genéricas e admitiu também a existência de outras condições específicas (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 109). Já **Nelson Nery** entende que o que se denominam de condições específicas, na verdade, são "subsumíveis à condição 'genérica' do interesse processual" (*Condições da ação*, p. 38). **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que as condições da ação não são em *numerus clausus*, "visto que elas dependem da concepção adotada num dado sistema processual, quanto à natureza do direito de ação, isto é, se vem concebido como um direito *abstrato* ou *concreto*" (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 142). **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas** exemplifica como condição específica o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora' nas cautelares (*Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 68). **Marcelo Paulo Maggio** diz que as condições da ação não são exaustivas, já que, "conforme o processo ou o procedimento, outros requisitos específicos são exigidos para o regular exercício de algumas ações, ..." (*Condições da ação – com ênfase ...*, p. 69).

Há, tanto na doutrina como na jurisprudência, quem considere a litispendência, a coisa julgada e a cláusula compromissória como impedimentos ao exercício regular da ação, estando inseridos no interesse processual e não nos pressupostos processuais (**Leonardo José Carneiro da Cunha**, *Interesse de agir na ação declaratória*, p. 74). **Nelson** e **Rosa Nery**, no entanto, não são adeptos dessa teoria e classificam a litispendência, a perempção e a coisa julgada como pressupostos processuais negativos (*Código de processo civil comentado*, p. 531).

Alguns autores falam em requisitos prévios especiais, como **Vicente Greco**, que diz não haver dúvida que esses requisitos condicionam o exercício da ação e devem ser enquadrados ou na possibilidade jurídica do pedido ou no interesse processual (*Direito processual civil brasileiro*, p. 86).

Outros sugerem a análise das condições levando-se em conta a divisão do direito em público e privado. **Arruda Alvim**, no que diz respeito ao interesse processual, afirma que "o interesse de agir, normalmente, decorre da demonstração de que a outra parte omitiu-se ou praticou ato justificador do acesso ao Judiciário. Se isto pode ser aceito, integralmente, em relação ao Direito Privado, parece-nos que, em face do Direito Público, o problema se altera. (...) O que se pode sublinhar, portanto, é que o interesse de agir, quando emergente no campo do Direito Privado, normalmente dependerá de ter sido praticado algum ato, ou ter havido alguma omissão contra o Direito, que se traduzirá na esfera jurídica do autor, no lastro do seu interesse de agir. Já, no Direito Público, diferentemente, e, na medida em que as regras são cogentes, o agir da Administração está normativamente traçado (...). Nem pelo fato de a Administração não ter agido – quando deveria ter agido – isto retira do administrado o seu interesse de agir" (*Manual de direito processual civil*, p. 370-371 e 380). Nessa seara, **Luiz Rodrigues Wambier**, **Flávio Renato Correia de Almeida** e **Eduardo Talamini** preconizam a análise da condição possibilidade jurídica do pedido considerando essa divisão. Entendem que, tratando-se de análise de direitos privados, bastará, para configurar a possibilidade jurídica do pedido, que inexista vedação expressa da pretensão levada a juízo pelo autor. "Em sede de direito público, todavia, a questão assume contornos diferenciados, pois é princípio básico desse ramo do direito (exs: direito administrativo e direito tributário) que só se tem por permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, sendo vedado aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência. Assim, diante dessa inegável diferença de tratamento do sistema jurídico para as questões de direito privado e as de direito público, a avaliação da presença, ou não, da possibilidade jurídica do pedido deve ser feita à luz dos princípios que informam um e outro ramo do direito" (*Curso avançado de processo civil*, p. 138-139).

Nós, no entanto, não partilhamos desse posicionamento; consideramos sim apenas três as condições e é sobre elas que nos referiremos na seqüência.

2.1. Possibilidade jurídica do pedido

A primeira condição da ação é a possibilidade jurídica do pedido. Questões polêmicas quanto a essa condição vão desde a sua nomenclatura, passando pelo seu significado e alcance e encerrando-se na sua própria existência.

A condição da possibilidade jurídica do pedido, pensamos, ganha clareza quando explicada por um ângulo negativo. Assim, um pedido será juridicamente impossível quando for ilícito (não aceito pelo ordenamento, ainda que implicitamente), impossível (não pode ser alcançado, ainda que não haja proibição expressa ou ilicitude) ou expressamente proibido pela legislação (o legislador diz que não se pode ir a juízo para pedir tal coisa ou que tenha determinada causa). Não há, porém, consenso, quanto ao significado da expressão: há quem entenda a possibilidade jurídica do pedido simplesmente como algo em conformidade com o ordenamento; outros, ao contrário, vêem como possível o que não foi proibido pelo ordenamento; há ainda quem misture as duas compreensões e, por fim, há os que pensam como nós[298].

[298] **Vicente Greco Filho** (*Direito processual civil brasileiro*, p. 83), **José de Albuquerque Rocha** (*Teoria geral do processo*, p. 176), **José Roberto Neves Amorim** (*Fundamentos atuais do processo civil*, p. 88), **Luiz Fernando Bellinetti** (*Ação e condições da ação*, p. 264) e **Marcelo Paulo Maggio** (*Condições da ação – com ênfase...*, p. 79) falam em existência 'em tese' na ordem jurídica. **Moacyr Amaral Santos** (*Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 170), **Marcelo Abelha Rodrigues** (*Elementos de direito processual civil*, p. 183), **Darlan Barroso** (*Manual de direito processual civil*, p. 83), **Adriano Perácio de Paula** (*Direito processual do consumo*, p. 35), **Leonardo José Carneiro da Cunha** (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 56) e **Antonio Carlos Marcato** (*Da extinção anormal do processo*, p. 82) também são adeptos dessa posição, mas falam em possibilidade abstrata no direito objetivo. **Arruda Alvim**, de modo similar, opta pela previsão no ordenamento

Para prosseguirmos falando dessa condição, precisamos antes entender o significado de um dos elementos da ação, aliás dois: o pedido e a causa de pedir. O pedido se divide em pedido mediato e imediato. Aquele, como o bem da vida, seria o próprio núcleo da pretensão do autor; aquilo que, uma vez acolhido, vai trazer algum benefício à esfera patrimonial ou moral do autor. Este caracterizar-se-ia pelo tipo de tutela jurisdicional que se pede; assim, num pedido de condenação para pagamento de dívida de R$ 1.000 a condenação é o pedido imediato, enquanto os R$ 1.000 são o pedido mediato. Julgamos que, nesse caso, apenas o pedido mediato se insere na possibilidade jurídica do pedido, já que o imediato tem melhor enquadramento no interesse de agir, como veremos a seguir.

A causa de pedir se divide em próxima e remota. A causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos (já existentes quando da ocorrência do fato) e a causa de pedir remota, os próprios fatos. Como a causa de pedir remota decorre da próxima, quer dizer, como o que vai dar ao meu fato uma roupagem jurídica são os próprios fundamentos jurídicos (entenda-se aqui por *fundamento*

---

jurídico, como regra, admitindo exceções: "Assim, por previsão, em *ultima ratio*, entenda-se existência de proteção, ainda que não diretamente calcada em texto. Ao reverso, se houver proibição, *ipso facto*, poder-se-á, com segurança, asseverar inexistir previsão" (*Manual de direito processual civil*, p. 369, nota 1). **Ernane Fidélis da Silva** (*Manual de direito processual civil*, p. 49), **José Eduardo Carreira Alvim** (*Teoria geral do processo*, p. 140-141), **Humberto Theodoro Júnior** (*Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar*, p. 14-15), **José Roberto dos Santos Bedaque** (*Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 54-55) e **Joel Dias Figueira Júnior** (*A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*, p. 340) misturam as duas características, devendo o pedido feito pelo autor ter permissibilidade em abstrato ou não ser proibido pelo ordenamento. **Nelson** e **Rosa Nery** (*Código de processo civil comentado*, p. 532), **Marcelo Abelha** *(Op. cit*., p. 184), **Marcus Orione Gonçalves Correia** (*Teoria geral do processo*, p. 72-73), **Pedro da Silva Dinamarco** (*Ação civil pública*, p. 185), **Elpídio Donizetti** (*Curso didático de direito processual civil*, p. 10) e **Antônio Cláudio da Costa Machado** (*Código de processo civil interpretado*, p. 339) também vinculam a possibilidade à não-proibição pelo ordenamento. **Nelson Nery Júnior** complementa seu pensamento, ao incluir, ao lado do que não é proibido pelo ordenamento, o que é permitido pelo mesmo (*Condições da ação*, p. 37). **Marcus Vinicius Rios Gonçalves** fala da impossibilidade para pretensões que contrariem o ordenamento jurídico (*Novo curso de direito processual civil*, p. 88). **Luiz Manoel Gomes Júnior** aceita a tese que defende só haver impossibilidade quando ao juiz for vedado pronunciar-se sobre a matéria (*Curso de direito processual coletivo*, p. 90).

jurídico o ordenamento jurídico como um todo), pensamos que possam ser vistas em seu conjunto para análise da possibilidade jurídica do pedido[299].

Daí ser para vários autores inadequada a expressão *possibilidade jurídica do pedido*, por ser restritiva, já que não só o pedido deve ser possível como a sua causa e até, dependendo do caso, as partes envolvidas. Assim, defendem que *possibilidade jurídica da demanda* estaria mais acomodada no alcance da referida condição[300].

Para nós, a causa de pedir (próxima e remota)[301] e o pedido mediato são os elementos que integram a condição da possibilidade jurídica do pedido[302].

---

[299] Há os que pensam como nós e explicam a possibilidade jurídica do pedido através dos dois elementos: pedido e causa de pedir (**Nelson Nery Jr**., *Condições da ação*, p. 37). No entanto, outros, embora também vinculem a possibilidade a esses dois elementos, consideram não só o pedido mediato como também o imediato (**Leonardo José Carneiro da Cunha**, *Interesse de agir na ação declaratória*, p. 57).

[300] **Dinamarco** destaca-se nessa posição, ao dizer que o ideal seria falar-se em possibilidade jurídica da demanda, por ser a locução impossibilidade jurídica do pedido insuficiente, já que se fixa somente em um dos elementos da ação, qual seja, o pedido, quando deveria também considerar os outros dois elementos, quais sejam, as partes e a causa de pedir (*Instituições de direito processual civil*, p. 302). **Pedro da Silva Dinamarco** e **José de Albuquerque Rocha**, no mesmo sentido, incluem os três elementos da ação na análise da possibilidade jurídica do pedido (*Ação civil pública*, p. 185 e *Teoria geral do processo*, p. 176, respectivamente). **Marcelo Abelha Rodrigues** também critica a terminologia, ao dizer que "essa necessidade de se dar uma amplitude ao conceito de pedido, para englobar também a causa de pedir, resulta do equívoco conceitual de se falar em propositura da ação, que é estimulado pelo próprio Código de Processo Civil (art. 263). Isso porque o que se propõe (põe diante do juiz) não é a ação, que é um direito, mas sim a demanda, que é o veículo. Correto seria, portanto, falar em possibilidade jurídica de toda a demanda e, não exclusivamente do pedido, que é um dos elementos da demanda, juntamente com a causa de pedir e partes" (*Op. cit.*, p. 184, nota 19). **Marcus Vinicius Rios Gonçalves** acompanha os autores ao dizer que a possibilidade jurídica do pedido é uma expressão que diz menos do que queria dizer, já que não se restringe ao pedido e engloba todos os elementos da ação (*Novo curso de direito processual civil*, p. 88). Ainda, incluindo a causa de pedir no conceito de possibilidade jurídica do pedido, **Calmon de Passos** (*Em torno das condições da ação – A possibilidade jurídica ...*, p. 63), **Donaldo Armelin** (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 51) e **Teresa Arruda Alvim Wambier** (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 42).

[301] **Vicente Greco filho** entende também que a impossibilidade pode decorrer tanto do pedido como da causa de pedir. Tratando-se de fundamento injurídico, no entanto, leva à improcedência e não à carência. Para o autor, portanto, somente o pedido e a causa de pedir remota preenchem a possibilidade jurídica do pedido (*Direito processual civil brasileiro*, p. 86).

[302] **Cândido Rangel Dinamarco** entende que uma demanda será considerada juridicamente possível diante da compatibilidade com cada um de seus elementos. "O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das

Alguns autores entendem que a possibilidade jurídica do pedido confunde-se com o mérito[303]. Há julgados nesse sentido[304].

Não concordamos, pois, se houver julgamento de mérito, não poderá haver a repropositura da ação, sob risco de desvirtuar a própria razão de ser do ordenamento jurídico, que é eliminar os conflitos da sociedade. Imaginem se, antes de 1977, alguém ingressasse com uma ação de divórcio cujo pedido fosse negado (julgamento de mérito) e depois, com a possibilidade de divórcio, essa pessoa se visse impedida de obter o divórcio.

Ademais, poderia ocorrer desperdício da atividade jurisdicional caso não se considerasse a *possibilidade jurídica do pedido* uma condição da ação. Vendo-se o juiz impedido, desde logo, de extinguir o processo sem apreciação

---

circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A *causa petendi* gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que fatos como os alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir a condenação com fundamento em dívida de jogo). As *partes* podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante a penhora e expropriação pelo juiz" (*Instituições de direito processual civil*, p. 301-302).

[303] **Calmon de Passos**, *Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica*, p. 57; **Ovídio Baptista da Silva**, *Curso de processo civil*, p. 107; **Adroaldo Furtado Fabrício**, *Extinção do processo e mérito da causa*, p. 22; **Galeno Lacerda**, *Despacho Saneador*, 1990; **Leonardo José Carneiro da Cunha**, *Interesse de agir na ação declaratória*, p. 76-77; **Rodrigo da Cunha Lima Freire**, *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 110; **José Miguel Garcia Medina**, *Possibilidade jurídica do pedido e mérito*, p. 382; **Donaldo Armelin**, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 63; **Theresa Alvim Wambier**, *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*, p. 93-94; **José Miguel Garcia Medina**, *Possibilidade jurídica do pedido e mérito*, p. 382.

Nelton Agnaldo Moraes dos Santos enxerga a possibilidade jurídica do pedido ora como questão de mérito ora como questão de processo: "Os exemplos tradicionalmente invocados em nossos manuais – cobrança de dívida de jogo e pedido de divórcio nos países em que ele é proibido – são questionáveis, uma vez que poderiam, sem muito esforço, ser considerados casos de manifesta improcedência do pedido, envolvendo, destarte, julgamento do mérito. Em outras palavras, tais exemplos não seriam de carência de ação. Parecem, todavia, não merecer a mesma crítica o pedido de mandado de segurança normativo e o pedido de análise do mérito do ato administrativo. Nesses casos, o juiz não pode emitir o provimento jurisdicional pretendido, seja para acolher o pleito, seja para rejeitá-lo" (*Código de processo civil interpretado*, p. 773-774).

[304] "Processo – Extinção – Carência de ação – Impossibilidade jurídica do pedido - Equiparação a sentença de improcedência. Dizer que determinado pedido não pode ser conhecido por força de expressa vedação legal, dando-se pela carência de ação, significa reconhecer que inexiste o direito subjetivo, da mesma forma que a

do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, teria de prosseguir, em respeito ao contraditório e, naturalmente, ao devido processo legal, determinar a citação do réu para que esse preparasse sua defesa.

No exemplo que já utilizamos, de uma ação proposta para a cobrança de dívida de jogo, se o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito, ele não nega com isso a existência do direito de crédito do autor, não nega a existência de uma obrigação, mas tão-somente a tutela jurisdicional, porque o próprio ordenamento impede a ida a juízo para cobrar dívida de jogo. Daí a extinção do processo sem apreciação do mérito, ou seja, sem apreciação da existência ou inexistência da obrigação.

Ademais, considerar a possibilidade jurídica do pedido exame de mérito é reconhecer que a extinção do processo far-se-á com julgamento do mérito, o que impedirá a repropositura da ação, mas não a ação rescisória. Com isso, onde estará a economia processual?

Há também aqueles que defendem a análise da possibilidade jurídica do pedido antes das demais condições, vendo-a como preliminar e, inclusive, prejudicial às demais[305]. Pensamos que qualquer condição que não esteja

---

sentença de improcedência. A distinção estaria apenas no grau de evidência" (2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – RT 599/139).

[305] Podemos citar **Arruda Alvim** (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 394), **Candido Rangel Dinamarco** (*Instituições de direito processual civil*, p. 301), **Marcelo Abelha Rodrigues** (*Elementos de direito processual civil*, p. 184), **Rodrigo da Cunha Lima Freire** (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 112) e **Pedro da Silva Dinamarco** (*Ação civil pública*, p. 181).

Esse também o entendimento do STJ: "Diante da configuração da impossibilidade jurídica do pedido, todas as demais questões ficam prejudicadas, na medida em que tal condição implica o indeferimento da inicial por inepta" (REsp n. 73788–DF, 3ª T. STJ, j. 09/09/96, DJU 21/10/96, p. 40258) e do STF: "Se a ação é juridicamente impossível, não há necessidade de se perquerir quem pode propô-la. Em outras palavras, se a ação não pode ser proposta por ninguém, exatamente porque inadmissível, torna-se dispensável a verificação de sua titularidade" (ADIN n. 209–DF, STF Pleno, j. 20/05/1998, DJU 11/09/98, p. 00002).

presente é prejudicial às demais, já que o juiz não terá como analisar o mérito diante da ausência de uma das condições. Assim, ainda que o juiz analise primeiro a legitimidade ou o interesse, constatando irregularidades em qualquer delas, poderá extinguir o processo, sem analisar a condição da possibilidade e, logicamente, sem julgamento do mérito.

Por fim, há aqueles que nem sequer consideram a possibilidade jurídica do pedido uma condição. O próprio Liebman, na última edição de seu manual, retirou a possibilidade jurídica do pedido e passou a considerar apenas a legitimidade das partes e o interesse processual como condições da ação[306].

2.2. Legitimidade das partes

A legitimidade das partes ou *ad causam*[307], da mesma forma, é condição que gera algumas polêmicas, como, v.g., a nomenclatura e o próprio significado.

[306] O que se sabe é que Liebman entendeu desnecessária essa condição, uma vez que o divórcio (exemplo muito utilizado como uma situação de impossibilidade jurídica do pedido) passou a ser um pedido juridicamente possível. De acordo com Dinamarco, Liebman passou a enquadrar as demais hipóteses que outrora considerava de impossibilidade, como sendo de falta de interesse processual (**Cândido Rangel Dinamarco**, *Execução civil*, p. 382-383). Acompanhando essa idéia, **Arruda Alvim**, que entende ser a possibilidade jurídica do pedido um desdobramento inconveniente do interesse processual (*Dogmática Jurídica e o novo código de processo civil*, p. 85-133). **Leonardo José Carneiro da Cunha** menciona a dificuldade em se distinguir o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 67). No mesmo sentido, **Patrícia Miranda Pizzol**, para quem a possibilidade jurídica do pedido está abarcada pelo interesse processual/adequação (*Liquidação nas ações coletivas*, p. 105) e **Luiz Fernando Bellinetti**, por entender que "esta condição da ação é de certa forma redundante, pois a adequação da tutela, integrante do interesse processual, já traz implícita a possibilidade jurídica do pedido" (*Ação e condições da ação*, p. 266). **Dinamarco** mantém as distinções e esclarece que "o interesse de agir é apenas processual e corresponde a utilidade do provimento. A possibilidade jurídica é conceito que recebe mais intensos influxos do direito substancial e constitui projeção processual dos limites da área que o próprio direito substancial cobre" (*Execução civil*, p. 393).

[307] Importante não confundir legitimidade *ad causam* com a legitimidade *ad processum* que pertence aos pressupostos processuais subjetivos. As partes, como elementos da ação que são, para preencherem os pressupostos processuais referentes a elas devem ter capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória; a capacidade de estar em juízo também se denomina legitimidade *ad processum*. Assim, v.g., um menor, para ter capacidade de estar em juízo, deverá estar devidamente representado ou assistido.

Embora não haja muitas controvérsias em torno do nome dessa condição, há quem fale em *qualidade para agir*, ou *legitimidade para agir*, ou, ainda, *legitimação para a causa*, ao invés de *legitimidade das partes*[308].

Partes legítimas, a nosso ver, são aqueles titulares de uma relação jurídica de direito processual, que poderão coincidir com os titulares da relação material, ou aquelas legitimadas pela lei para estar no pólo ativo (como autoras) ou no pólo passivo (como rés), independentemente de vínculo com a relação de direito material ou, ainda, aquelas igualadas à condição de partes pelo próprio legislador[309].

Esta condição, portanto, também requer a compreensão de outro elemento da ação que se refere às partes. O termo *partes* é exclusivo da relação jurídica de direito processual e, enquanto não houver o exercício do direito de ação, não se poderá falar em partes. Nesse caminho, ao detectar a ilegitimidade de uma parte, não se pode considerar que a parte não existiu, por ser ilegítima; apenas, a parte, compreendida a sua ilegitimidade, não poderá continuar a exercer aquele direito de ação, que também existiu.

A parte é, portanto, aquela que, em nome próprio, pede uma tutela jurisdicional (autor) em face de alguém (réu), o que não significa, como

[308] **Moacyr Amaral Santos** utiliza a expressão 'qualidade para agir' (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 169). **José de Albuquerque Rocha** e **Rodolfo de Camargo Mancuso** utilizam a expressão 'legitimidade para agir' (*Teoria geral do processo*, p. 177 e *Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 157, respectivamente). **Arruda Alvim** fala em 'legitimação para a causa' (*Manual de direito processual civil*, p. 369).

[309] **Liebman** fala em pertinência subjetiva: "A legitimação para agir é pois, em resumo, a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo" (*Manual de direito processual civil*, p. 159).

dissemos, que preencherá a condição da legitimidade *ad causam*. Esta será verificada e, caso não esteja presente, decretar-se-á a ilegitimidade da parte.

Ora, se *parte* é um conceito processual, mais uma vez fica evidente que a falta de uma condição da ação não conduz à inexistência da própria ação e tão-somente à impossibilidade de exercê-la, já que, para falar em *parte*, antes precisamos falar de *ação* e de *processo*.

Podemos dizer, portanto, que as partes se confundem com os sujeitos da relação jurídica de direito processual, mas não precisam ser as mesmas pessoas envolvidas na relação jurídica de direito material, embora isso possa ocorrer.

Algumas outras pessoas que participam da relação processual, como o litisconsorte, o denunciado, o assistente, etc., serão consideradas partes, para alguns, e sujeitos secundários - ao lado dos principais, que são as partes e o juiz -, para outros[310].

[310] **Nelson** e **Rosa Nery** entendem a expressão parte como exclusiva daquele que pede (parte ativa) e daquele em face de quem se pede (parte passiva); assim, os demais participantes da relação processual não serão partes. No entanto, os litisconsortes, o MP quando ajuíza ação, o opoente, o litisdenunciado, o chamado ao processo e o assistente litisconsorcial são partes, no sentido processual (*Código de processo civil comentado*, p. 531). Em outra manifestação, **Nelson Nery** explica : "Parte, em sentido processual, é aquele que pede e aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional. Os demais participantes da relação jurídica processual (juiz) ou do processo *lato sensu* (advogado, Ministério Público, escrivão, perito, oficial de justiça etc) são considerados auxiliares da justiça ou intervenientes. São intervenientes o MP (...) e o assistente simples (...); são auxiliares da justiça o perito, o escrivão, as testemunhas, o oficial de justiça; o advogado é considerado partícipe indispensável à administração da justiça (...). Os litisconsortes são partes, assim como também o são o MP quando ajuíza a ação civil pública (...), o denunciado e o opoente nessas ações secundárias e o assistente litisconsorcial, (...)" (*Condições da ação*, p. 35). **Cândido Rangel Dinamarco** fala em partes principais (autor e réu), que possuem legitimidade autônoma, e partes secundárias (como os assistentes), que são legitimados subordinados ou *legitimatio ad coadjuvandum*. Para ele, ao lado do autor e do réu, também são partes principais o exeqüente ou executado, o nomeado à autoria, o opoente, o chamado ao processo e o litisdenunciado (*Instituições de direito processual civil*, p. 313). **Marcelo Abelha Rodrigues** diz que o MP e o assistente simples são intervenientes e são considerados 'não-partes', ao passo que as partes seriam, além do autor e do réu, o litisconsorte, o assistente litisconsorcial, o MP (quando ajuíza ação civil pública), o denunciado e o opoente (*Elementos de direito processual civil*, p. 187).

A legitimidade é a única condição a preencher e analisar em relação ao autor (legitimado ativo) e ao réu (legitimado passivo), muito embora não se possa deixar de considerar que a condição do interesse processual[311], bem como da possibilidade jurídica do pedido, de certo modo, também se verifiquem indiretamente em relação à outra parte. Assim, v.g., se pretendo executar a Fazenda Pública, por ser credora, detentora de um título, tenho, em princípio, interesse, mas, se deixo de eleger o procedimento previsto para esse tipo de execução, deixo de ter interesse. O interesse processual do exemplo foi analisado também levando em conta a outra parte (por ser Fazenda Pública, deve ser executada pelo procedimento especial). No que diz respeito à condição da possibilidade jurídica do pedido, o mesmo pode acontecer, v.g.: uma ação de reparação de danos ajuizada em face de uma pessoa jurídica de direito público, nos juizados especiais. Há, na hipótese, falta de possibilidade jurídica do pedido por ser a outra parte pessoa jurídica de direito público e não poder ser sujeito passivo em uma ação proposta nos juizados especiais, já que o art. 8º da Lei 9.099/95 veda expressamente tal possibilidade. (O exemplo, no entanto, enquadrar-se-ia melhor para quem considera o elemento 'partes' como integrante da análise da possibilidade jurídica do pedido).

Há quem entenda que a condição da legitimidade exclui a condição do interesse processual, raciocínio que associa a falta de legitimidade das partes à falta de utilidade no provimento[312]. É inegável o encadeamento das condições;

[311] **Dinamarco** (*Execução* ..., p. 402) e **Rodrigo Freire** (*Condições* ..., p. 142-143) entendem que o interesse processual deve ser visualizado não só em relação à parte como também ao próprio Estado.

[312] **Marcus Vinicius Rios Gonçalves** faz tal menção em *Novo curso de direito processual civil*, p. 90. **Dinamarco** vê a legitimidade inserida no próprio interesse processual. Explica o autor: "Em rigorosa técnica processual, a legitimidade *ad causam* insere-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se em ausência de utilidade do provimento jurisdicional. Ainda que tenha legitimidade, o autor pode carecer do direito de ação se por outro motivo esse provimento não for apto a proporcionar-lhe utilidade (...) mas, se a medida for postulada por outra pessoa, já se sabe de antemão que a tutela jurisdicional será inútil, dispensada a perquirição

tanto mais que, v.g., se meu pedido é juridicamente impossível, falta-me igualmente, em certo ponto, interesse processual. Por outro lado, como citamos acima, posso ser parte legítima e, mesmo assim, carecer de interesse processual ou da possibilidade jurídica do que estou pedindo. Portanto, entendemos que as condições não são prejudiciais umas em relação às outras, conforme já ficou mencionado.

Para concluir esta discussão - muito embora possa não parecer tão importante identificar se a condição é a possibilidade, a legitimidade ou o interesse, já que, num primeiro momento, todas levarão à extinção do processo sem resolução do mérito – atribuímos relevância ao debate, posto que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, fundamentação que vai possibilitar o controle da atividade jurisdicional, bem como os contra-argumentos diante de interposição dos recursos e, caso a extinção se dê baseada em uma condição quando deveria ser em outra, poderão daí advir muitas discussões e até desvio de atenção das condições para o mérito.

Também os temas de legitimidade ordinária ou extraordinária relacionam-se diretamente à condição ora discutida, já que, em princípio, deve haver coincidência entre os titulares da relação de direito material e os da relação de direito processual (ordinária)[313], admitindo como exceção essa descoincidência,

---

relativa a outros elementos. A ilegitimidade *ad causam* é, assim, um destaque negativo do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina *a priori* a inexistência deste" (*Instituições de direito processual civil*, p. 308). **Rodolfo de Camargo Mancuso** entende que, em alguns momentos, as duas condições se entrelaçam, mas, em outros, há nítida autonomia entre elas (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 158). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que o interesse pressupõe a legitimidade, isto é, o exame da legitimidade deve preceder o exame do interesse processual (*Ação civil pública*, p. 181). **Joel Dias Figueira Júnior** diz que a legitimidade para agir está intimamente ligada com o interesse na propositura da ação (*A metodologia no exame do trinômio processual: ...*, p. 341).

[313] **Barbosa Moreira** diz que a legitimação será ordinária quando a situação legitimante coincidir com a situação deduzida em juízo (*Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 59-60).

permitindo que alguém, em nome próprio - como parte, portanto -, defenda interesses alheios (extraordinária)[314], hipótese em que deverá haver previsão legal.

Consideramos, no entanto, ambas espécie da legitimidade *ad causam*, ou legitimidade de partes. Há autores, porém, que vinculam a legitimidade *ad causam* exclusivamente à legitimidade ordinária[315].

Muitos outros temas de natureza processual relacionam-se com a condição da legitimidade[316], o que a torna a condição de abordagem mais complexa.

Leonardo José Carneiro da Cunha diz existirem três tipos diferentes de sujeitos: os da relação de direito material, os da relação de direito processual e os que detêm a titularidade da ação. O autor explica que haverá legitimação ordinária quando todas essas qualidades coincidirem, ao passo que, quando o sujeito da relação processual coincide apenas com o sujeito que detém a titularidade do direito de ação, mas não com o sujeito da relação material, haverá legitimação extraordinária (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 63 e 64).

[314] A legitimação extraordinária e a substituição processual, para alguns, têm o mesmo significado: **Dinamarco**, *Instituições de direito processual civil*, p. 311; **Darlan Barroso**, *Manual de direito processual civil*, p. 81, nota 8; **José de Albuquerque Rocha**, *Teoria geral do processo*, p. 181; **Marcus Vinicius Rios Gonçalves**, *Novo curso de direito processual civil*, p. 90; **Marcus Orione Gonçalves Correia**, *Teoria geral do processo*, p. 75; **Hugo Nigro Mazzilli**, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 60. Outros, porém, preferem estabelecer a substituição processual como espécie do gênero da legitimação extraordinária: **Nery & Nery**, *Código de processo civil comentado*, p. 249; **Marcelo Abelha Rodrigues**, *Elementos de direito processual civil*, p. 200; **Rodrigo da Cunha Lima Freire**, *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 117, nota 102.

Fala-se também em legitimação extraordinária exclusiva ou concorrente: será exclusiva, quando somente o legitimado extraordinário tiver essa legitimidade; concorrente, quando a própria pessoa detentora do direito puder também propor a ação. A concorrente pode ser conjunta ou disjuntiva: conjunta, quando há necessidade da presença de todos os legitimados, ocorrendo, nesse caso, verdadeiro litisconsórcio necessário; disjuntiva, se cada um pode sozinho pleitear. **José Carlos Barbosa Moreira** diz que somente ocorrerá a figura da substituição processual quando ocorrer a legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva (*Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária – Direito processual civil: ensaios e pareceres*, Borsoi, Rio de Janeiro, 1971). Há quem admita a legitimidade extraordinária concorrente: **Marcus Vinicius Rios Gonçalves**, *Novo curso de direito processual civil*, p. 92-93.

[315] **Marcelo Abelha Rodrigues** entende que a expressão *ad causam* é colhida a partir de elementos de direito material e, por isso, equivale à legitimidade ordinária, e recairá naquele que se afirma titular do direito, enquanto a legitimidade extraordinária é colhida a partir de elementos processuais, o que lhe dá a característica de extraordinária e recairá sobre aquele que não se afirma titular do direito (*Elementos de direito processual civil*, p. 193-194). Daí **Arruda Alvim** ter categorizado a legitimidade extraordinária como *ad processum* e não *ad causam* (*Tratado de direito processual civil*, p. 350, vol. 1).

[316] Há até autores que diferenciam a legitimidade da legitimação: "... vamos tratar da legitimação que (...) são os fatos ou mecanismos que produzem a legitimidade dos sujeitos. Não se confunde, pois, com a legitimidade, que

Figuras processuais como o litisconsórcio, a assistência, a intervenção de terceiros, a coisa julgada, além é claro, a própria ação, têm vínculo estreito com o tema[317].

Para concluir, há quem considere a condição da legitimidade como integrante do próprio mérito[318].

2.3. Interesse processual

O interesse processual gera discussões em torno de três acepções: a sua ideal terminologia, o seu significado e, por fim, o seu conteúdo.

O legislador processual civil utiliza-se da expressão *interesse processual* (art. 267, VI e art. 295, III) ou, simplesmente, do termo *interesse* (art. 3º). Muitos autores, no entanto, falam em ***interesse de agir***[319], como José Eduardo

---

é qualidade de um sujeito produzida pelos mecanismos da legitimação" (**José de Albuquerque Rocha**, *Teoria geral do processo*, p. 177).

[317] O litisconsórcio equivale à cumulação subjetiva, ou seja, à possibilidade (litisconsórcio facultativo) ou à necessidade (litisconsórcio necessário) de duas ou mais pessoas estarem reunidas em uma mesma ação, no pólo ativo ou passivo ou em ambos ao mesmo tempo. Nesse caso, fala-se em litisconsórcio ativo, passivo e misto. Importante, quanto ao litisconsórcio necessário, destacar que a sua não-formação levará à extinção do processo sem apreciação do mérito, por falta de pressuposto processual, não por falta da condição da legitimidade de partes. A figura da assistência também possibilita cumulação subjetiva no pólo ativo ou passivo e se divide em simples (interesse jurídico do terceiro) ou litisconsorcial (sentença atingirá diretamente a esfera do terceiro – fala-se em normar). A intervenção de terceiros, como o nome diz, possibilita que terceiras pessoas ingressem na relação processual constituída, sendo das seguintes espécies: denunciação da lide, chamamento ao processo, nomeação à autoria e oposição. A coisa julgada, já mencionamos acima, possui inquestionável relação não só com a condição da legitimidade, mas com a própria carência da ação, diante do não-preenchimento de qualquer condição da ação, já que com a extinção do processo sem apreciação do mérito haverá possibilidade de repropor a ação, visto a coisa julgada apenas formal e não material, que ocorre somente nas decisões definitivas.

[318] **Frédie Souza Didier Jr**., *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*, p. 65-82.

[319] **Nelson Nery** explica por que a terminologia *interesse de agir* não é adequada: "Deve preferir-se utilizar o termo da lei ao equívoco 'interesse de agir', eivado de falta de técnica e precisão, além de constituir-se em

Carreira Alvim (*Teoria geral do processo*, p. 137), Leonardo José Carneiro da Cunha (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 29), Antonio Cláudio da Costa Machado (*Código de processo civil interpretado*, p. 339), Rodrigo da Cunha Lima Freire (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*), Álvaro Luiz Valery Mirra (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 219) e Pedro da Silva Dinamarco (*Ação civil pública*, p. 273) ou ***legítimo interesse de agir***, como Ovídio Baptista da Silva (*Curso de processo civil*, p. 104) ou, ainda, ***legítimo interesse processual de agir***, como Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, p. 303).

Questão mais intrigante, no entanto, dirige-se ao significado dessa condição. Seria o interesse processual traduzido pela mera necessidade? Ou o binômio necessidade-adequação seria mais conforme? Ou, ainda, quem sabe o trinômio, adequação-necessidade-utilidade, atingiria o real alcance[320].

A necessidade decorre da indispensabilidade da função jurisdicional[321]. Assim, de um lado, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe que se faça justiça pelas próprias mãos e, de outro, coloca à disposição um 'serviço' jurisdicional a fim de solucionar os conflitos de interesses.

---

velharia do CPC de 1939. (...) Nada justifica manter-se o velho e ilegal nome antigo. Agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que 'interesse processual' significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual" (*Condições da Ação*, p. 36-37). Acompanhando o autor, **Marcelo Abelha Rodrigues** (*Elementos de direito processual civil*, p. 185).

[320] Interessante, para começar, demonstrar a relação entre a preocupação da efetividade e utilidade do processo (instrumentalidade) e a própria condição do interesse processual. Foi dito que o processo deve ser apto a dar a quem tem um direito aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter e, para tanto, a ação deverá conter pedidos e procedimento adequados a fim de que essa utilidade seja atingida.

[321] **Leonardo José Carneiro da Cunha** diz que o interesse processual-necessidade deve ser buscado na causa de pedir, mais precisamente, na causa próxima, a qual o autor define como o fato que deu ensejo à demanda (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 90-91). **Rodrigo da Cunha Lima Freire,** igualmente, diz que a necessidade tem uma ligação íntima com a causa de pedir (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 128).

A necessidade se divide em *voluntária* e *legal*. A voluntária decorre da disponibilidade que a parte interessada tem de recorrer ou não ao Judiciário para solucionar um conflito em que esteja envolvida. Tal disponibilidade existe em dois sentidos: primeiro, porque posso abrir mão de um direito e não pedir tutela jurisdicional, ou, segundo, porque posso pretender solicitar a tutela a fim de solucionar tal conflito. Importante, entretanto, ressaltar que muitos autores vinculam a necessidade voluntária à indispensabilidade da via jurisdicional[322], quando ela se dá apenas na necessidade legal, de que a seguir falaremos. Assim, é preciso deixar claro que o ordenamento jurídico brasileiro não faz a exigência de esgotamento das vias administrativas[323], ou 'amigáveis', da utilização primeiramente dos meios alternativos de solução de conflitos ou, ainda, da prova da resistência do réu. Essa necessidade voluntária, portanto, fica demonstrada pela simples existência de um fato que se enquadre no ordenamento jurídico e com a pretensão da parte interessada ou, ainda, por sentir-se alguém lesado ou ameaçado, de algum modo, em seus direitos e pretender fazer valer tais direitos.

[322] É o que pensa **Vicente Greco**, ao dizer que "faltará o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário" (*Direito processual civil brasileiro*, p. 80-81). Nessa linha, **Nelton Agnaldo Moraes dos Santos**, ao explicar que, "se puder alcançar o resultado útil pretendido sem a intervenção do Estado-juiz, o demandante será carecedor da ação e não obterá um provimento jurisdicional de mérito" (*Código de processo civil interpretado*, p. 774). Não pensam diferente nem **Pedro da Silva Dinamarco**: "Como toda demanda, a ação civil pública não pode ser ajuizada quando for constatado que a providência pleiteada será, ou poderá ser, obtida independentemente da atuação jurisdicional" (*Ação civil pública*, p. 286) nem **Álvaro Luiz Valery Mirra,** para quem a necessidade repousa exatamente na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intervenção do Estado, "... ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial ..." (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 219) nem, tampouco, **Everardo de Sousa**, para quem somente se justifica "... a ação judicial no caso de o autor não conseguir, por outro meio, a plena atuação de seu direito" (*Interesse de agir*, p, 31).

[323] "A exigência de esgotamento da via administrativa para se recorrer ao Poder Judiciário implica em restrição que afronta o preceito constitucional, que assegura o direito de ação (JTJ 141/37, In **Nelson** e **Rosa Nery**, *CPC comentado*, p. 535).

Apesar de encontrarmos opinião divergente: "Doutrina e jurisprudência não admitem o ajuizamento de uma demanda em face do Estado enquanto houver possibilidade de serem interpostos recursos administrativos dotados de efeito suspensivo. Há casos concretos, entretanto, em que a interposição desse recurso não é suficiente para satisfazer plenamente o interesse da parte, admitindo-se excepcionalmente, então, a utilização da via judicial para a busca dessa satisfação" (**Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 274, nota 318).

A resistência do réu, por esse prisma, fica subentendida e, como dissemos, dispensará sua demonstração. Tanto é assim que, se o réu, em sua defesa, alegar que não foi procurado e que pretende fazer um acordo ou cumprir o que se pede, a homologação levará a uma extinção do processo com julgamento do mérito. Assim é que a lide - conflito de interesses qualificado por uma pretensão e uma resistência - fica subentendida quando a parte interessada provoca o Poder Judiciário e lhe pede uma tutela jurisdicional[324].

A necessidade legal resulta, de outro lado, da indisponibilidade. Nesse caso, é o próprio legislador que estabelece o Poder Judiciário como detentor exclusivo da solução, ou formalização, de determinado tema. Nessa última hipótese, o interessado ou os interessados estão obrigados a recorrer ao Judiciário se pretenderem dar desfecho ao assunto.

Ao abordar *necessidade legal*, há até quem fale em "graus de intensidade". **Rodrigo da Cunha Lima Freire** explica que, nas ações constitutivas necessárias, há um grau máximo de necessidade, já que não existe outra possibilidade senão recorrer à via jurisdicional[325].

A adequação explica-se pelo tipo de provimento que solicito e, ainda, pelos procedimentos que elejo para acolher minha pretensão. Assim, o pedido

[324] Por essa compreensão, discordamos da súmula nº 2 do STJ, que não permite a impetração de *habeas data* caso não tenha havido recusa de informações por parte da autoridade administrativa.

[325] *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 113.

Leonardo José Carneiro da Cunha também fala em graus de intensidade, ao referir-se ao interesse processual (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 86).

imediato (tipo de tutela jurisdicional) e os ritos (procedimentos)[326] comporão o interesse-adequação. É bem verdade que até o pedido mediato e a causa de pedir devem ter pertinência com tudo o que se apresenta. Desse modo, posso fazer um pedido (mediato) juridicamente possível, mas impertinente para o caso que se apresenta. A causa de pedir deve igualmente ter adequação com o que se pede, com o procedimento e com o tipo de provimento eleitos. É certo que o legislador processual civil apresenta a matéria sem a clareza cristalina que evite o surgimento de dúvidas. Assim, no art. 295, ao dizer que a petição inicial será indeferida quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação (V) ou quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, o pedido (parágrafo único, II – inépcia da inicial), a nosso ver, refere-se ao interesse processual, porque, se escolho o procedimento inadequado, não haverá utilidade na minha pretensão e, por conseqüência, faltará interesse. Da mesma maneira, se relato determinado fato e formulo pedido sem o condão de vincular ou atender àquele fato, estou formulando pedido inútil e, portanto, inadequado; faltará interesse processual também nesta hipótese[327].

Vemos a utilidade, por fim, como decorrência lógica da necessidade-adequação: considerar o interesse processual neste binômio, portanto, não o restringe nem acrescenta-lhe a utilidade tampouco o atrapalha. Útil é o que se aproveita, o que traz vantagem. Logo, demonstrada a necessidade de ir a juízo, a

[326] **Maria Stella V. S. L. Rodrigues** explica a *forma adequada do procedimento* como pressuposto processual e não como integrante do interesse de agir - condição da ação (*ABC do processo civil*, p. 79).

[327] Nem todos concordam com esse enquadramento. **Ernane Fidélis**, por exemplo, entende que a adequação se relaciona com o pedido e não com o procedimento (*Manual de direito processual civil*, p. 51). **Rodolfo de Camargo Mancuso** fala em pedido mediato e imediato, mas não em procedimento (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 144).

adequação no tipo de tutela que se pede e o procedimento que se escolhe, a utilidade se fará presente[328].

Importante salientar ainda, quando se discute o significado desta condição, que o interesse substancial não se confunde com o interesse processual. O primeiro é um interesse primário, que nasce junto com o fato e se visualiza na relação direito material, enquanto o segundo é um interesse secundário, justamente por sua natureza processual, instrumental, e se revela na relação de direito processual, diante do exercício do direito de ação[329].

---

[328] Há quem defenda a *utilidade* como uma qualidade além da *necessidade* e da *adequação*. **Vicente Greco** informa que a doutrina dominante entende que o interesse processual completa-se também com a utilidade, sendo, nesse aspecto, o parágrafo único do artigo 4º do CPC uma exceção à regra (*Direito processual civil brasileiro*, p. 83). **Rodolfo de Camargo Mancuso** não só defende a utilidade como integrante do significado do interesse processual, ao lado da necessidade e da adequação, como também explica cada uma delas, estabelecendo as diferenças. Assim, a necessidade decorre da não-obtenção de um bem da vida pelas vias amigáveis ou pela exigência que o direito positivo faz. A adequação ocorre pela idoneidade técnico-jurídica do provimento pretendido. A utilidade se verifica na ordem prática da medida pleiteada (*Ação civil pública*, p. 43). Acompanhando esse autor, **Leonardo José da Cunha Carneiro** conclui pela conjugação dos três elementos: necessidade, utilidade e adequação (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 101). **Nelson Nery** fala em necessidade e utilidade como coisas distintas: "Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade, do ponto de vista prático". Mas considera *utilidade* e *adequação* termos análogos: "Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual" (*Condições da ação*, p. 37). **Luiz Fernando Bellinetti** explica o interesse processual com a soma dos três aspectos (*Ação e condições da ação*, p. 266). **Marcelo Paulo Maggio**, parafraseando esse autor, expõe que "o interesse processual é conseqüência da necessidade de se buscar os órgãos jurisdicionais para o amparo de um direito, fazendo uso de forma adequada, consubstanciada na adaptação da tutela pretendida e do procedimento aproveitado, a fim de alcançar o resultado útil desejado" (*Condições da ação – com ênfase* ..., p. 77). **Marcelo Abelha Rodrigues**, por outro lado, coloca a adequação como inserida na própria utilidade. Assim, para o autor, o interesse de agir se demonstra, pura e simplesmente, com a necessidade e a utilidade (*Elementos de direito processual civil*, p. 186). **Teresa Arruda Alvim Wambier**, da mesma forma, embute a adequação na utilidade, que, somada à necessidade, compõe o interesse (*Nulidades* ..., p. 47). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que o interesse processual tem duas faces intrínsecas: a necessidade e a adequação, mas compreende que a necessidade se demonstra também pela utilidade da atividade jurisdicional (*Ação civil pública*, p. 273 e 274). **Álvaro Luiz Valery Mirra,** ao dizer que o interesse processual é uma relação de necessidade e adequação, acaba reconhecendo a inutilidade da tutela jurisdicional, diante da não-aptidão para produzir o que foi pedido (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 221). **Antonio Carlos Marcato**, quando explica a adequação, visualiza a utilidade que o provimento desejado possa trazer (*Da extinção anormal do processo*, p. 82), enquanto **Everardo de Sousa** diz estar o útil compreendido no necessário (*Interesse de agir*, p. 34). **José Roberto dos Santos Bedaque** diz que a utilidade pode ser aferida pela necessidade e pela adequação (*Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 56).

[329] Interessante mencionar a distinção feita por **Liebman**: "Interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado. Ele se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira que se distinguem os dois elementos correspondentes: o

Outra questão a analisar em torno do interesse processual refere-se à cumulação de pedidos. É sabido que o nosso sistema processual permite a cumulação de pedidos, desde que compatíveis os procedimentos. Diante de cumulação indevida, estar-se-á diante de falta de interesse (condição da ação) ou de pressuposto processual? Pensamos, até pela lógica de apreciação primeira dos pressupostos, que a caracterização é de pressupostos processuais.

Ainda: havendo carência em uma ação com pedidos cumulados, serão duas extinções? Duas carências? Apenas uma extinção será suficiente, se, em relação aos dois pedidos, a condição não observada for a mesma. Caso as inobservâncias sejam variáveis, em relação aos pedidos, será preciso decretar duas carências, com seus respectivos fundamentos, e a conseqüente extinção. No entanto, há que ficar atento, caso um dos pedidos possa subsistir; nessa hipótese, haverá carência e extinção pelo outro, apenas.

Ainda, a questão da concorrência de ações[330], ou seja, a possibilidade de satisfazer a pretensão de mais de um modo. Se escolho uma via e depois, em outra ação, opto por outra, diferente, haverá litispendência[331] ou carência por

---

substancial que se afirma pertencer ao autor, e o processual, que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse substancial secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato genericamente existente" (*Manual de direito processual civil*, trad. Dinamarco, p. 154).

[330] Importante não confundir a concorrência da ação, isto é, a possibilidade de resolver a lide de mais de um modo (através de pedidos distintos) com os procedimentos. Há autores, no entanto, que fazem essa ligação. **Nelton Agnaldo Moraes dos Santos**, ao comentar sobre a inadequação do procedimento, diz não caber ao autor escolher o rito a ser seguido e sim identificá-lo no ordenamento. Entende o autor, no entanto, haver casos excepcionais, podendo haver escolha, como a que ocorre com a ação monitória e a ação de cobrança (*Código de processo civil interpretado*, p. 921). Entendemos que no exemplo utilizado há concorrência de ações e não ritos distintos.

[331] **Thereza Alvim**, embora veja a litispendência como um pressuposto processual negativo, o trata como um pressuposto temporário, já que, segundo a autora, persistirá até o julgamento da lide em uma das ações, quando então falar-se-á em coisa julgada. A autora entende que a coisa julgada resulta em falta de interesse de agir e em falta de possibilidade jurídica do pedido (*O direito processual de estar em juízo*, p. 96).

falta de interesse de agir? Aqui, pelo mesmo raciocínio anterior, opinamos pela extinção pelo não-preenchimento de pressupostos processuais. Mas a questão não é tão simples, já que certos autores vêem a litispendência como condição da ação[332].

Daí também ser interessante, em sede de interesse processual, discutir o princípio da fungibilidade, ou seja, a possibilidade de o juiz aceitar a "ação errada" ou o procedimento inadequado[333].

Pensamos que essa problemática merece análise cautelosa, já que, se, por um lado, as condições da ação e especificamente o interesse processual são questões de ordem pública, em princípio não deveria ser admitida a fungibilidade. No entanto, não podemos esquecer que a Emenda Constitucional nº 45 trouxe como princípio fundamental a duração razoável dos processos e, para atingir tal celeridade, há que visualizar no caso concreto qual a melhor medida a tomar. Deve-se, para tanto, com aplicação do princípio da

---

Rodrigo da Cunha Lima Freire diz que os pressupostos processuais negativos (coisa julgada, litispendência, a perempção, cláusula compromissória ou *pactum de comprommitendo*) equivalem, na verdade, à ausência de uma condição da ação, como, segundo ele, à 'outra face do interesse de agir' (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir*, p. 106-107).

[332] **José Carlos Barbosa Moreira** (*Sobre os pressupostos processuais*. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989) e **Ada Pellegrini Grinover** (*As condições da ação penal – uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977).

Outra parte da doutrina inclui a litispendência, a coisa julgada e a perempção como ausência de legitimidade para a propositura de nova demanda judicial. Nesse sentido, **Donaldo Armelin** (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 42-43) e **Misael Montenegro Filho** (*Curso de direito processual civil*, p. 145, nota 19).

[333] "Para a fungibilização das ações, transformando-se uma – a incorreta – em outra – a correta -, exige-se a adequação entre os ritos dos dois processos, além de uma sintonia entre os fundamentos jurídicos das demandas. Diante das colocações, posicionamo-nos em sentido contrário à admissibilidade da fungibilidade da ação possessória em ação de domínio, quando proposta a demanda sem demonstrar o autor a sua condição de possuidor" (**Misael Montenegro Filho**, *Curso de direito processual civil*, p. 156).

proporcionalidade ou da razoabilidade[334], verificar qual o menor prejuízo para a atividade jurisdicional.

Para concluir, importa mencionar que, para alguns autores, tanto a legitimidade como a possibilidade jurídica estão inseridas no interesse processual[335].

Outros vêem o interesse processual de tal modo relacionado com a legitimação para agir, que encontram dificuldade em distinguir as duas espécies[336].

A maior confusão, no entanto, como já mencionamos, ocorre entre o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Muitos autores, principalmente quando se fala de procedimento ou mesmo do pedido mediato,

---

"MEDIDA CAUTELAR – Seqüestro – Carência de ação – Hipótese de arresto – Pretendida fungibilidade das medidas – Extinção do processo sem julgamento do mérito" (2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – RT 596/149).

[334] **Nelson Nery** ensina que "segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de 'lei da ponderação', na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado" (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 70).

Gisele Santos Fernandes Góes ensina que o princípio da proporcionalidade está motivado na garantia do acesso à justiça e na busca pela instrumentalidade e efetividade do processo. Conforme a autora, "chega-se ao seguinte modelo para o magistrado em face do Direito Processual Civil: 1º) Utilização do princípio da proporcionalidade em todos os processos, seja de porte individual, seja de porte difuso, coletivo ou individual homogêneo. 2º) Para a concretização da proporcionalidade precisam ser conjugados os seguintes elementos: a) adequação – para o Processo Civil revelada na operosidade; b) necessidade – para o Processo Civil revelada na acessibilidade; e c) proporcionalidade em sentido restrito – para o Processo Civil revelada na utilidade. 3º) Após esse raciocínio e fundamentação nas decisões, os magistrados estarão penetrando na seara do acesso à justiça" (*Princípio da proporcionalidade no processo civil*, p. 111-117).

[335] **Cândido Rangel Dinamarco**, *Instituições de direito processual civil*, p. 311 e ss; **Calmon de Passos**, *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso, sem data, p. 34, a*pud* **Fábio Gomes**. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67; **Rodrigo da Cunha Lima Freire**, *Condições...*, p. 164; **Pedro da Silva Dinamarco**, apesar de não compreender essa absorção, diz que o interesse processual será o último elemento a ser analisado, após as demais condições da ação (*Ação civil pública*, p. 275).

[336] **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação civil pública*, p. 44.

enquadram a irregularidade como impossibilidade jurídica do pedido e não falta de interesse processual.

V – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NA TUTELA COLETIVA

Visto o significado de ação e estudadas as suas condições, sob o aspecto da legislação processual individual, vamos verificar de que maneira tais condições se aplicam às ações coletivas.

Ao discutir o conceito de ação, concluímos pelo aproveitamento desse conceito para as ações coletivas, já que elas pertencem ao gênero *ação* e também denotam um direito a obter provimento jurisdicional por meio de um processo.

Naturalmente, exercendo as ações coletivas mediante este direito único denominado *direito de ação* e estando ele vinculado a certas condições, não há como descartar o preenchimento dessas mesmas condições para a correta utilização das ações na forma coletiva[337].

Em momento algum, aliás, o legislador processual coletivo pensou em dispensar as condições. Estava cônscio de que, se o fizesse, agrediria a lógica imprescindível que o sistema requer.

No entanto, importante frisar que, num primeiro momento, vamos estabelecer considerações gerais sobre cada uma das três condições para as

[337] Interessante mencionar pesquisa de campo feita por **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, envolvendo as ações coletivas, sobre a extinção do processo sem julgamento do mérito: "Esses dados revelam que o número de extinções sem o julgamento do mérito é praticamente quatro vezes superior ao número de pedidos julgados improcedentes, e, ainda que um número significativo de extinções decorreu ou do reconhecimento da ilegitimidade (50%), ou de perda do objeto (27,77%), ..." (*Acesso à justiça* ..., p. 214-215).

ações coletivas[338], o que, de certa forma, poderá não levar a grandes modificações em relação às ações tuteladas individualmente.

Já, num segundo momento, abordaremos cada uma das condições relacionadas com cada espécie de ação coletiva e com cada espécie de direito coletivo, o que fará aflorar muitas diferenças e provocará muitas dúvidas, que tentaremos esclarecer.

1. Possibilidade jurídica do pedido

Se falar em possibilidade jurídica do pedido, como ressaltamos, revela a impossibilidade de formular pedido ilícito, impossível ou expressamente proibido, da mesma maneira, falar de impossibilidade jurídica do pedido nas ações coletivas leva à exigência de que tais ações carreguem pedidos e/ou causas de pedir lícitos, possíveis e não proibidos pelo ordenamento.

Há[339] quem comente situações de impossibilidade jurídica do pedido diante da não-previsão da lei daquele interesse ou direito material. Diferimos

[338] **Thereza Christina Nahas**, ao defender dissertação de mestrado sobre *a legitimidade ativa dos sindicatos na defesa dos direitos individuais homogêneos no processo do trabalho* (PUC/2002) entendeu que "... no âmbito da ação coletiva temos duas condições para a ação, quais sejam, a legitimidade da parte e o interesse processual, pois não há que se falar mais em possibilidade jurídica do pedido, já que nem todos os objetos de ação coletiva serão direitos normatizados, estendendo o legislador à tutela aos interesses legítimos" (p. 138).

[339] **Ricardo de Barros Leonel**, embora não concorde, sintetiza algumas críticas sobre a atuação do MP nas ações coletivas: falta de possibilidade jurídica do pedido, quando do ajuizamento de ações coletivas, com base na eqüidade, sem prévia definição do direito material; impossibilidade jurídica do pedido nas ações civis públicas para a defesa do patrimônio público quando há cabimento de ação popular, incorrendo a impossibilidade justamente no pedido de ressarcimento na ação civil pública, já que o valor seria destinado ao fundo de interesses difusos (*Manual do processo coletivo*, p. 183). **Paulo Salvador Frontini**, ao escrever sobre as condições da ação na ação civil pública, se expressa: "(...) entendemos, com muita convicção, que, se não há legislação qualificando um *interesse difuso* como *direito difuso*, o pedido formulado em ação civil pública, versando *interesse difuso* não normatizado como *direito difuso*, deverá preambularmente não ser conhecido. Faltará a condição da ação denominada *possibilidade jurídica do pedido*. O desfecho deverá ser a extinção do processo,

desse sentir, já que a legislação processual coletiva, incluindo a Constituição Federal, permite recorrer ao Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça a algum direito coletivo, qualquer que seja ele, mesmo na falta de legislação específica ou tipicidade.

Ademais, caso referido argumento fosse aceito para não permitir a tutela na forma coletiva, a hipótese, caracterizaria, a nosso ver, a falta de interesse processual e não de possibilidade jurídica do pedido.

Assim, já mencionamos, vemos o rol da lei da ação civil pública apenas como exemplificativo e não consideramos o direito à tutela coletiva limitado àqueles interesses previstos nas leis infraconstitucionais.

A impossibilidade jurídica do pedido, portanto, como comentamos alhures, não se revelará diante do silêncio da lei, mas, ao contrário, no caso expresso de impedimento do pedido.

Um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido nas ações coletivas pode ser encontrado, v.g., no parágrafo único do art. 1º da LACP, que proíbe a veiculação de pedidos referentes a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

---

sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII)". Esclarece o autor: "(...) identificada uma situação em que, por exemplo, o Estado não consiga promover a segurança pessoal dos habitantes de determinada região – e é evidente o interesse difuso do indeterminável número de pessoas ali interessadas – será possível ajuizar ação civil pública que contenha pedido para ser atendido esse respeitável interesse difuso? A resposta somente pode ser negativa. Todavia, se se tratar de situação, que a legislação concretamente definiu como destinatária de providências concretas de *segurança*, é evidente que essa legislação qualificou o interesse difuso, catalogou-o como direito ..." (*Ação civil pública em tutela de direitos difusos: condições da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*, p. 495-496).

Embora o exemplo se enquadre perfeitamente na impossibilidade jurídica do pedido, não visualizamos constitucionalidade nele, conforme exporemos em capítulo posterior.

Outro exemplo a citar nesse aspecto - aproveitando para analisar a questão -, refere-se à impossibilidade jurídica do pedido de liminar em face do Poder Público, antes até da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público[340].

Isso decorre de a lei dizer expressamente que, em sede de mandado de segurança coletivo e ação civil pública, a liminar em face do Poder Público não poderá ser concedida senão após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

Embora inconstitucional[341] referida restrição (mas não temos a intenção de discuti-la agora), caso tal inconstitucionalidade fosse afastada, estaríamos diante de uma impossibilidade jurídica do pedido, pois, como dissemos, muito embora,

[340] Mencionamos, no capítulo que abordamos a legislação, a Lei n. 8.437/92 que, em seu art. 2º, estabelece que, em se tratando de mandado de segurança coletivo e ação civil pública, a liminar, se admissível, somente poderá ser concedida após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

[341] **Nelson** e **Rosa Nery** opinam pela inconstitucionalidade da Lei n. 8.437/92 e, por outro lado, parecem preferir enquadrar a hipótese na condição do interesse e não da possibilidade jurídica do pedido: "Pelo princípio constitucional do direito de ação (CF, art. 5º, XXV), o jurisdicionado terá direito de obter do Poder Judiciário tutela jurisdicional *adequada*. Caso seja necessária a concessão de liminar, com a tutela adequada , o juiz deverá concedê-la, haja ou não previsão da lei para a concessão de liminares. A vedação da lei para a concessão de liminares somente poderá ser aplicada pelo juiz se não ofender o princípio constitucional do direito de ação. Assim, a norma sob comentário só não será inconstitucional se o jurisdicionado não necessitar da liminar como medida judicial *adequada* (interpretação conforme a constituição). A limitação da lei, vedando a concessão de liminar, é inóqua porque pode ser inconstitucional" (*Código de processo civil comentado*, p 1.396). **Álvaro Luiz Valery Mirra** não pensa diferente: "..., a exigência indiscriminada de prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público demandada, como condição para o deferimento da supressão liminar do fato danoso ao meio ambiente, contraria, sem dúvida, a garantia constitucional da inafastabilidade do controle pelo Judiciário de lesão ou ameaça de lesão ao direito de todos ..." (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 363).

a rigor, o pedido não seja ilícito, nem impossível, ele está proibido não de forma direta, mas indireta.

Assim, excepcionalmente, consideramos, mesmo que não haja proibição expressa no ordenamento, também juridicamente impossível nas situações que o ordenamento jurídico impede determinados pedidos numa precisa espécie de ação coletiva. A proibição aqui é implícita ou indireta. De qualquer forma, mesmo enquadrada na condição da impossibilidade, a ressalva não deverá ser aplicada se inconstitucional a vedação.

Há, por derradeiro, a título de exemplo, que ressaltar a opinião de parte da doutrina e também dos tribunais em acolher a impossibilidade jurídica da ação coletiva que pretender a intervenção do juiz no direito material 'inexistente'[342].

Não cremos haver aí intervenção indevida, já que ao juiz é atribuído o encargo de julgar, de decidir, ainda que a controvérsia gire em torno de questões não legisladas. Assim, se um 'conflito' é transferido ao juiz, incumbe-lhe encontrar na lei a solução ou, na ausência da lei, ir buscá-la nos princípios gerais, nos costumes e na analogia.

Sobre esse e os outros exemplos citados, faremos discussão mais aprofundada no momento oportuno.

---

[342] **Pedro da Silva Dinamarco** tem essa compreensão: "..., pode-se dizer ser juridicamente impossível o objeto da ação civil pública que vise à criação do direito e não à sua mera aplicação" (*Ação civil pública*, p. 189).

O autor faz menção a um julgamento do STF, diante de uma ação civil pública que visava à regulamentação da relação das instituições financeiras com os respectivos correntistas usuários de cheque especial: "... a lei não confere ao juiz 'o poder de criar o direito material, dizendo qual é a atividade devida ou qual é a atividade

Apenas, para concluir, queremos reforçar nossa compreensão sobre a condição 'possibilidade jurídica do pedido', muitas vezes confundida com o interesse processual, quando só será impossível o pedido que o próprio ordenamento proibir de fazer, ou aquele outro que seja impossível, ainda que não recaia ilicitude ou proibição expressa sobre ele, ou, por fim, o que é ilícito, justamente por contrariar o que prega o próprio ordenamento ou enquadra-se em 'condutas-tipo', também destinadas à vala comum da ilicitude.

2. Legitimidade das partes

Sem sombra de dúvida, nenhuma condição sofreu mais alterações que esta, ao menos num primeiro momento, no que se refere às ações individuais. A razão para tanto é que, no esquema processual individual, normalmente há coincidência entre os titulares da relação de direito material e os da relação de direito processual (legitimação ordinária) e, excepcionalmente, por autorização legal, tal coincidência pode não se dar, permitindo a defesa de direitos alheios em nome próprio (legitimação extraordinária).

Tão logo a lei da ação civil pública foi editada, atribuindo legitimidade a determinados entes para propor ação coletiva, muitas discussões se estabeleceram em torno da natureza dessa legitimidade. Uns preferiram encaixar o tema na própria legislação processual individual, outros trouxeram nova roupagem, percebendo as dificuldades de adaptação.

---

nociva. Obviamente, há de chegar à conclusão a respeito do que é devido e do que é nocivo, em face do direito material preexistente à decisão ou julgamento' " (*Ação civil pública*, p. 189).

De nossa parte, se é que já não restou claro, não há que falar em aproveitamento, pois estamos tratando de regras processuais diferenciadas, o que se percebe facilmente ao procurar fazer meras adaptações.

Assim, como já mencionamos em trabalho anterior[343], a legitimidade para as ações coletivas será *autônoma* para as ações coletivas em defesa de direitos difusos e coletivos e e*xtraordinária*, na modalidade de substituição processual, para os direitos individuais homogêneos.

Certos autores consideram ordinária[344] a legitimidade ativa para as ações coletivas envolvendo direitos difusos ou coletivos; outros a consideram extraordinária[345] e outros, ainda, como nós, autônoma[346].

---

[343] Dissertação de mestrado (PUC/SP, 2001): *A legitimidade ativa do Ministério Público nas ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, decorrentes de relações de consumo (Lei 8.078/90)*.

[344] **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 187-190; **Kazuo Watanabe**, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*, p. 95-96; **Sérgio Shimura**, *O papel da associação na ação civil pública*, p. 155; **Heloísa Gisele Cunha**, *Aspectos da legitimidade para agir no CDC*, p. 69-70; **Marcelo Paulo Maggio**, *Condições da ação – com ênfase ...*, p. 155; **José Albuquerque Rocha** diz que os entes coletivos pleiteiam em nome próprio na defesa de direitos que lhe são próprios, tratando portanto de legitimidade ordinária, inclusive quando se trata de direitos individuais homogêneos (*Teoria geral do processo*, p. 181).

[345] **Carlos Alberto Bittar**, *Responsabilidade civil por danos a consumidores*, p. 142; **Hugo Nigro Mazzilli**, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 61; **Ada Pellegrini Grinover**, *Uma nova modalidade de legitimação...*, p. 24; **Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 204; **Pedro Lenza**, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 185; **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**, *Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 109; **Paulo Roberto de Gouvêa Medina**, *Aspectos da ação civil pública*, p. 219; **Teori Albino Zavascki**, *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 35.

A jurisprudência parece pender também para a legitimação extraordinária:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei 8.429/92)" (Recurso Extraordinário n. 208.790-SP, DJU 15/12/2000).

[346] **Nelson** e **Rosa Nery**, *Código de Processo civil comentado*, comentário ao art. 5º, da LACP, p. 1136 e comentário ao art. 82 do CDC, p. 1395; **Ricardo de Barros Leonel**, *Manual do processo coletivo*, p. 159;

No que respeita à legitimidade para as ações coletivas que envolvam direitos individuais homogêneos, quase[347] a totalidade de autores a considera extraordinária, na modalidade de substituição processual[348].

Parece-nos importante, antes de prosseguir, discutir brevemente algumas outras espécies de legitimidade extraordinária, como a autônoma, a concorrente, a exclusiva e a subordinada. Foi **Barbosa Moreira**[349] quem sistematizou o tema,

---

Arruda Alvim, *Ação civil pública*, p. 156; **Édis Milaré**, *A ação civil pública por dano ao ambiente*, p. 214 – 217; **Marcelo Abelha**, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 59; **Júlia Maria Milanese Buffara**, *Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma do art. 16 da Lei 7.347/85*, p. 48; **Américo Bedê Freire Júnior**, *Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*, p. 66; **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, *Comentários ao código de defesa do consumidor – direito processual*, p. 68; **João Batista de Almeida**, *A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos*, p. 90; **Djanira Maria Radamés de Sá,** *Teoria geral do direito processual civil*, p. 84; **Thereza Alvim** fala em legitimação própria (*O direito processual de estar em juízo*, p. 118 e ss.). **Sérgio Shimura**, embora esteja mencionado no grupo dos que opinam pela legitimação ordinária, fala também em legitimidade autônoma para a condução do processo (*O papel da associação na ação civil pública*, p. 155). **Christianine Chaves Santos** (*Ações coletivas & coisa julgada*, p. 92) e **Clarissa Diniz Guedes** (*Legitimação ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 127) chamam de "legitimidade coletiva".

[347] Dissemos *quase* porque encontramos posições divergentes: **Marcelo Abelha**, *Ação civil pública*, p. 59-60, nota 9; **José Manoel de Arruda Alvim**, **Thereza Arruda Alvim**, **Eduardo Arruda Alvim** & **James Marins de Souza**, *Código do consumidor comentado*, p. 417-420; **Antonio Gidi**, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 44. Ainda, **Teori Albino Zavascki**, para quem em se tratando de direitos individuais homogêneos, o regime de representação é a regra e o da substituição processual é a exceção (*Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva ...*, Revista Forense, v. 329, p. 151 e Revista de processo nº 78, p. 37). Embora, em um outro trabalho, tenha esse autor mencionado o MP, na defesa dos direitos individuais homogêneos, no papel de substituto processual (*Ministério Público, ação civil pública e defesa de direitos individuais homogêneos*, p. 137). **Luiz Manoel Gomes Júnior**, entende que, independentemente de se tratar de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, a legitimidade será 'uma legitimação processual coletiva' (*Curso de direito processual coletivo*, p. 35). **Christianine Chaves Santos** fala em legitimidade "genuinamente coletiva" (*Ações coletivas & coisa julgada*, p. 94). **Gisele Heloisa Cunha** diz tratar-se de legitimação extraordinária do tipo 'direito de conduzir o processo coletivo' ou representação adequada (*Aspectos na legitimidade para agir no código de defesa do consumidor*, p. 117-118). **Ricardo Negrão** fala em legitimidade "ad processum", mas reconhece a substituição processual (*O fundamento jurídico da legitimação ativa na ação coletiva*, p. 191).

[348] **Nelson** e **Rosa Nery**, *Código de processo civil comentado*, p. 1395; **Ricardo de Barros Leonel**, *Manual do processo coletivo*, p. 160; **Ada Pellegrini Grinover**, *Uma nova modalidade ...*, p. 674; **João Batista de Almeida**, *A proteção jurídica do consumidor*, p. 149; **Carlos Roberto Barbosa Moreira**, *O processo civil no código ...*, p. 141; **Eduardo Gabriel Saad**, *Código de defesa do consumidor...*, p. 391; **Carlos Alberto Bittar**, *Responsabilidade civil por danos a consumidores*, p. 142; **Hugo Nigro Mazzilli**, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 9; **Maria Antonieta Zanardo Donato**, *Proteção ao consumidor - conceito e extensão*, p. 171; **Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes**, *Breves considerações sobre ...*, p. 142; **Arruda Alvim**, *Ação civil pública*, p. 156.

[349] *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 58 e ss.

dividindo a legitimação extraordinária em autônoma e subordinada. A autônoma, por sua vez, se subdivide em exclusiva e concorrente, que, a seu turno, pode ser primária e subsidiária.

A legitimidade extraordinária será *autônoma* quando o legitimado puder atuar em juízo com independência em relação à pessoa que seria a legitimada ordinária. Será *subordinada* quando aquele que seria o legitimado ordinário tiver de implementar o contraditório.

A legitimidade autônoma exclusiva dispensa a presença do legitimado ordinário, mas não a impede, e só se considera regular com a presença do legitimado extraordinário.

A legitimidade autônoma concorrente, como o nome já diz, concorre com a legitimidade ordinária, podendo a ação ser proposta por um, por outro ou por ambos. Será *primária* quando quaisquer dos legitimados extraordinários tiverem legitimidade para a instauração autônoma do processo e *subsidiária* quando, para ocorrer, tiver de decorrer um termo, diante da omissão do legitimado ordinário.

Diante do que se expôs, temos que a legitimidade para as ações coletivas, envolvendo direitos individuais homogêneos, dentro desta classificação, será autônoma e exclusiva[350]. No entanto, não se confunde com a legitimação

[350] Não é o que todos pensam. Há quem entenda ser a legitimação concorrente, já que o interessado também pode propor a sua ação. No entanto, no que se refere às ações coletivas, o indivíduo não poderá propô-la, salvo a ação popular.

"No sistema brasileiro, a legitimação concorrente, em termos de ação coletiva, estaria presente na ação popular em defesa do interesse público, na medida em que a atuação do cidadão não excluiria a possibilidade de instauração do processo pelo próprio ente público lesado. (...) Da mesma forma, também, em relação aos direitos

autônoma para a condução do processo, nas ações coletivas que defendam direitos difusos e coletivos.

A legitimação para as ações coletivas, ainda, é concorrente (fora da classificação acima mencionada), podendo propô-las qualquer um dos legitimados, como se estivesse agindo por todos, e, também, disjuntiva, podendo os legitimados agir isoladamente[351].

No que diz respeito aos legitimados ativos, temos, atualmente, de acordo com a lei da ação civil pública e o código de defesa do consumidor, o Ministério Público (LACP e CDC), a União, os Estados, os Municípios (LACP e CDC), o Distrito Federal (CDC), as Autarquias (LACP), as Entidades e Órgãos da Administração Pública - Direta ou Indireta, ainda que sem personalidade jurídica (CDC) -, as Empresas Públicas (LACP), as Fundações (LACP), as Sociedades de Economia Mista (LACP), as Associações (LACP e CDC) e a Defensoria Pública[352].

Além deles, de acordo com a Constituição Federal, podemos considerar as Entidades de Classe, os Sindicatos, os Partidos Políticos, as Comunidades Indígenas e os Cidadãos.

---

individuais homogêneos, com fulcro no art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor" (**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas* ..., p. 241, nota 7). Na visão de **José Carlos Barbosa Moreira**, só se pode falar em substituição processual nos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva (*Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 61-62).

[351] **Marcelo Abelha** prefere falar em legitimidade *coletiva* (porque vários entes a possuem), *exclusiva* (porque não precisam da anuência uns dos outros) e *taxativa* (só os entes arrolados na lei é que são adequados representantes para a tutela coletiva) (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 61).

[352] Incluída recentemente pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, publicada no DOU em 16/01/2007, que alterou o artigo 5º da LACP.

O **Cidadão**, embora previsto como legitimado na lei da ação popular – com o endosso da Constituição Federal -, não está incluído[353] no rol dos legitimados para quaisquer outras ações coletivas, além das dessa espécie.

É de ressaltar a regra prevista no CDC que permite o ingresso dos interessados, como litisconsortes, nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, modalidade, a nosso ver, totalmente nova nessa realidade processual coletiva[354] e que não se confunde com o litisconsórcio previsto na legislação processual individual, que equipara o litisconsorte à parte.

Também nos parece de relevo relembrar as regras dos anteprojetos de código de processo coletivo (Profª Ada P. Grinover e Prof. Aluisio Mendes), legitimando as pessoas físicas[355] para as ações coletivas, respeitadas as restrições lá previstas, o que inova e amplia o rol de legitimados ora existente.

Embora 'pessoa física' não se confunda com 'cidadão', há proximidade de sentido entre ambos, já que o cidadão é uma pessoa física, embora nem sempre a pessoa física possa ser enquadrada na qualidade de cidadão.

O conceito de "cidadão", para fins de legitimidade na ação popular, é bastante polêmico. Há os que interpretam restritivamente e entendem o cidadão como aquele que, além de brasileiro, é eleitor e está em exercício com seus direitos políticos. Outros ampliam a interpretação e estendem também às

[353] Em artigo sobre a ação civil pública, **Sérgio Monte Alegre** critica a não inclusão do indivíduo no rol dos legitimados coletivos, entendendo que o mesmo possui até mais interesse que as próprias associações (*Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir*, p. 73).

[354] Conforme já escrevemos. Ver obra: *O litisconsórcio e a intervenção de terceiros na tutela coletiva*.

[355] Art. 19, I e Art. 9º, I, respectivamente.

pessoas residentes no País a legitimidade para a ação coletiva ou, ainda, nela incluem os brasileiros, mesmo que com seus direitos políticos suspensos[356].

O **Ministério Público** terá legitimidade para propor todas as ações coletivas, para a defesa de quaisquer direitos difusos e coletivos, conforme determinou a própria Constituição Federal. Como se não bastasse, a legislação infraconstitucional, v.g., lei da ação civil pública, código de defesa do consumidor, estatuto da criança e do adolescente, etc., como já mencionamos, prevê a legitimidade do *parquet* para as ações coletivas.

A doutrina se comporta nesse sentido, já que a maioria dos autores[357] entende que não haverá que questionar sobre a legitimidade do Ministério Público para qualquer ação coletiva, tendo a instituição recebido do próprio legislador constituinte referida legitimidade.

No entanto, houve e ainda há questionamentos sobre a legitimidade do MP para ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos. Em trabalho anterior[358], manifestamo-nos pela legitimidade do MP para essas ações

---

[356] Ao abordar a ação popular, faremos menção aos autores que interpretam restritivamente e aos que o fazem ampliativamente.

[357] **Nelson** e **Rosa Nery** ensinam que quando o legislador legitima o MP para a propositura da ação civil é porque identificou previamente o interesse processual, que deriva da própria outorga da legitimação. "... É suficiente para a aferir-se a existência do interesse processual do MP a demonstração de que se trata de uma hipótese de ação civil pública" (*Código de processo civil comentado*, p. 249).

Dizemos a maioria porque há algumas discussões sobre a legitimidade do MP, quando a ação coletiva envolva o erário, bem como naquelas acerca de alguns direitos individuais homogêneos. Abordaremos a primeira questão no momento oportuno e a segunda na seqüência.

[358] Dissertação de mestrado, defendida em fevereiro de 2001, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, com o tema *A Legitimidade ativa do Ministério Público nas ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, decorrentes de relações de consumo (Lei 8.078/90*). Nesse trabalho transcrevemos, como principal argumento para a ilegitimidade do MP nas ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos, a não-menção no texto constitucional de tal legitimidade. Contra-atacamos esse argumento ao dizer que o legislador constituinte atribuiu ao MP, dentre outras, a função de defender os interesses

coletivas, porém os tribunais e parte da doutrina têm restringido a atuação do Ministério Público em determinados assuntos de relevância social[359] ou, ainda,

---

sociais. Assim, os direitos individuais homogêneos, ao serem vistos sob essa ótica, poderão ser defendidos pelo MP. Ademais, o CDC, posterior à CF, menciona os direitos individuais homogêneos e a legitimidade do MP para tutelá-los. Por derradeiro, tratando-se de uma ação coletiva, não há por que questionar a relevância social presente em todas as ações conduzidas sob essa forma.

[359] **João Batista de Almeida**, após pesquisa efetuada junto ao STJ e ao STF, mostra o que referidos tribunais estão considerando como relevância social: STJ (iluminação pública, mensalidades escolares, reajuste para os aposentados, cláusulas abusivas, condições insalubres de trabalho, concurso público, planos de saúde, correção monetária de prestações em aquisição de imóveis, salário de servidores); STF (mensalidades escolares). E o que não consideram como relevância social: STJ (financiamento de lotes pela Cohab, IPTU, vale-transporte); STF (IPTU, taxa de iluminação pública) (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 34 e 35).

É de se dar destaque à súmula 643 do STF: "O Ministério Público tem legitimidade para promover a ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares".

Também, a Súmula 7 do Conselho Superior do MP/SP organiza os interesses individuais homogêneos que tenham repercussão social (saúde, segurança, crianças e adolescentes, sistema econômico, social e jurídico e, ainda, aqueles que envolvam um número considerável de pessoas)

Às vezes os órgãos julgadores acabam misturando as exigências. É o caso, por exemplo, do julgado a seguir citado, que não reconheceu a ação como coletiva por se tratar de direito divisível e disponível e não ter relevância social: "O *parquet* somente tem legitimidade para promover ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis em casos restritos, quando houver interesse público relevante, o que não se configura na situação em questão, porquanto essa traz conseqüências tão somente a um grupo específico de indivíduos" (REsp n. 68375-PE, rel. Ministro Francisco Falcão, j. 27/09/05, DJU 21/11/05, p. 138).

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho entende que nem sempre os direitos individuais, pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva, assumem relevância social. "Ao contrário, cumpre verificar, caso a caso, se os interesses individuais homogêneos tratados coletivamente revestem, ou não, a imprescindível magnitude capaz de caracterizar um genuíno interesse social, a permitir a propositura da ação pelo Ministério Público, ..." (*Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 111 e 112). No mesmo sentido, **Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior** (*A ação civil pública como ...*, p. 108). **Lucia Valle Figueiredo** diz que "..., na defesa de direitos individuais, ainda que homogêneos, tem o Ministério Público legitimidade ativa, quando se tratar de direitos, de tal ordem, de tal relevância, que integrem o patrimônio social. Assim, esses direitos serão, na verdade, muito embora individuais homogêneos, também indisponíveis" (*Ação civil pública – gizamento constitucional*, p. 533, In MILARÉ, Édis (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos e também p. 356-357, In MILARÉ, Édis (coord). A ação civil pública após 20 anos ...). **Hugo Nigro Mazzilli** entende que "..., se em concreto a defesa coletiva de interesses transindividuais assumir relevância social, o Ministério Público estará legitimado a propor a ação civil pública correspondente" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 99). No mesmo sentido, **José Roberto dos Santos Bedaque** (*Legitimidade processual e legitimidade política*, p. 109) e **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Interesses difusos e coletivos*, p. 78). **Eduardo Arruda Alvim** diz que a legitimidade decorrerá exatamente quando os interesses individuais assumirem 'uma grande e significativa repercussão dentro do quadro econômico-social em que se inserem' (*Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, p. 43). **Kazuo Watanabe** já dizia, quando da entrada em vigor do CDC, ao comentá-lo, que "... não se pode ir ao extremo ao permitir que o Ministério Público tutele *interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social ...*" (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 639). **Ada Pellegrini Grinover** diz que basta o direito ser individual homogêneo para o MP ter legitimidade para tutelá-lo e, quando muito, poder-se-ia exigir a aferição da relevância social (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 676). **Teori Albino Zavascki** fala que não serão todos os direitos individuais, mesmo com origem comum, que serão defendidos pelo MP, mas que em casos excepcionais, caso esteja presente o interesse social, o MP pode agir

pela quantidade de pessoas envolvidas[360] ou pela caracterização da disponibilidade ou indisponibilidade do direito ou interesse tutelado[361] e, às vezes, ainda, até pela ausência ou presença de relação de consumo[362].

(*Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, Revista de processo, nº 78, p. 47). **Luiz Daniel Pereira Cintra** e **Marco Antonio Zanellato** dizem não bastar a transindividualidade e a indivisibilidade, sendo necessário que haja o interesse público ou social (*O ministério público e a defesa coletiva dos interesses do consumidor*, p. 241). **Paulo Henrique dos Santos Lucon** e outros entendem que compete ao juiz distinguir, dentre os interesses individuais homogêneos, quais que, apesar de disponíveis, devem ser tutelados coletivamente, visto sua relevância social (*Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas*, p. 187-188).

[360] **Marcelo Abelha** fala, além da necessidade da relevância social, em uma 'considerável extensão aos indivíduos'; exemplifica: "Não fosse assim, não se poderia negar o caráter de direito individual e homogêneo a 10 pessoas que possuam em comum o fato..." (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 46). **Hugo Nigro Mazzilli** também fala em número de pessoas ao exemplificar que "não teria sentido, (...) pôr o Ministério Público em defesa de meia dúzia de importadores de carros de luxo danificados no transporte: ainda que se trate de interesses individuais homogêneos, não haveria a expressão social a justificar a atuação" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 99). **Ada Pellegrini Grinover** cita exemplos nos quais compreende que em casos de dispersão grande de lesados estará presente a relevância social e, conseqüentemente, o MP será legitimado (*A ação civil pública no STJ*, p. 13). **Suzana Henriques da Costa** diz não fazer sentido a defesa pelo Ministério Público de interesses meramente patrimoniais de pequenos grupos (*Comentários à lei de ação civil pública*, p. 395).

Nos Estados Unidos, como vimos, um dos requisitos para a ação coletiva, é que ocorra a impraticabilidade do litisconsórcio; no entanto, não está estabelecida a quantidade de pessoas, que vai ficar a critério do juiz.

No Brasil, encontramos alguns julgados levando em conta a quantidade de pessoas envolvidas para caracterizar ou não referida ação como coletiva: "A falta de configuração de real interesse coletivo afasta a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública objetivando o recebimento de indenização pelo atraso na entrega da obra de imóveis compromissados à venda, mormente quando se identifica verdadeira hipótese de invasão da seara da advocacia particular e, inobstante *o limitado grupo de possíveis interessados de fácil identificação*, ..." (grifamos) (REsp n. 236161-DF, 4ª T. STJ, j. 06/04/2006, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 02/05/2006, p. 333); "Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, *no caso de um menor carente*" (grifamos) (REsp n. 610438-SP, 2ª T. STJ, j. 15/12/2005, rel. Min. Franciulli Netto, DJU 30/03/2006, p. 195); "PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A *PESSOA DETERMINADA*. ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA" (grifamos) (REsp n. 672871-RS, 2ª T. STJ, j. 06/12/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 01/02/2006, p. 485); "Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de *apenas uma pessoa para proteger*, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual" (grifamos) (REsp n. 664978-RS, 2ª T. STJ, j. 14/06/2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 15/08/2005, p. 266). NO SENTIDO CONTRÁRIO, o mesmo tribunal: "Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de menor pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte" (Embargos de Declaração no REsp n. 617534, 1ª T. STJ, j. 19/04/2005, rel. Min. José Delgado, DJU 13/06/2005, p. 183); "O Ministério Público possui legitimidade para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise a tutela de pessoa individualmente considerada" (REsp n. 822712-RS, 1ª T. STJ, j. 04/04/2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 17/04/2006, p. 196); " O Ministério Público é parte legítima no ajuizamento de Ação Civil Pública que visa garantir a um menor o recebimento de tratamento médico pelo Estado, ..." (REsp n. 701708-RS, 1ª T. STJ, j. 14/02/2005, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 06/03/2006, p. 195).

[361] Em julgamento pelo Pleno do STF encontramos: "Não cabe ao legislador, a pretexto de emprestar eficácia ao referido inciso IX (do art. 129), alargar as hipóteses de utilização da ação civil pública, prevista no inc. III, para além dos limites de atuação do Ministério Público, traçados no *caput* do art. 127, para nelas incluir a proteção de direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos" (Rec. Extraordinário n. 213.631-0-MG, STF Pleno, j. 9/12/99); em outro julgamento do STJ tivemos: "O direito individual há que ser indisponível, a fim de dar ensejo à sua defesa pela via da ação civil pública" (REsp n. 171.283-PR, 1ª T. STJ, j. 23-2-99); também, no Tribunal de Justiça de São Paulo, o seguinte teor: "Ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear indenização em nome dos adquirentes de lotes – (...) – Inexistência de relevância social – Interesse meramente patrimonial do grupo de pessoas perfeitamente identificado, não se verificando o requisito da indisponibilidade – ..." (Ag. Inst. n. 339.219-5/5 – Guarujá, 2ª Câmara de Direito Público, j. 17/02/2004, v.u., rel. Des. Corrêa Vianna, Juis nº 44).

Pedro da Silva Dinamarco diz que "a solução correta é a de que os interesses individuais homogêneos só podem ser defendidos pelo Ministério Público, por meio da ação civil pública, quando eles forem, simultaneamente, indisponíveis". Explica: "É que a Constituição não fez qualquer referência à possibilidade de aquela nobre instituição defender interesses individuais disponíveis, fazendo-o apenas em relação aos indisponíveis (art. 127)" (*Ação civil pública*, p. 213). No mesmo sentido, **Hugo Nigro Mazzilli** (*Ação civil pública*, RT 682, p. 26). **Nelson** e **Rosa Nery** pensam diferente e dizem "ser legítima e constitucional a autorização que o CDC 82 I dá ao MP de promover a *ação coletiva*, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social" (*CPC comentado*, p. 1396). **Nelson Nery** diz também que "o argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá o tratamento de *interesse social* à defesa coletiva em juízo" (*O Ministério público e as ações coletivas*, p. 366). **Ricardo de Barros Leonel** entende que também os interesses disponíveis podem ser tutelados pelo MP nas ações coletivas, mas há que se analisar o caso concreto, a fim de levar em conta a extensão e relevância dos interesses. O autor conclui que se o interesse individual ganha inerência social, conseqüentemente, passa a ser indisponível (*Manual do processo coletivo*, p. 190 e 192). **Gregório Assagra de Almeida** diz que a exigibilidade pelos tribunais da indisponibilidade está distorcida *(Direito processual coletivo brasileiro*, p. 600-601). **Marcelo Abelha** fala que se não estiver presente o caráter social então o interesse deve ser ao menos indisponível - ou um ou outro (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 64). **Hugo Nigro Mazzilli** diz ser incorreto simplificar e dizer que o MP não pode defender interesses disponíveis. Há que se verificar a larga abrangência social (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 99). **Antonio Gidi** diz que não deve ser excluída "a possibilidade de o Ministério Público propor uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos com o argumento falacioso de que a proteção ao direito patrimonial individual disponível não pode ser de interesse social. Isso porque, como vimos, os direitos individuais homogêneos globalmente considerados são indisponíveis pelo grupo de vítimas. Disponível é, apenas, cada um dos direitos isolada e individualmente considerados, por parte do seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos como um todo (coletivamente considerados)" (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 50). **Rodolfo de Camargo Mancuso** fala nas notas de 'indisponibilidade' e 'interesse social' *(Interesses difusos e coletivos*, p. 74). **Rogério Lauria Tucci**, ao ser consultado sobre a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público em face do Banespa, entendeu inviável a legitimidade do Ministério Público para defender interesses patrimoniais divisíveis e disponíveis, de natureza privada, mesmo que se trate de instituição financeira oficial (*Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*, p. 75-100).

[362] "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. AÇÃO CONTRA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DISPONÍVEL E INDISPONÍVEL. PRECEDENTES" (AgRg no REsp n. 617893, 6ª T. STJ, j. 26/04/2005, rel. Min. Paulo Medina, DJU 13/06/2005, p. 363); "Ministério Público: legitimidade para propor ação civil pública quando se trata de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo" (AgRg no Rec. Extraordinário n. 424048/-SC, 1ª T. STF, j. 25/10/2005, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 25/11/2005, p. 11).

Pode surgir também o questionamento sobre a legitimidade[363] e até sobre a constitucionalidade[364] de o Ministério Público Federal atuar nas ações de competência da justiça estadual e vice-versa, assim como sobre a possibilidade

[363] **Marcelo Abelha** fala em ilegitimidade para agir do MP estadual na Justiça Federal, visto art. 128 CF (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 73). Nesse sentido, **João Batista de Almeida,** que acha inconcebível que o MP Federal atue na esfera de atuação do MP Estadual e vice-versa, bem como inaceitável que o MP Federal atue em litisconsórcio com o MP Estadual (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 98-106 e *A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos*, p. 90). **Ricardo de Barros Leonel**, embora não negue ser o MP uma instituição indivisível, entende que o Ministério Público de um determinado Estado não poderá formular demanda em outro, não pela ausência de pertinência temática, mas sim porque se deve respeitar a divisão de atribuições entre os Ministérios Públicos, tratando-se portanto de uma questão administrativa, pré-processual (*Manual do processo coletivo*, p. 166). **Teori Albino Zavascki** entende que "... não se compadece com a estrutura da instituição afirmar-se legitimidade aos agentes do Ministério Público Estadual para atuar fora da sua comarca ou fora de seu Estado, ou fora da jurisdição local ..." (*Processo coletivo*, p. 135). **Arruda Alvim**, em parecer oferecido em uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, especificamente pelo Promotor de Justiça da Comarca de Dores do Rio Preto, opinou pela ilegitimidade e falta de interesse do MPestadual, visto não se tratar de dano local, sugerindo a extinção do processo por falta de condição da ação (*Mandado de segurança, Direito Público e tutela coletiva*, p. 391-415). **Kazuo Watanabe** assinala "desde que a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em qualquer das Justiças, até mesmo em atuação conjunta com um outro órgão do Ministério Público igualmente contemplado com a mesma atribuição" (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 741). **Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz**, **Édis Milaré** e **Hugo Nigro Mazzilli**, apesar de entenderem que cada Ministério Público deve acompanhar a competência dos órgãos jurisdicionais, opinam que "dever-se-ia ensejar tanto ao Ministério Público Federal como ao estadual a possibilidade de intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial, na ação proposta pelo outro, ..." (*O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição*, p. 21). **Édis Milaré**, no entanto, não vê problema algum em o MP estadual demandar na Justiça Federal e vice-versa (*A ação civil pública por dano ao ambiente*, p. 219). **José Geraldo Brito Filomeno**, ao escrever sobre o conflito de atribuições entre Ministérios Públicos, sugere que, com a promulgação da EC nº 45/2004, que instituiu o Conselho Nacional do Ministério Público, "abre-se uma nova oportunidade de regulamentação para a necessária resolução de conflitos de atribuições" (*Ação civil pública consumeirista: conflitos de atribuições*, p. 118).

[364] **Nelson** e **Rosa Nery** dizem que tanto o MP da União pode ajuizar ACP na justiça estadual, como ao contrário (*CPC comentado*, p. 1137). **Pedro da Silva Dinamarco** também não vê nenhuma inconstitucionalidade e diz que a atuação do MP perante outra Justiça também está prevista na Lei Orgânica do MP da União, no art. 37, inc. II (*Ação civil pública*, p. 234). **Álvaro Luiz Valery Mirra** não vê inconstitucionalidade na atuação dos vários Ministérios Públicos nas diversas justiças Estaduais e Federais (*Ação civil pública e a reparação de dano ao meio ambiente*, p. 191). Já **Vicente Greco Filho** visualiza essa inconstitucionalidade, dizendo que a atuação do MP deve acompanhar a competência dos órgãos jurisdicionais (*Comentários ao código de proteção do consumidor*, art. 113, p. 377). No mesmo sentido, **Teori Albino Zavascki** (*Ministério Público, ação civil pública e defesa de direitos individuais homogêneos*, p. 124).

A jurisprudência se divide também: "Não gozando o Ministério Público Estadual de legitimidade para atuar na Justiça Federal, não poderia propor ação civil pública para defesa da ordem econômica" (Ag. n. 2002.01.00.005065-4-PI, 2ª T. TRF, 1ª região, j. 20.08.2002, Des. Tourinho Neto); "Ação Civil Pública – Ilegitimidade ativa ad causam – Feito conduzido por representante do Ministério Público Federal - Inadmissibilidade – Processo afeto à competência da Justiça Estadual" (Ap. Cív. n. 2000.0012.8736-3/0, 2ª Câm. Cível, TJ Ceará, j. 19/11/2003, rel. Des. Gizela Nunes da Costa, RePro. n. 126, p. 188). De outro lado: "O Ministério Público Federal está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo Ministério Público estadual" (EREsp n. 114908-SP, Corte Especial STJ, j. 07.11.2001, rel. Min. Eliana Calmon).

de o Ministério Público de determinado Estado atuar em outro Estado e, por fim, da viabilidade de os órgãos do MP Federal e Estadual atuarem em litisconsórcio[365].

Sobre isso já escrevemos[366] que nada impede que tais fenômenos ocorram, visto que o Ministério Público é uma instituição una e indivisível. O que se pode contestar, em nível administrativo, refere-se à divisão do trabalho entre os órgãos, feita pela própria instituição; no entanto, a questão não retira a legitimidade do MP como condição da ação. A sugestão é que os órgãos do MP

[365] Há julgados nos dois sentidos: 1 - reconhecendo a possibilidade de litisconsórcio: "É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público Federal e estadual/distrital" (REsp n. 382659-RS, 1ª T. STJ, j. 02/12/2003, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 19/12/2003. p. 322); 2 – negando a possibilidade de litisconsórcio: "Em sede de ação civil pública, na qual se discute questão administrativa do âmbito da Secretaria de Segurança do Estado do Ceará, assunto cujo exame compete à Justiça Estadual, não há como se conceber a admissão do MP Federal no pólo ativo da demanda, em litisconsórcio com o MP Estadual" (RMS n. 4.146-6-CE, j. 23.10.1995).

A doutrina parece concordar com o litisconsórcio: **Marcelo Abelha Rodrigues**, **Rosa Nery** e **Celso Antônio Fiorillo** são favoráveis ao litisconsórcio entre os Ministérios Públicos (*Direito processual ambiental brasileiro*, p. 120). Ainda, favoráveis: **Nelson Nery Júnior** e **Rosa Nery** (*CPC comentado*, p. 1140), **Adriano Perácio de Paula** (*Direito processual do consumo*, p. 130), **Carlos Alberto Bittar** (*Direitos do consumidor*, p. 97), **Kazuo Watanabe** (*Código brasileiro ...*, p. 645-646), **Sérgio Shimura** (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 63) e **Marcelo Paulo Maggio** (*Condições da ação ...*, p. 161). **Pedro da Silva Dinamarco** concorda com a atuação conjunta desde que "haja compatibilidade entre o objeto do processo e as atribuições que tocam a cada um desses Ministérios Públicos". Destaca porém o autor que "se o Ministério Público estadual ajuizar isoladamente ação civil pública em situações em que a atribuição for do Ministério Público federal, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito, por ilegitimidade de parte" (*Ação civil pública*, p. 235 e 236). **Nelson Nery Jr**., embora favorável ao litisconsórcio entre os MP's, diz que toda discussão na verdade é problema de representação e sugere que, "(...) tanto quanto possível, (...) o Ministério Público ajuíze ação civil pública na Justiça Federal comum, os Ministérios Públicos Estaduais na Justiça Estadual, e os Ministérios Públicos especiais (do Trabalho, Eleitoral e Militar) nas Justiças especializadas. Isto não inibe, como dissemos, a atuação dos vários Ministérios Públicos nas diversas Justiças Estaduais e Federais, comuns e especializadas" (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 798). **Teori Albino Zavascki** diz não haver "como compatibilizar com esses princípios institucionais certas disposições normativas que admitem a possibilidade de litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual em determinados processos (Lei 7.347/85, art. 5º, § 5º). Esse estranho 'litisconsórcio consigo mesmo', se cabível, importaria, invariavelmente, o deslocamento da competência da causa para a Justiça federal, ..." (*Processo coletivo*, p. 135).

[366] *A legitimidade ativa do Ministério Público ...*, dissertação de mestrado.

(estadual e federal) litiguem em litisconsórcio[367], o que, ao menos, não acarretará em carência da ação por falta de legitimidade *ad causam*.

Não se pode esquecer que a própria legislação prevê a possibilidade desse litisconsórcio (art. 5º, § 5º da Lei 7.347/85), apesar de alguns contestarem a validade ou constitucionalidade da regra[368].

Há que ter cuidado, no entanto, uma vez que muito dessa discussão se encerraria em sede de interesse processual ou de pressupostos processuais e não exatamente na legitimidade de parte[369].

A rigor, a discussão acerca do litisconsórcio enquadra-se em sede de pressupostos processuais, mas, caso o tema seja discutido em sede de condições da ação, é melhor falar em *interesse processual*. Foi como se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

---

[367] **Nelson Nery Jr.** diz que o MP sempre vai poder atuar, pois "... qualquer que seja o órgão do MP (da União ou dos Estados), a legitimidade é da instituição, de sorte que qualquer um desses órgãos pode promover a ação coletiva, em qualquer juízo, para a defesa dos direitos metaindividuais" (*A ação civil pública no processo do trabalho*, p. 615).

[368] **Pedro da Silva Dinamarco** (*Ação civil pública*, p. 233, nota 190) entende que esse dispositivo não deveria estar em vigor: "Esse dispositivo foi acrescido à Lei da Ação Civil Pública pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor. Curiosamente, o art. 82, § 2º, também do Código de Defesa do Consumidor, continha disposição idêntica, mas foi vetado pelo Presidente da República por inconstitucionalidade". **Theotonio Negrão** menciona: "Ao vetar o art. 92, § único, do CDC, o Presidente da República também vetou, expressamente (e não implicitamente), esses §§ 5º e 6º (v. DOU 12.9.90, supl., p. 11). Provavelmente, como este veto foi feito 'incidenter tantum', no meio das considerações relativas ao art. 92, § único, não se prestou atenção ao fato de que aí também se vetavam os §§ 5º e 6º da lei 7.347. Assim, por engano, a publicação oficial do Código de Defesa do Consumidor os deu como sancionados, quando, em realidade, foram vetados" (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*, nota 8, artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, p. 919). Ainda, opinando pela inconstitucionalidade do dispositivo, **José Antonio Lisboa Neiva** (*Ação civil pública – litisconsórcio de ministérios públicos*, p. 167).

[369] **Antonio Gidi** fala que se o MP propor ações sem qualquer relevância social estar-lhe-á faltando o interesse de agir (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 51). **Nelson Nery Jr.** diz que a questão não envolve as condições da ação e sim os pressupostos processuais, porque o MP será sempre parte legítima, já que

> *1. Não devem ser considerados litisconsortes passivos necessários, para integrarem Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, visando anular processo seletivo para Curso de Direito, supostamente viciado, realizado por universidade particular, candidatos que foram aprovados no certame e que não revelaram interesse em freqüentarem aquele Curso.*
> *2. Configurada a falta de interesse de agir, para fazerem parte da lide, como litisconsortes passivos. Inaplicável à espécie o disposto no art. 47, parágrafo único do CPC*[370].

A legitimidade do Ministério Público, embora concorrente com os demais legitimados, acaba recebendo contornos especiais, primeiramente, por estar prevista constitucionalmente[371], depois, por ser ele o principal legitimado apontado a assumir a ação[372], em caso de abandono e desistência[373], por fim, por

---

a lei assim o determina (*A ação civil pública* ..., p. 615, In MILARÉ, Édis (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos).

[370] REsp n. 398180-PR, 1ª T. STJ, j. 18/11/2003, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 15/12/2003, p. 189.

[371] Por conta disso, a obrigatoriedade na propositura da ação coletiva é questionada. **Nelson Nery Jr**. fala da existência da obrigatoriedade, mas que deve vir temperada com a conveniência e oportunidade (*A ação civil pública*, p. 84, *Justitia* 45/120, p. 79-88).

[372] A lei diz que o Ministério Público deve assumir a ação ou outro legitimado, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada. A maior parte da doutrina, no entanto, entende que esse abandono pode ocorrer por qualquer outro legitimado que não somente a associação, com o que concordamos.

Quanto à obrigatoriedade do MP em assumi-la, entendemos que, da mesma forma que para propor a ação, o MP deverá incumbir-se da ação abandonada, se houver interesse da coletividade ou do grupo.

Nelson Nery Jr. entende que, "apenas no caso de desistência *infundada* da ação por qualquer legitimado (e não somente por associação autora), é que o Ministério Público deverá assumir a titularidade da ação coletiva" (*O processo civil no código de defesa do consumidor*, p. 33). **Hugo Nigro Mazzilli** diz não haver obrigatoriedade absoluta de o Ministério Público prosseguir na ação coletiva, objeto de desistência por parte de um dos co-legitimados (*Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 655).

[373] **Pedro da Silva Dinamarco** opina: "Em regra, o autor coletivo pode desistir validamente da ação civil pública (mesmo que de forma infundada), sem que haja possibilidade de *substituição sucessiva* no pólo ativo. Apenas quando uma associação (ou sindicato, que tem a mesma natureza de uma associação) desistir ou abandonar a causa é que haverá incidência de tal dispositivo legal" (*Ação civil pública*, p. 230 e 231). **Nelson Nery Jr.** diz que "a desistência da ação civil pública pelo Ministério Público é possível, pois não se estará maculando o direito material nela discutido. O que se veda ao substituto processual é a renúncia ao direito ou reconhecimento jurídico do pedido – que envolvem o direito material – e não a renúncia a faculdades meramente processuais, ..." (*O processo civil no código de defesa do consumidor*, p. 33).

dever participar de todas as ações coletivas em que não for parte, como fiscal da lei[374].

Nessa última menção - nos casos em que o Ministério Público for o autor – não há, obviamente, necessidade de outro integrante do MP participar como fiscal da lei[375].

Há que destacar, ainda, a legitimidade do Ministério Público para a instauração do inquérito civil, esta sim, exclusiva do *parquet*.

No que diz respeito ao termo de ajustamento de conduta, também está legitimado o Ministério Público, mas não com exclusividade, já que os demais órgãos públicos também poderão tomá-lo[376]; o MP, no entanto, caso não seja o autor do compromisso, deverá firmá-lo. As opiniões divergem a esse respeito[377].

---

[374] Nesses casos, o Ministério Público não atua como parte, muito embora existam aqueles que entendam que o fiscal da lei é parte: "Ainda quando atuar como 'fiscal da lei', o Ministério Público será parte no processo" (**Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 228). **Gregório Assagra de Almeida** diz que o Ministério Público quando não for parte, deverá atuar obrigatoriamente como parte adesiva ativa, daí, explicar ele, não ser a 'disjuntividade' absoluta (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 349).

[375] "Ação civil pública. Proposta a ação pelo Ministério Público, não há necessidade de oficiar outro órgão da mesma instituição como fiscal da lei" (AI n. 95.537-SP, 2ª T. STJ, j. 22.8.96, DJU 16.9.96).

[376] **Nelson Nery Jr.** opina pela legitimidade de todos os órgãos públicos para o compromisso de ajustamento e diz que, uma vez tomado, gerará titulo executivo extrajudicial, o que dispensa a homologação pelo juiz. Explica o autor que a transação poderá ocorrer em juízo, devendo ser homologada (*Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar*, p. 37-38).

[377] "É equivocado o argumento de que o CACEL feito extrajudicialmente precisaria do referendo do MP, sob a alegação de que, ao evitar a ação civil pública, onde se teria uma participação obrigatória do *parquet*, não poderia escapar da sua análise o compromisso a ser realizado. O equívoco reside no fato de que o CACEL extrajudicial feito pelo órgão público certamente constitui uma ponte para o processo de execução, saltando-se o processo de conhecimento. Entretanto, isso não significa dizer que estará obstada a via da ação civil pública, posto que o compromisso não terá validade em relação a terceiros que dele não participaram, e, mais ainda, não se pode admitir qualquer disposição do direito que constitua objeto do compromisso" (**Marcelo Abelha**, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 84, nota 2). **Édis Milaré** diz que o compromisso só deve ser validado com a anuência do Ministério Público, caso não seja o autor (*Ação civil pública e a tutela dos interesses difusos*, p. 64). Caso não haja retificação por parte do MP, o termo deverá ser anulado (*A ação civil pública em defesa do ambiente*, p. 227, In Ação civil pública – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). **Fernando Grela Vieira** também fala da indispensável participação do MP no compromisso quando não seja

Importante também, em vias de remate, não confundir o papel imprescindível que o Ministério Público tem com as ações coletivas e a obrigatoriedade para agir. O *parquet* deve agir quando houver necessidade, mas pode opinar pela prática ou não de determinados atos, segundo o que lhe parecer mais acertado[378].

A **União**, os **Estados** e **Municípios**, vimos, recebem legalmente a legitimidade para propor ações coletivas.

A discussão que se pode travar em torno dessas pessoas refere-se ao âmbito de atuação, a fim de que uma não invada a esfera da outra[379]; e, ainda, se

---

firmado por ele mesmo (*A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público*, p. 46).

[378] Sobre o tema, importante o ensinamento de **Nelson Nery Jr**. que, ao se manifestar sobre a indisponibilidade da ação civil pública, entende que o Ministério Público não está obrigado a recorrer, podendo renunciar a esse direito e até mesmo desistir do recurso. "O que é vedado ao *Parquet* fazer é renunciar ao direito material discutido em juízo, mas não a faculdades processuais que nada têm a ver com o direito material controvertido" (*Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 631). **Hugo Nigro Mazzilli**, que assume uma posição mais restrita, entende que somente em situações excepcionais o *Parquet* pode renunciar do recurso ou dele desistir (*Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 655).

[379] **Gregório Assagra de Almeida** entende que o âmbito de atuação desses entes públicos estará circunscrito à verificação do interesse social do respectivo espaço territorial onde se constituem (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 517). **Nelson** e **Rosa Nery**, numa interpretação ampliativa, pensam ser perfeitamente possível que um Estado Federado proponha ação coletiva em outro ou, ainda, que um Município aja fora do âmbito do seu território, etc. (*Código de processo civil comentado*, p. 1137 e 1396). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que os entes públicos só terão legitimidade quando houver algum vínculo com as pessoas tuteladas e exemplifica: "(...), se estas pertencem exclusivamente ao Estado de São Paulo, logicamente o Estado do Rio de Janeiro (...) carecerá de legitimidade" (*Ação civil pública*, p. 257). **Álvaro Luiz Valery Mirra** não vê impedimento para que as entidades da administração direta atuem fora da sua área territorial (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 201). **Hugo Nigro Mazzilli** diz que a "União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão ter interesse concreto na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva. Assim, por exemplo, não teria um Município interesse em defender um bem dominial da União, nem o contrário" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 275). **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho** diz que "(...), o interesse geral, legitmador da atuação da União, não precisa afetar 'a Nação como um todo', mas basta que a matéria ultrapasse o âmbito de interesse de algum dos Estados da Federação. Bem assim, a legitimação de qualquer Estado estará caracterizada não apenas quando a matéria extrapolar o interesse de algum de seus Municípios, como em qualquer hipótese pertinente às suas competências. A legitimidade dos Municípios, por fim, estará configurada, parafraseando a própria Constituição, quando o assunto envolver o bem-estar de seus consumidores (cf. art. 182 da CF)" (*Comentários ao código de defesa do consumidor – direito processual*, p. 77). **Kazuo Watanabe** entende que "se nenhum nexo mantêm, porque os consumidores pertencem a outro Município ou a Estado diverso, evidentemente a legitimação *ad causam* não lhes diz respeito. Todavia, se os interesses ameaçados ou

deverá haver pertinência temática[380].

Este o pensamento de **Rodolfo de Camargo Mancuso**, que opina pela ilegitimidade do Município ao pretender atuar fora do limite territorial e, ainda, além do âmbito do interesse concreto e específico do Município[381].

Já **Luiz Manoel Gomes Júnior** entende que o requisito da pertinência temática não precisa ser exigido se a demanda for ajuizada por ente de direito público interno[382].

De nossa parte, opinamos pela atuação tanto dos Municípios como dos Estados da Federação, em qualquer parte do País. No que diz respeito à pertinência temática, também não visualizamos nenhuma restrição, por se tratar de pessoa jurídica de direito público e, portanto, interessada em defender

---

lesados guardam ligação com vários Municípios, qualquer deles poderá tomar a iniciativa da demanda. O mesmo ocorre com os Estados, cuja atribuição mais significativa é relativa aos interesses regionais, estaduais e interestaduais. Em linha de princípio, a União deverá se preocupar com os interesses de âmbito nacional, mas nada obsta a que adote a iniciativa da tutela de interesses locais ou regionais, mormente na omissão dos demais co-legitimados" (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 642). **Sérgio Shimura** entende que "(...) não se evidencia interesse processual do Município de Salvador, Estado da Bahia, em ajuizar ação civil pública contra um loteamento irregular situado no território do Município de São Paulo" (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 82). **Marcelo Paulo Maggio** diz que essas pessoas jurídicas de Direito Público podem "ajuizar ação civil pública versando sobre assunto alheio à área de atuação de seu território, desde que demonstrem a existência do interesse processual respectivo". Exemplifica: "inexiste interesse processual ao Estado do Paraná para buscar a reparação de dano ambiental circunscrito territorialmente no Estado do Rio Grande do Sul e vice-versa, ..." (*Condição da ação – com ênfase ...*, p. 166).

[380] Assim se manifesta **José Marcelo Menezes Vigliar**: "Portanto, nem sempre para quaisquer ações coletivas os Municípios, o Distrito Federal, a União e os Estados-Membros estarão legitimados. Substitutos processuais que são, devem manter algum nexo mínimo com os substituídos" (*Tutela jurisdicional coletiva*, p. 147). **João Batista de Almeida** entende que os entes públicos têm legitimidade presumida, ou seja, "não se perquire, para fins de legitimação, se tal defesa está entre as funções institucionais do ente público, já que esta é a sua destinação em termos genéricos". Mas, em contrapartida, diz ser "essencial que a ofensa ao bem tutelado relacione-se direta ou indiretamente com os entes públicos (...)". Exemplifica: "Assim, o Município deverá proteger interesse difuso ligado exclusivamente à sua população, mas não o terá de forma indiscriminada para atuar em defesa dos habitantes de outro Município" (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 110).

[381] *O município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos*, p. 53.

[382] *Curso de direito processual coletivo*, p. 86.

quaisquer temas que possam ser tutelados coletivamente, ainda que a fronteira dos seus limites territoriais seja ultrapassada.

Estão também legitimados ao termo de ajustamento de conduta.

O **Distrito Federal**[383], como ente federativo e sede da capital do Brasil, também goza de legitimidade para as ações coletivas.

Por ser pessoa jurídica de direito público, deve receber o mesmo tratamento e interpretação para sua atuação em relação às demais pessoas supracitadas, inclusive quanto ao termo de ajustamento de conduta.

As **Entidades**[384] e **Órgãos da Administração Pública**, **direta ou indireta**, **ainda que sem personalidade jurídica**.

Quanto às entidades estatais, pessoas jurídicas de direito público interno, quais sejam, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, e quanto aos entes da administração pública indireta[385], como as autarquias, as fundações

[383] "O art. 32 da CF veda sua divisão em Municípios e determina que se regerá por lei orgânica, votada por sua Câmara Legislativa (...). A Chefia do Executivo do Distrito Federal é exercida pelo *Governador* que também exerce a direção geral da Administração. O Governador é auxiliado por *Secretários* e cada Secretaria tem sua estrutura escalonada hierarquicamente" (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 71-72).

[384] "Entidade é pessoa jurídica, pública ou privada; órgão é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, através de seus agentes" (**Hely Lopes Meirelles**, *Direito administrativo brasileiro*, p. 65-66).

públicas[386], as sociedades de economia mista e as empresas públicas, já há tratamento separado.

No que diz respeito aos órgãos da administração pública direta, conforme nos ensina **Hely Lopes Meirelles**:

> "*São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. (...) Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria ...*" [387].

Ainda, em relação aos órgãos sem personalidade jurídica, é bom lembrar que tal legitimação facilitou muito a atuação de determinados órgãos como, v.g., o Procon[388].

---

[385] "As autarquias são pessoas jurídicas públicas. As empresas públicas, as sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas são pessoas jurídicas privadas" (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 75).

[386] No que diz respeito às fundações públicas, **Odete Medauar** explica que em virtude da redação de alguns dispositivos da constituição, há autores que entendem ter o legislador constituinte retirado as fundações públicas do âmbito da administração indireta, no entanto, opina a autora, pela colocação das fundações públicas no rol das entidades da administração indireta, já que o Decreto-lei 200/67 assim o prevê (*Direito administrativo moderno*, p. 75).

[387] *Direito administrativo brasileiro*, p. 67-68.

Odete Medauar, ao comentar sobre a administração direta, ensina ser "o conjunto dos órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo". Assim, explica a autora, "a administração direta federal compõe-se basicamente da Presidência da República e dos Ministérios" e a "Presidência da República e os Ministérios, por sua vez, compõem-se, cada qual, de vários órgãos". A Presidência da República "é o órgão supremo da Administração direta federal. (...) Cada Ministério comporta uma estrutura, com órgãos específicos, para o desempenho das atribuições atinentes à matéria de sua competência. Além desses órgãos específicos, os Ministérios têm um conjunto de órgãos comuns: Secretaria Executiva, exceto no Ministério da defesa e do Ministério das Relações Exteriores; Gabinete do Ministro; Consultoria Jurídica, exceto no Ministério da Fazenda, onde tais funções são exercidas pela Procuradoria-Geral

Embora não tenham personalidade jurídica, devem ter, de acordo com alguns, personalidade judiciária[389] e estar sua atuação inserida entre suas finalidades institucionais. Logo, deve haver nexo entre o que se pede na ação coletiva e os interesses da entidade que a propõe.

A Lei faz a seguinte ressalva para essas entidades e órgãos: "especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código"(art. 82, III, CDC).

---

da Fazenda Nacional. (...) No âmbito dos Estados-membros da Federação brasileira, a estrutura básica da Administração direta observa o mesmo esquema da Administração Federal: o chefe do Executivo encabeça a Administração e tem como auxiliares os Secretários de Estado. (...) O Gabinete do governador é integrado por órgãos de assessoramento direto, tais como Assessoria ou consultoria Jurídica, Assessoria Parlamentar, Assessoria de Imprensa, Casa Civil ou Secretaria de Governo etc. (...) Cada Secretaria, por sua vez, é dotada de conjunto de órgãos, destinados a realizar, cada qual no seu âmbito, as atribuições da Secretaria como um todo; por exemplo: Gabinete do Secretário, Assessorias, Departamentos, Coordenadorias, Divisões, Seções, Setores, e assim por diante. (...) O Poder Executivo do Município é exercido pelo *Prefeito* que também exerce a direção geral da Administração. (...) o Prefeito conta com auxiliares que, por sua vez, encabeçam órgãos. (...) Em Municípios de grande porte, como o de São Paulo, o Prefeito tem como auxiliares os Secretários Municipais; cada Secretaria, por sua vez, compõe-se de vários órgãos, escalonados hierarquicamente; por exemplo: departamentos, divisões, coordenadorias, seções, setores. Nos Municípios de pequeno porte, em geral inexistem Secretários ou Secretarias Municipais, mas, tão-somente, assessoria, serviços, setores, por exemplo" (*Direito administrativo moderno*, p. 67-71, 9ª edição, 2005).

[388] **Sérgio Shimura** diz que o Procon tem personalidade jurídica de direito público e se vincula à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 41 – nota 14).

Na verdade o Procon possui natureza jurídica variável, de acordo com o Estado. O Estado de São Paulo, *ex vi*, atribui personalidade jurídica ao órgão.

[389] Nesse sentido, **Nelson** e **Rosa Nery** (*CPC comentado*, p. 1137 e 1396) e **Gregório Assagra de Almeida** (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 518).

Luiz Manoel Gomes Júnior enfoca a diferença entre a personalidade jurídica e a judiciária: "A personalidade jurídica traduz-se em ficção legal, de modo a dotar determinada coletividade de pessoas, em regra, da possibilidade de atuar e praticar atos jurídicos, recebendo tratamento diferenciado da de seus membros individualmente considerados. Já a personalidade judiciária permite a determinado ente, que não possui personalidade jurídica (espólio, herança jacente, órgãos legislativos, sociedade de fato, condomínios) postular em juízo para a defesa de seus interesses ou prerrogativas" (*Curso de direito processual coletivo*, p. 71) .

Nelson Nery Jr. simplifica e diz que a personalidade judiciária se traduz na capacidade de estar em juízo (*O processo civil no código de defesa do consumidor*, p. 29).

Assim, que deverá haver nexo, não temos dúvida, mas será que poderão os entes despersonalizados defender outros bens que não aqueles vinculados a uma relação de consumo?

Não vemos impedimento[390]. No entanto, sugerimos que somente defendam os bens relativos a seu objetivo institucional. Assim, v.g., não nos parece o Procon um órgão adequado para defender o meio ambiente.

Tendo tocado no tema *adequação*, apesar de estarmos discutindo as condições para a atuação dos entes despersonalizados, consideramos que, uma vez não preenchidas, estaremos em falta com a condição do interesse processual e não da legitimidade. A legislação diz que os entes despersonalizados têm legitimidade, logo, basta que se enquadrem nesse perfil para tê-la. Esse ente despersonalizado, entretanto, pode não ter sido criado com a finalidade de defesa dos direitos coletivos ou de determinados temas na esfera coletiva. Nesses casos, apesar de legítimo, não demonstrou a necessidade da via coletiva, por não possuir tal finalidade.

Outra questão em torno deles refere-se à necessidade de autorização da autoridade administrativa para que possam agir, vista a hierarquia existente entre eles.

Pensamos que não, já que a lei lhes atribuiu essa legitimidade e não estabeleceu essa condição, mas há posicionamento contrário[391].

[390] **Hugo Nigro Mazzilli** também entende que esses órgãos podem ajuizar ações coletivas em outras matérias que não só na defesa dos consumidores (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 269). Também, nesse sentido, **Nelson** e **Rosa Nery**, que defendem a legitimidade para a tutela de qualquer um dos direitos objeto de proteção pela LACP (*CPC comentado*, p. 1137).

São legitimadas para o ajustamento de conduta?

A legislação diz que todos os órgãos públicos são legitimados, logo, mesmo sem personalidade jurídica, não deixam de ser órgãos públicos, daí poderem firmar o compromisso.

As **Autarquias** são consideradas entes da administração indireta, podendo ser de esfera federal, estadual e municipal[392].

Discute-se também em torno das autarquias, se podem atuar fora de seu âmbito de participação ou propor ações coletivas distantes de seus objetivos institucionais[393].

---

[391] É o que defende **Hugo Nigro Mazzilli** (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 269).

[392] "Entidades autárquicas – São pessoas jurídicas de direito público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou" (**Hely Lopes Meirelles**, *Direito administrativo brasileiro*, p. 66).

"... possui personalidade jurídica própria, que não se confunde com a personalidade jurídica da entidade maior a que se vinculam – União ou Estado-membro e Município" (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 75).

[393] **Álvaro Luiz Valery Mirra** entende que para as autarquias se exige apenas a vinculação temática à defesa de bens e valores difusos (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 201). **Gregório Assagra de Almeida** entende que a atuação da autarquia está limitada nos seus objetivos institucionais (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 517). **Pedro da Silva Dinamarco**, do mesmo modo, diz que a autarquia deve respeitar a pertinência temática (*Ação civil pública*, p. 260). **Hugo Nigro Mazzilli** também defende, em relação às autarquias, bem como aos demais entes públicos, o vínculo com a finalidade institucional (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 273). **Nelson Nery Júnior** diz que as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, "para que sejam considerados órgãos públicos legitimados ao ajuizamento da ação coletiva, têm de demonstrar a *pertinência temática ou subjetiva*" (*Ação civil pública ...*, p. 622, In MILARÉ, Édis (coord.). Ação civil pública - Lei 7.347/1985: 15 anos). **Ricardo de Barros Leonel** exemplifica: "(...), não é possível que determinada autarquia da área do ensino público proponha demanda relacionada ao consumo, mas sim a questões ligadas ao próprio ensino. Não é viável que certa fundação pública ligada a pesquisas na área de saúde e medicamentos demande com relação a interesses do meio ambiente. Do mesmo modo, entidade despersonalizada de defesa do consumidor não poderia, a princípio, propor demanda em defesa do patrimônio histórico" (*Manual do processo coletivo*, p. 167). **Sérgio Shimura** entende ser exigível tal vinculação em relação às autarquias (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 82-83). **Marcelo Paulo Maggio**, não só com relação às autarquias bem como às empresas publicas, às sociedades de economia mista e às fundações, visualiza a necessidade de afinidade ou pertinência com o bem que procuram defender (*Condições da ação – com ênfase ...*, p. 167-168).

Não há que admitir atuação das autarquias além daquelas ações que guardem pertinência temática com os objetivos de suas existências.

As autarquias, em nosso entender, também são legítimas para tomar o termo de ajustamento de conduta, pela natureza que possuem, mas esse entendimento pode ser foco de controvérsias[394].

As **Empresas Públicas**[395], também conhecidas como 'estatais', são pessoas jurídicas de Direito Privado, que integram a administração indireta. De um lado, podem ser consideradas entidades empresariais que exploram atividades econômicas; de outro, empresas públicas prestadoras de serviços públicos[396].

Importa ressaltar também que as empresas públicas, quando exploradoras de atividades econômicas, devem sujeitar-se às regras fixadas para o setor

---

[394] **Hugo Nigro Mazzilli** entende que as autarquias fazem parte de uma categoria que enseja controvérsias quanto à legitimidade para o compromisso de ajustamento, mas depois conclui ser admissível que "as autarquias e fundações públicas, entes estatais dotados de autonomia e voltados para a prática de serviços de interesse predominantemente coletivo, com nítido fim social, possam por isso celebrar compromissos de ajustamento" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 357).

[395] "Formam-se, em princípio, com capital exclusivo de entidade política a que se vinculam, ou seja, capital exclusivo da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município. A questão da possibilidade de empresa pública estadual e municipal é controvertida na doutrina. Alguns autores aceitam que, em tais níveis, só poderá ser viável empresa prestadora de serviços públicos, sobretudo porque a participação direta no domínio econômico seria exclusiva no nível federal. Predomina, no entanto, a corrente que admite empresa pública estadual e municipal também para exploração de atividade econômica" (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 99).

[396] "..., com a finalidade de prestar serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo. Sua autorização deve ser autorizada por lei específica, cabendo ao Poder Executivo as providências complementares para sua instituição" (**Hely Lopes Meirelles**, *Direito administrativo brasileiro*, p. 66). "As estatais prestadoras de serviços públicos têm sua criação fundamentada na faculdade, conferida ao poder público, de decidir sobre o modo de realização de tais atividades. A Constituição Federal determina, no art. 173, § 1º, II, que as estatais exploradoras de atividades econômicas sujeitem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. No entanto, a presença do poder público acarreta a incidência de normas de direito público, em especial daquelas que impõem sujeições" (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 98).

privado, embora sofram também interferências de outras normas às quais se sujeita o órgão público. No que se refere às empresas públicas prestadoras de serviços públicos, mesmo com personalidade jurídica de direito privado, devem observar os direitos e deveres da administração pública.

A exigência, no que diga respeito à pertinência temática, deve ser respeitada da mesma forma que para as Autarquias.

São legitimadas para o ajustamento de conduta? Entendemos que sim, por fazerem parte da administração pública indireta[397].

As **Fundações** são pessoas jurídicas que tanto podem ter natureza privada como pública[398]: *fundação pública* é "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado[399], sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia

[397] **Hugo Nigro Mazzilli** adota posição intermediária. Para ele, vai depender do tipo de atividade que a empresa pública explora: se forem exploradoras do serviço público, podem tomar o compromisso de ajustamento; mas, se forem exploradoras de atividades econômicas, não seriam legitimadas para o termo (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 358).

[398] Ensina **Odete Medauar**, ao falar dos pontos polêmicos, que "as locuções 'fundações de direito público' e fundações de direito privado' aparecem com freqüência. Na verdade, as fundações criadas pelo poder público ou são qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado (a maioria) ou como pessoas jurídicas de direito público. O ordenamento tanto pode atribuir a personalidade jurídica privada como a personalidade jurídica pública. Mesmo dotada da natureza de pessoa jurídica privada, se for criada pelo poder público e integrar a Administração indireta, norteia-se por grande carga de normas do direito público. Por isso, o uso daquelas locuções gera confusão e não corresponde à realidade. Na expressão *fundação pública* (...) o vocábulo 'pública' identifica a entidade como fundação integrante da Administração Pública (indireta); ou como fundação 'estatal', em contraponto a fundação oriunda de recursos privados, mantida e administrada por particulares" (*Direito administrativo moderno*, p. 89-90). Não concorda com isso, no entanto, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, que diz ser "absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público (...) e que, em rigor, as *chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias* ..." (*Curso de direito administrativo*, p. 168-170, 19ª edição, 2005).

[399] "..., embora possa haver fundação pública criada como pessoa jurídica de direito público, como ocorre com a Fundação Memorial da América Latina, do Estado de São Paulo (...) e com a Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo, ..." (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 92).

administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes"[400]. Sua instituição precisa ser autorizada por lei específica (art. 37, XIX, CF) e inscrita no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, quando adquirirão personalidade jurídica; *fundação privada* - pessoa jurídica de direito privado[401]- é aquela oriunda de recursos privados, mantida e administrada por particulares, com ato constitutivo registrado também no respectivo Cartório.

A nós parece que essa natureza bipartida não retira de umas ou outras a legitimidade para as ações coletivas[402].

Aqui, mais uma vez, surge o questionamento sobre ser necessária a relação entre finalidade institucional e objeto da ação coletiva proposta[403], o que, a nosso ver, manifestamente é necessário.

No que diz respeito ao termo de ajustamento de conduta, entendemos que apenas as fundações públicas (integrantes da administração pública indireta) são legitimadas.

---

[400] Art. 5º, inc. IV, Dec-lei 200/67.

[401] Art. 44 do Código Civil.

[402] **Pedro da Silva Dinamarco** entende que apenas as fundações públicas têm legitimidade para as ações coletivas (*Ação civil pública*, p. 260, nota 282). No mesmo sentido, **José dos Santos Carvalho Filho** (*Ação civil pública: comentários por artigo*, p. 133). **Nelson** e **Rosa Nery** não enxergam problema na atuação também das fundações privadas (*Código de processo civil comentado*, p. 1137). Nesse sentido, **Álvaro Luiz Valery Mirra** (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 202) e **Hugo Nigro Mazzilli** (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 284).

[403] **Édis Milaré** entende que as fundações devem incluir entre suas finalidades a defesa do bem que pretendem proteger, a fim de ostentarem legitimidade. Posteriormente, no entanto, o autor fala em *interesse* em lugar de *legitimidade*: "(...), a defesa do meio ambiente em Ariquemes, no Estado de Rondônia, não diz respeito ao Município de Bonito, do Mato Grosso do Sul, por ausência de interesse" (*A ação civil pública por dano ao ambiente*, p. 217-218). **Nelson** e **Rosa Nery**, nesse sentido, dizem: "Basta que tenham entre suas finalidades institucionais a defesa de um dos direitos protegidos pela LACP" (*CPC comentado*, p. 1137). **Sérgio Shimura** diz ser a finalidade institucional exigível das fundações (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 82-83).

As **Sociedades de Economia Mista**[404] são pessoas jurídicas de direito privado com natureza mercantil, especificamente na forma de sociedade anônima[405], mas com o capital integralizado em parte[406] pelo Estado.

Assim, por essa natureza mista, se, de um lado, podem ser enquadradas como órgãos da administração indireta[407], por outro, mesmo tendo o capital integralizado pelo Estado, quando agem como empresas de mercado e exploram a atividade econômica, como se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas[408], pensamos que não estariam legitimadas para o termo de ajustamento de conduta. A contrário senso, se não explorarem atividades econômicas[409], e sim serviços públicos, poderão firmar o compromisso de ajustamento.

A pertinência temática deverá estar presente.

---

[404] "A instituição mediante autorização de lei configura elemento fundamental à identificação da entidade como sociedade de economia mista" (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 103).

[405] Art. 173 CF e arts. 235 a 242 da Lei 6.404/76.

[406] "A maioria das ações com direito a voto deve pertencer ao respectivo ente matriz: União, nas sociedades de economia mista federais; Estado, nas estaduais; Município, nas municipais. Ou deve pertencer a entidade da administração indireta" (**Odete Medauar**, *Direito administrativo moderno*, p. 104).

[407] **Nelson** e **Rosa Nery** (*CPC comentado*, p. 1137)

[408] Mas não se pode negar que, mesmo assim, se sujeitam a algumas normas próprias de órgãos públicos, como o controle pelo Tribunal de Contas, por exemplo.

[409] "..., embora a atividade econômica empresarial seja normalmente o objeto das entidades paraestatais, podem elas também ter, excepcionalmente, por objeto 'uma atividade não econômica de interesse coletivo ou, mesmo, um serviço público ou de utilidade pública delegado pelo Estado', hipóteses em que as mesmas razões que justificam a legitimação ativa *ad causam* das pessoas jurídicas de direito público fundamentam a legitimação das empresas públicas e sociedades de economia mista" (**Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, p. 80).

Não tem sido muito comum a utilização das ações coletivas por tais pessoas. Encontramos, de qualquer forma, uma ação coletiva proposta por uma sociedade de economia mista requerendo suspender a decisão que determinou a paralisação de obras do metrô, alegando que tal ato caracteriza a potencialidade de grave lesão à ordem e economia públicas, uma vez que todo o maquinário, os recursos financeiros, bem como as pessoas qualificadas para o trabalho já estavam preparados para a execução do empreendimento[410].

As **Associações**[411] também receberam a legitimidade para as ações coletivas. Associações são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (CC, art. 53), mas com um fim ou fins determinados[412].

A exigência, no que diz respeito às associações, é que estejam constituídas há pelo menos um ano (art. 5º, V, a, LACP) e incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código de defesa do consumidor, dispensando, todavia, a autorização assemblear (art. 82, IV, CDC) e, ainda, incluam entre suas finalidades a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, turístico e paisagístico (Art. 5º, V, b, LACP).

Assim, restam as perguntas:

---

[410] Ag. Regimental n. 637816-PI, Corte Especial STJ, j. 29/06/2005, rel. Min. Edson Vidigal, DJU 19/09/2005, p. 170.

[411] Vide art. 5º, incisos VII, XVIII, XIX, XX e XXI, da CF.

[412] Costuma-se dizer que as associações pertencem ao terceiro setor, ao lado das organizações não-governamentais, cooperativas e fundações (**Hugo Nigro Mazzilli**, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 277). "A alusão às 'associações', contida no inc. IV do art. 82 do 'Código', é abrangente de sindicatos,

- As associações poderão atuar em outras ações coletivas ou somente naquelas que envolvam relações de consumo, meio ambiente, ordem econômica, etc., conforme citado acima? E quanto às ações coletivas propostas por associações em defesa de outros interesses coletivos?

- Deverão necessariamente estar constituídas há um ano?

- Deverão prever entre os seus fins a defesa daqueles interesses que estão pretendendo proteger?

- A dispensa da autorização assemblear concerne a todos os interesses ou somente aos que se refiram ao CDC?

- Poderão defender os interesses de pessoas que não são associadas?

- E, finalmente, todos esses questionamentos farão parte da discussão da legitimidade das partes ou do interesse processual?

Primeiramente, é importante observar que a associação sempre terá legitimidade para propor qualquer ação coletiva, envolvendo todos os tipos de interesses coletivos, legitimidade esta atribuída pela lei e não pelo juiz. Apenas as condições para a atuação da associação é que poderão ser verificadas pelo juiz.

---

cooperativas e todas as demais formas de associativismo (art. 174, § 2º, CF), ..." (**Kazuo Watanabe**, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 643).

O próprio legislador atribuiu poderes ao juiz para que este, se detectar manifesto interesse social[413], evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico protegido, dispense[414] o requisito de estar a associação constituída há pelo menos um ano.

Este o sentido da decisão proferida pelo STJ[415], *in verbis*:

> *Já assentou a Corte, em diversas oportunidades, que pode o Magistrado, diante do relevante interesse social, como é o caso, dispensar a exigência da constituição da associação autora há mais de um ano.*

---

[413] **Pedro da Silva Dinamarco** compreende que "esse *interesse social* não diz respeito à demanda em si, pois ele sempre estará presente, em tese, na demanda coletiva. Se o interesse estivesse na demanda em si, essa exigência legal tornar-se-ia inóqua, portanto, violando regra básica de hermenêutica segundo a qual a lei não pode ser interpretada de forma a tornar inúteis certas palavras. O interesse social a que se refere a lei é, portanto, *na dispensa do prazo de um ano.* Assim, apenas na hipótese de a espera pelo decurso do prazo ânuo poder trazer algum dano irreversível ao bem tutelado na demanda coletiva é que o juiz poderá dispensá-lo. Afinal, em hipóteses nas quais aquela situação fática reclamada já perdura há muitos anos, qual o interesse social em dispensar o prazo legal?" (*Ação civil pública*, p. 243).

[414] Dispensa esta que, em nosso entender, só não poderá ocorrer no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, visto o que dispõe o art. 5º, inciso LXX, b, da Constituição Federal. **Nelson Nery** ensina que "a dispensa da pré-constituição da associação (...) só poderá ocorrer se o magistrado verificar que existe manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. O interesse, pois, deve transcender o mero individual para alcançar o social, aferível pelo juiz segundo o caso concreto. A lei dá os parâmetros para o juiz fazer essa avaliação da existência do interesse social, de modo que deverão ser levados em conta, necessariamente, a dimensão ou característica do dano, bem como a relevância do bem jurídico a ser protegido pela ação judicial" (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 795). **Marcelo Paulo Maggio** opina pela obrigatoriedade do magistrado em dispensar o prazo, caso haja ´manifesto interesse social envidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido´ (*Condições da ação – com ênfase ...*, p. 171).

[415] REsp n. 399859-ES, 3ª T. STJ, j. 02/12/2003, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 15/03/2004, p. 264. Nesse sentido: Ag. Inst. n. 386.142-4/9 – São Paulo, 2ª Câm. de Direito Privado, TJSP, j. 20/09/2005, v.u., rel. Des. José Roberto Bedran, Juis nº 44.

O Tribunal de Justiça do Paraná parece ser mais rigoroso sobre essa dispensa. Encontramos alguns julgados opinando pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade das associações, por não estarem constituídas há pelo menos um ano: Ap. Cív. n. 5585–Matelandia, vara única, 5ª Câmara cível, rel. Des. Fleury Fernandes, publicação 04/09/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 17823–Matelandia, vara única, 2ª Câmara cível, rel. Des. Ângelo Zattar, publicação 21/08/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 17494 – Com. Mandaguari, vara única, 3ª Câmara cível, rel. Des. Nerio Spessato Ferreira, publicação 07/08/2000, Juis nº 44.

O mesmo já não se pode dizer quanto ao requisito da pertinência temática, que deverá sempre estar presente. Resta buscar o alcance de referida condição[416]. **Nelson Nery Júnior**, por exemplo, entende que não há impedimento para que as associações indiquem mais de uma área de atuação, o que o autor classifica como *finalidades institucionais primárias e secundárias*[417].

Os juízes também não abrem mão do requisito da pertinência temática. Vejamos alguns julgados nesse sentido, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Indeferimento da inicial – Entidade de classes – Critério de investigação criminal e extinção de órgão*

[416] **Édis Milaré** dispõe que "não há necessidade de previsão estatutária explícita para que a associação se legitime à defesa do meio ambiente. Basta que, entre os valores pelos quais pugna, possa aquela particularidade ser inferida" (*A ação civil pública por dano ao ambiente*, p. 216). **Ricardo de Barros Leonel**, ao interpretar a lei, entende, por exemplo, que uma associação criada em defesa do meio ambiente não pode demandar para defender questões que envolvam relações de consumo (*Manual do processo coletivo*, p. 167). **Kazuo Watanabe**, acompanhando o autor, entende que a autorização da associação está ínsita na própria razão de ser da instituição, ou seja, a autorização para agirem é permanente, desde que esse seja o seu fim institucional (*Código brasileiro...*, p. 513). **Rodolfo de Camargo Mancuso** interpreta a restrição não em relação ao tema em si, mas se a associação foi constituída para defender interesses coletivos ou não: "A legitimação atribuída às entidades associativas deve ser entendida como limitada aos fins próprios dessas entidades (...) e não, v.g., a questões individuais, patrimoniais ou não, de um ou alguns de seus entes, não qualificados como interesses metaindividuais (*Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: ...*, p. 197). **Hugo Nigro Mazzilli** defende que as associações incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses coletivos na legislação processual coletiva (LACP + CDC), mas que essa finalidade pode ser 'razoavelmente genérica' (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 272). **Marcelo Paulo Maggio** diz que a finalidade associativa deve indicar a tutela dos interesses coletivos para demonstrar a pertinência temática (*Condições da ação - ...*, p. 171). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que "tal finalidade deve ser entendida necessariamente como a proteção específica daquele bem que é objeto da ação civil pública ajuizada pela associação, ou com ela compatível e não simultaneamente de todos aqueles interesses citados na lei". Exemplifica e conclui o autor: "a associação de defesa do patrimônio artístico não poderá defender o consumidor, e vice-versa" (*Ação civil pública*, p. 244 e nota 231 da mesma página).

Há julgados flexíveis no tema: "Processual civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associação de bairro. A ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam ao bem-estar coletivo, incluída evidentemente nessa cláusula a qualidade de vida, só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 31150-SP, STJ, j. 20/05/96, DJU 10/06/96).

[417] O autor explica que "... a associação e o sindicato podem defender o direito básico na área de sua atuação primária, mas terão de demonstrar a pertinência temática em outras áreas" (*Ação civil pública no processo do trabalho*, p. 618).

policial – Carência – A entidade de classe que propôs a ação civil pública com o objetivo de que se determine alteração de critério de investigação criminal e extinção de órgão policial, que não conte com previsão em tal sentido no estatuto social, não se mostra legitimada para tal pleito, além de não demonstrar interesse em obrigar a Administração a obedecer determinados princípios que entenda não atendidos – Indeferimento mantido[418].

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Meio ambiente – I – Associação que comprovou ter entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente. Legitimidade ativa reconhecida[419].

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Propositura por associações civis que pretendem impedir a instalação de presídio na cidade de Paraguaçu Paulista, por violação ao meio ambiente – Indeferimento da inicial por ilegalidade de parte – Acerto – Necessidade de cumprimento da regra do artigo 5º, da Lei n. 7.347/85, com prova de que as três entidades autoras têm por finalidade a proteção ao meio ambiente – (...)[420].

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESPONSABILIDADE POR DANOS AO MEIO AMBIENTE, CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER - AUSÊNCIA DE CÓPIA AUTENTICADA DOS ESTATUTOS DA ASSOCIAÇÃO AUTORA – INVIABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DE SUA EXISTÊNCIA HÁ PELO MENOS UM ANO E SUA FINALIDADE DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO (...) – (...)[421].

---

[418] Ap. Cív. n. 303.949-5/8 – São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 28.06.2005, v.u., rel. Des. Danilo Panizza, Juis nº 44.

[419] Ag.Inst. n. 337.099-5/1 – Pirassununga, 7ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 27/06/2005, v.u., rel. Des. Moacir Peres, Juis nº 44.

[420] Ap. Cív. n. 253.734-5/9 – Paraguaçu Paulista, 2ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 17/08/2004, v.u., rel. Des. Mariano Siqueira, Juis nº 44.

[421] Ap. Cív., acórdão n. 17494, 3ª Câmara Cível TJPR, publicação 07/08/2000, Juis nº 44.

Como dissemos, não discordamos da necessidade do preenchimento do requisito da pertinência temática, não compreendemos, apenas, a falta dele como ausência de legitimidade, mas de interesse processual.

Quanto à dispensa da autorização assemblear[422], parece estar vindo ao encontro da legitimidade legal, ou seja, restaria desconfigurada a natureza dessa legitimidade caso fosse feita a exigência acima, uma vez que se atingiria a própria natureza e razão de ser das ações coletivas. Por isso, entendemos que a dispensa aplica-se a toda e qualquer ação coletiva que busque a tutela de qualquer interesse coletivo[423].

Ademais, referida dispensa, a nosso ver, respeita a todos os interesses coletivos e não somente aos que envolvam as relações de consumo. Não podemos esquecer que as associações já são 'vigiadas' pelo próprio legislador, que previu sua responsabilidade diante da litigância de má-fé.

---

[422] "Mandado de segurança coletivo. Associação civil.
A CF, 5º, LXX, b, ao atribuir às associações o poder de impetrar MS coletivo em defesa de interesses dos seus membros, criou caso de legitimação extraordinária que se enquadra no instituto da substituição processual, porquanto age (a associação) em nome próprio por direito de terceiros, estando legitimada a postular em juízo o direito de que não é titular, por determinação da Carta Política. A entidade associativa que impetra segurança coletiva não se coloca, no processo, como mandatária dos respectivos associados, *razão porque se torna desnecessária a prévia autorização de seus membros*" (grifamos) (RT 729/134).

[423] Esses também os pensamentos de **Nelson Nery Jr.** (Ação *civil pública* ..., p. 621, In MILARÉ, Edis - coord.- Ação civil pública – Lei 7.347/1985:15 anos), **Ricardo de Barros Leonel** (*Manual do processo coletivo*, p. 168, nota 47), **João Batista de Almeida** (*Aspectos controvertidos* ..., p. 111), **Álvaro Luiz Valery Mirra** (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 195) e **Sérgio Shimura** (*O papel da associação na ação civil pública*, p. 158). Em sentido contrário, **Pedro da Silva Dinamarco** diz que deve, necessariamente, ocorrer ou a autorização estatutária ou a da assembléia, visto previsão constitucional (art. 5º, XXI); na seqüência, no entanto, o autor parece concluir de forma diversa, quando diz que o requisito da pertinência temática corresponde à autorização assemblear e por isso ser constitucional a dispensa da autorização assemblear (*Ação civil pública*, p. 245). **Hugo Nigro Mazzilli** parece assumir uma posição intermediária, ao dizer que "para ajuizar a ação civil pública ou coletiva, a associação ou corporação deverão estar expressamente autorizadas, seja pelos estatutos, o que dispensa autorização em assembléia, seja por deliberação da assembléia, nos demais casos" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 276).

Assim, não vemos tampouco nenhum impedimento para que as associações defendam interesses de não-associados. O importante é que o bem protegido conste em seus estatutos como integrante de suas finalidades institucionais, condição que muitas vezes levará à defesa de bens que ultrapassam a esfera exclusiva dos associados[424].

É o que está no julgado, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSÓRCIO. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO DA DEFESA DE NÃO-ASSOCIADO – A associação civil União Nacional dos Consumidores Consorciados – UNACON tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de consumidores, sejam ou não seus associados, para reconhecimento de nulidade de cláusula em contrato de adesão a consórcio que prevê devolução das quantias recebidas sem correção monetária e juros. Precedentes citados: REsp 132.724-RS, DJ 19/2/2001; REsp 157.713-RS, DJ 21/8/200, e REsp 235.442-SP, DJ 14/02/2000*[425].

No entanto, não podemos deixar de mencionar algumas alterações feitas por medida provisória (2.180-35/01)[426] à lei nº 9.494/97 que envolvem as associações nesse aspecto que estamos discutindo. Numa das alterações, determinou-se que a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo

---

[424] Assim se manifesta **Luiz Manoel Gomes Junior**: "..., nada impede que determinada entidade possa, validamente, defender interesses de outras pessoas que não seus associados, o que deve ser delineado nos seus estatutos" (*Curso de direito processual coletivo*, p. 177). Também tem esse pensamento **Hugo Nigro Mazzilli**: "quando uma associação civil se ponha a litigar em defesa de interesses difusos ou coletivos, tem-se reconhecido facilmente possa buscar um proveito que favoreça todo o grupo lesado, ainda que acabem sendo beneficiadas pessoas que dela não sejam associadas" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 279). Diferente, no entanto, o pensamento de **Inácio de Carvalho Neto**, para quem as associações devem sempre defender os interesses de seus associados (*Manual de processo coletivo*, p. 197).

[425] REsp n. 302.192–RJ, j. 14/4/2001, rel. Min. Ruy Rosado.

[426] Referida medida provisória encontra-se em vigor ainda, já que o Poder Legislativo não a apreciou. De acordo com a Emenda Constitucional n. 32, de 12 de setembro de 2001, as medidas provisórias editadas em data anterior a dessa emenda continuarão em vigor até que outra medida provisória as revogue ou até que ocorra deliberação definitiva do Congresso Nacional.

proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos com domicílio, na data da propositura da ação, no âmbito da competência territorial do órgão prolator (art. 2º - A). Na outra, que "nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o DF, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços" (art. 2º - A, parágrafo único)[427].

Longe de pretender discutir a constitucionalidade[428] das medidas provisórias ou a maneira como são editadas e reeditadas, referida medida provisória, entendemos, simplesmente não se coaduna com a legislação processual coletiva e, portanto, deve ser desconsiderada pelos juízes e

[427] Parece apropriado citar a Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, que pretende a seguinte inclusão: "nas ações civil públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal ou Territórios, cabe ao STJ, ressalvada a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, definir a competência do foro e a extensão territorial da decisão".

[428] **Ricardo de Barros Leonel** entende que a medida viola o princípio da igualdade, demonstra incompreensão dos mecanismos do processo coletivo, desconhece a técnica e a economia processual e indica retrocesso, já que se equipara a um litisconsórcio facultativo unitário, tornando inútil a tutela coletiva (*Manual do processo coletivo*, p. 176 e 177). **Gregório Assagra de Almeida** diz que referida medida provisória contém diversos vícios e flagrante inconstitucionalidade, uma vez que fere o princípio da igualdade e inviabiliza o acesso à justiça, bem como mitiga o princípio constitucional do direito de ação e viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 519, nota 930, e página 593). **Ada Pellegrini Grinover**, ao escrever sobre o autoritarismo sobre a ação civil pública, diz que o legislador foi infeliz por contrariar a própria razão de ser das ações coletivas e por agredir a competência nas ações coletivas, bem como ferir o princípio da igualdade processual (*Ação civil pública refém do autoritarismo*, p. 32-35). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que a medida provisória é absurda e irrazoável (*Ação civil pública*, p. 246, nota 236). **Pedro Lenza** diz que essas alterações são inócuas e inconstitucionais (*Teoria geral da Ação civil pública*, p. 193). **Hugo Nigro Mazzilli** vê inconstitucionalidade na proibição e denegação do acesso coletivo à justiça (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 274). **Sérgio Shimura** diz que a medida contraria a Constituição ao impor limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, ofendendo o direito de representação coletiva, assegurado no art. 5º, XXI, CF (*O papel da associação na ação civil pública*, p. 168). **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**

tribunais[429].

Com efeito, embora alguns tribunais a estejam desprezando, há outros que a aplicam. Vejamos, *in verbis*:

> *MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. (...).*
> *Não-Aplicação, ao mandado de segurança coletivo, da exigência inscrita no art. 2º-A da Lei 9.494/97, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e da indicação dos seus respectivos endereços. Requisito que não se aplica à hipótese do inciso LXX do art. 5º da Constituição*[430].
>
> *PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMAÇÃO ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS. NATUREZA E LIMITES.*
> *1. Demanda visando ao reconhecimento do 'direito dos servidores da ativa a não sofrerem descontos de contribuição social sobre o décimo-terceiro salário' diz respeito a direitos individuais homogêneos e não a direitos coletivos.*
> *2. 'Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços' (art. 2º - A, parágrafo único, da Lei 9.494/97, com redação dada pela MP 2.180-35, de 24.08.2001).*

---

diz ser inegável a inconstitucionalidade do dispositivo (*Comentários ao código de defesa do consumidor*, p. 85-86).

[429] Não é o que todos pensam: **Luiz Manoel Gomes Júnior**, ao comentar a medida, diz que a regra "tem algum sentido quando se tratar de direitos coletivos ou individuais homogêneos, pois, sendo difuso e não havendo a possibilidade de delimitar quem será, precisamente, beneficiado pelos efeitos da decisão, perde qualquer relevância indicar o nome dos associados". Posteriormente, no entanto, o autor opina pela inconstitucionalidade da medida (*Curso de direito processual coletivo*, p. 177 e 184).

Aliás, pelo teor do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial, a medida provisória já foi julgada constitucional pelo STF (AgREsp n. 720299-RS, 5ª T. STJ, j. 14/06/2005, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 15/08/2005, p. 359).

[430] Mandado de Segurança n. 23769-BA, Pleno STF, j. 03/04/2002, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 30/04/2004, p. 033.

> *3. 'Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados' (art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, com redação introduzida pela mesma MP 2.180-35/01).*
> *4. Recuso especial a que se nega provimento*[431].

Por fim, importante ressaltar que os questionamentos acima, a nosso ver, melhor se enquadram na condição do interesse processual e não da legitimidade. Afinal, a associação é legitimada para a ação coletiva, legitimidade que lhe é expressamente atribuída pela lei. Algumas condições, entretanto, foram estabelecidas e, caso não preenchidas, conduzirão à extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual[432].

Os **Sindicatos**[433], pessoas jurídicas de direito privado que se equiparam às associações[434], receberam ainda do legislador constituinte a legitimidade para

---

[431] REsp n. 526379-MG, 1ª T. STJ, j. 04/08/2005, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 22/08/2005, p. 128.

[432] **Luiz Manoel Gomes Júnior** também posiciona a discussão da pertinência temática no interesse processual (*Curso de direito processual coletivo*, p. 86).

[433] **Kazuo Watanabe** ensina que, quando se legitimam as associações coletivas, também se está atribuindo legitimidade aos sindicatos, às cooperativas e a outras formas de associativismo (*Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 737).

Rodolfo de Camargo Mancuso diz que "o ponto fulcral da questão reside em que, através da atividade sindical, o interesse coletivo revelou-se como uma realidade autônoma, *distinta* dos interesses de cada um dos sindicalizados, bem como distinta dos interesses *pessoais* do sindicato em si como pessoa jurídica" (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 62).

[434] **Rodolfo de Camargo Mancuso**, embora não negue que os sindicatos apresentam em relação às associações um núcleo comum, por serem ambos grupos aglutinadores de interesses coletivos, evidencia as distinções entre eles: "Todavia, apresentam particularidades que as colocam num plano apartado. Por outro lado, a vinculação dos interesses coletivos às associações não tem o caráter *institucional*, por vezes *obrigatório* (CF, art. 8º, VI), como sucede nos casos dos sindicatos. Em segundo lugar, nos sindicatos, o *exercício* dos direitos de cada aderente é *transferido* ao grupo, restando aos aderentes a fruição das vantagens obtidas com a ação sindical; ao passo que, nas associações, dá-se o inverso: o exercício remanesce individual, mas a fruição se dá no 'coletivo', isto é, na associação" (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 65).

defender os direitos e interesses individuais e coletivos[435] da categoria, judicial e administrativamente.

Ademais, por se equipararem às associações, receberam do legislador infraconstitucional a legitimidade para propor ações coletivas.

Entendemos assim que as mesmas condições estabelecidas para as associações estendem-se para os sindicatos, salvo a exigência da pré-constituição há pelo menos um ano [436].

Discute-se a posição dos sindicatos como substitutos processuais, já que um Enunciado do TST[437] interpreta a Constituição Federal restritivamente ao entender que ela não assegura a substituição processual[438] pelo sindicato[439].

---

[435] Por causa da redação do artigo 8º, III, da CF ("direitos coletivos ou individuais da categoria"), **Pedro da Silva Dinamarco** entendeu que os sindicatos não podem defender qualquer interesse difuso (*Ação civil pública*, p. 22, nota 65). Acompanham esse entendimento **Carlos Henrique Bezerra Leite** (*Ministério Público do trabalho*, p. 127) e **Sérgio Pinto Martins** (*Direito processual do trabalho*, p. 498).

Já **Ronaldo Lima dos Santos**, ao escrever sobre os sindicatos e as ações coletivas, diz que o legislador não pretendeu restringir a legitimidade dos sindicatos, que poderão propor a ação coletiva para defender todas as espécies de direitos coletivos (*Sindicatos e ações coletivas*, p. 303-304).

[436] **Pedro da Silva Dinamarco** entende que o prazo mínimo de pré-constituição, a previsão estatutária e a isenção de pagamento dos encargos da sucumbência também se aplicam aos sindicatos (*Ação civil pública*, p. 253). Já **Inácio de Carvalho Neto** diz que o prazo de pré-constituição só se aplica às associações e não aos sindicatos (*Manual de processo coletivo*, p. 198). **Ronaldo Lima dos Santos** pensa diferente e opina pela desnecessidade de pré-constituição há um ano (*Sindicatos e ações coletivas*, p. 367).

[437] Enunciado 310, I.

[438] **Celso Antonio Pacheco Fiorillo** diz que o sindicato age como substituto processual quando está na defesa dos direitos individuais ou dos direitos individuais homogêneos dos sindicalizados, mas age com legitimidade autônoma, ao defender direitos difusos e coletivos (*Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos* ..., p. 45).

[439] **Nelson Nery Júnior**, ao comentar referida restrição, entende que a legislação infraconstitucional legitima os sindicatos a defender em juízo os direitos coletivos, não havendo proibição pelo legislador constituinte de que tal extensão ocorra (*Ação civil pública no processo do trabalho*, p. 620). **Sérgio Pinto Martins** entende ser o artigo 8º, III, CF, hipótese de representação e não de substituição processual (*Direito processual do trabalho*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 173-174, *apud* **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*, 5. ed, São Paulo: RT, 2001, p. 64). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que os sindicatos, quando agem na defesa dos direitos coletivos da categoria, são substitutos processuais *(Ação civil pública*, p.

Outra confusão que se faz em relação aos sindicatos diz respeito à exigência de nominar na petição inicial os sindicalizados, o que, na verdade, é uma imposição que só faz sentido em caso de atuação do sindicato como representante da categoria e não como legitimado autônomo para a condução do processo ou, ainda, que seja como substituto processual[440].

Outro questionamento que pode surgir diz respeito ao vínculo entre o objeto da ação coletiva e a categoria, bem como à necessidade de a causa versar sobre relações de trabalho[441].

---

253). **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho** diz ser inadmissível que a norma prevista na Constituição fique reduzida a de uma simples representação legal (*Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 85). **Celso Antonio Pacheco Fiorillo** diz que a qualidade de substituto processual dos sindicatos se extrai do próprio texto constitucional (*Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*, p. 42). **Hugo Nigro Mazzilli** diz que o sindicato, quando propõe ação de índole coletiva, age como substituto processual e não como representante da categoria (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 282).

[440] Era o enunciado 310, V, que estabelecia a condição de individualização dos substituídos, com a relação nominal e os endereços respectivos. No entanto, muito embora revogado referido enunciado, o teor foi repetido na Medida Provisória 2180/01 que alterou a redação da Lei 9.494/97, para exigir a individualização de todos os substituídos. É bem certo que a lei fala em associação, mas, considerando a equiparação com os sindicatos, a eles também se aplica. **Nelson Nery Júnior** vê como inadequada referida exigência, por ser difícil de ser colocada em prática e, portanto, inconstitucional e ilegal (*Ação civil pública no processo do trabalho*, p. 620). **Pedro da Silva Dinamarco** assume uma posição intermediária sugerindo a exigência de identificação apenas das pessoas de fácil acesso, "especialmente das associadas ao sindicato, cujos nomes certamente constam de cadastro interno, de fácil obtenção" (*Ação civil pública*, p. 256).

[441] **Pedro da Silva Dinamarco** entende que não há necessidade da causa referir-se a algum aspecto da relação de emprego, podendo o sindicato, em seu ver, abordar a defesa de outros direitos, como os relacionados ao consumo, ou a qualquer outra matéria que se aproveite a seus membros; no entanto, vincula a ação dos sindicados à defesa da categoria: "O estatuto social do sindicato jamais poderá ampliar essa legitimidade para incluir a defesa de pessoas que não integrem a categoria, diferentemente do que ordinariamente ocorre com as associações em geral". E, ainda, quanto aos direitos individuais homogêneos, entende que - como a legitimidade está restrita apenas à categoria - a coisa julgada será *ultra partes* e não *erga omnes* (*Ação civil pública*, p. 254, nota 263 da mesma página e 255). **Hugo Nigro Mazzilli** diz que "em tese, o sindicato pode defender interesses transindividuais não só em matérias diretamente ligadas à própria relação trabalhista em si mesma, mas também em questões relativas ao meio ambiente do trabalho ou à condição de consumidores de seus associados, ou ainda em outras hipóteses de interesse da respectiva classe, grupo ou categoria, desde que haja autorização dos estatutos ou de assembléia (não se exige autorização de cada substituído processual)" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 283). **Sérgio Shimura** diz que o preceito constitucional é amplo e abarca qualquer tipo de relação jurídica, não se restringindo a questões trabalhistas (*O papel da associação na ação civil pública*, p. 163). **Ronaldo Lima dos Santos** entende que "(...), em relação ao sindicato, não há necessidade de previsão estatutária para agir em juízo, em defesa de interesses transindividuais, relacionados direta ou indiretamente à categoria profissional por ele representada ou conexos a ela. Esta sua finalidade é institucional, retirada diretamente do texto do art. 8º, inciso III, da CF/88". Complementa o autor, concordando com posicionamento

Por fim, questiona-se a necessidade dessa atuação em benefício de toda a categoria[442].

Opinamos, nos três questionamentos, por uma interpretação ampliativa, que permita aos sindicatos agirem em defesa também de pessoas não pertencentes à categoria e ainda nas relações sem natureza trabalhista. A pertinência temática, entretanto, deverá estar presente.

No entanto, muitas dessas discussões pertencem ao interesse processual e não à legitimidade. Em breve, retomaremos e aprofundaremos a discussão.

Os **Partidos Políticos**[443], reconhecidos como pessoas jurídicas de direito privado, além da previsão constitucional no art. 17 e no artigo que aborda o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), ainda estão regulamentados pela lei infraconstitucional nº 9.099, de 19 de setembro de 1995, que, em seu art. 1º, estabelece: "o partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal".

---

de Nelson Nery, que os sindicatos podem atuar em outras áreas, desde que demonstrem pertinência temática (*Sindicatos e ações coletivas*, p. 366-367).

O enunciado 310 do TST prevê que a substituição processual autorizada ao sindicato esta vinculada às demandas que discutam reajuste salarial (II e IV).

[442] **Luiz Manoel Gomes Júnior** entende que essa necessidade não existe (*Curso de direito processual coletivo*, p. 69).

[443] "O partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo" (**José Afonso da Silva**, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 395). Para **Rodolfo de Camargo Mancuso** os partidos políticos equivalem a entes institucionais que aglutinam os interesses coletivos para a participação no processo político (*Interesses difusos - conceito e legitimação para agir*, p. 60).

A natureza jurídica dos partidos políticos é equiparada à das associações e, por isso, devem receber igualdade de tratamento e condições para a propositura das ações coletivas.

Assim, deverão os partidos políticos estar constituídos há pelo menos um ano, requisito que o juiz poderá dispensar, e incluir em suas finalidades institucionais a defesa dos interesses coletivos. Ademais, a legislação exige que o partido político tenha representação no Congresso Nacional (art. 5º, LXX, CF).

Poderão os partidos políticos atuar na defesa de quaisquer direitos coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que na defesa de não-filiados?

Entendemos que sim e há quem nos acompanhe[444].

Poderão propor todas as ações coletivas ou somente o mandado de segurança coletivo?

Como estão equiparados às associações, podem os partidos políticos propor outras ações coletivas que não apenas o mandado de segurança coletivo[445].

Mais uma vez, no entanto, lembramos nosso posicionamento sobre as discussões acima na condição do interesse e não da legitimidade.

---

[444] **Luiz Manoel Gomes Júnior**, *Curso de direito processual coletivo*, p. 68.

[445] Pensamento que acompanha **Hugo Nigro Mazzilli**, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 281.

No que diz respeito à **Defensoria Pública**, conforme citamos, foi recentemente incluída como legitimada ativa para as ações coletivas. Caminhou bem o legislador, já que o defensor público é um advogado concursado cuja função é defender e orientar pessoas necessitadas que não possam pagar advogado. Desse modo, antes da alteração legislativa, poderia o defensor público representar um cidadão em uma ação popular, mas não propor a ação coletiva diretamente, o que restringia o acesso à justiça.

No entanto, antes de o legislador reconhecer sua legitimidade, encontramos um julgado opinando pela ilegitimidade do Defensor Público, *in verbis*[446]:

> *CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS INTRESSES DOS CONSUMIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA.*
> *I – (...).*
> *II – (...).*
> *III – A Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificadamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados.*
> *IV – O Supremo Tribunal Federal, reforçando o entendimento sufragado, por meio da ADIN nº 558-8/MC, exarou entendimento no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para intentar ação coletiva tão-somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, (...).*

[446] REsp n. 734176-RJ, 1ª T. STJ, j. 07/03/2006, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 27/03/2006, p. 196.

Encontramos outro, no entanto, que, apesar de ter decidido pela ilegitimidade da Defensoria Pública, justificou-a por haver na ação uma relação de consumo e não pela ilegitimidade em si mesma[447].

Os anteprojetos de código processual coletivo (Ada P. Grinover e Aluisio C. G. Mendes) atribuem legitimidade à Defensoria Pública na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, devendo considerar-se para os últimos a hipossuficiência[448].

Entendemos que o Defensor Público poderá defender quaisquer direitos coletivos, envolvendo todos os bens que possam ser tratados coletivamente.

Considerando a vigência de pouco tempo dessa legitimidade, deixaremos de fazer menção mais aprofundada e aguardaremos um momento mais oportuno.

Para concluir, resta saber se outras pessoas além das mencionadas, ainda que indiretamente autorizadas pelo legislador constituinte, teriam legitimidade para as ações coletivas.

Pensamos que sim e citamos algumas que julgamos legitimadas, ainda que implicitamente, para a tutela coletiva.

As **Comunidades Indígenas** receberam do legislador constituinte legitimidade para a propositura de ações em defesa dos interesses dos índios.

[447] Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, 2ª T. STJ, j. 01/03/2005, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 18/04/2005, p. 250.

[448] Art. 19, IV e art. 9º, IV, respectivamente.

Aliás, a CF não fala somente nas comunidades, mas também nos índios e nas organizações[449] (art. 232).

Conforme o estatuto do índio:

> "Índio ou Silvícola – é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional" (Art. 3º, I).
>
> "Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados" (art. 3º, II).

Assim, restam as dúvidas:

Poderiam os índios, sozinhos ou em litisconsórcio, propor uma ação coletiva em defesa de seus interesses? A ação se caracterizaria como coletiva?

Que natureza teriam as comunidades e organizações? Poderiam defender outros direitos coletivos que não os dos índios?[450]

---

[449] **Clarissa Diniz Guedes** pensa que também gozam de legitimidade para a tutela coletiva as comunidades e as organizações indígenas (*Legitimação ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 125).

[450] **Luiz Henrique Paccagnella** entende que "... as comunidades indígenas só poderão defender direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos cujos titulares forem indígenas, não existindo previsão constitucional ou legal para tal legitimidade em outros interesses difusos e coletivos. Já as organizações indígenas, enquanto

Opinamos pela ilegitimidade dos índios que, sozinhos ou em litisconsórcio, pretenderem propor ação coletiva, ainda que em defesa de direitos próprios. A ação nesses casos deveria ser individual.

Quanto às comunidades e organizações indígenas[451], sim, dado que legitimadas para as ações coletivas em defesa dos direitos indígenas, mas não, em nosso entender, para outros direitos coletivos.

E a **família**[452], terá ela legitimidade para as ações coletivas? Em sendo a resposta afirmativa, para todas as espécies de ações coletivas?

Pensamos que, em resposta à primeira pergunta, sim[453]. A família é vista constitucionalmente como a base da sociedade (CF, art. 226), tendo-lhe

---

associações civis que são, terão plena legitimidade, se incluírem em suas finalidades estatutárias a defesa de algum interesse difuso ou coletivo" (*Legitimação ativa na jurisdição coletiva*, p. 108).

[451] **Ricardo de Barros Leonel** manifesta-se sobre essa legitimidade (*Manual do processo coletivo*, p. 157)

[452] "A família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, ..." (**José Afonso da Silva**, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 819-820). "Família é o conjunto de pessoas unidas por laços de parentesco. É considerada a célula fundamental da sociedade" (**Celso Ribeiro Bastos**, *Curso de direito constitucional*, p. 496). "A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares: **.** a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1º e 2º); **.** a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º); **.** a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º)" (**Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 740-741). De acordo com **Rodolfo de Camargo Mancuso** "tão forte é o papel representado pela família na sedimentação de uma etnia, de uma coletividade, que, na história da humanidade, nem mesmo os regimes totalitários conseguiram infirmar esse grupo social. Tratando-se de um corpo intermediário natural e espontâneo, a família sobreviveu no tempo e no espaço, em que pesem as críticas dos que nela vêem uma instituição conservadora; ..." (*Interesses difusos - conceito e legitimação para agir*, p. 59). Houve quem reconheceu à família personalidade jurídica: **J. Lamartine Corrêa de Oliveira**. *A personalidade jurídica da família*, Jurídica, Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e Álcool, ano XI, XXX, n. 90, p. 416, jul-set/1965, *apud* **Fábio Henrique Podestá**. *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, p. 168, nota 113, 2002, v. 19.

[453] **Fábio Henrique Podestá** enxerga a possibilidade de a família propor ação coletiva: "... alinha-se que não só têm pertinência subjetiva para a propositura daquela ação os entes previstos no art. 5º, mas também a família, ente supostamente despersonificado que, a exemplo de outras pessoas jurídicas destituídas, tem possibilidade de figurar em juízo na defesa de determinados interesses considerados difusos". Equipara a família a uma

atribuído o legislador constituinte algumas obrigações, principalmente no que respeita às crianças e aos adolescentes, quando, no art. 127, previu ser dever da família assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, pensamos que todas as vezes que referidos valores forem abalados ou estiverem ameaçados de o ser, terá a família, ou um grupo de famílias, legitimidade para a ação coletiva.

Ainda, em sede constitucional, no que se refere aos meios de comunicação, especificamente aos programas de rádio e TV, deve haver respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Vemos aqui, mais uma vez, a possibilidade de a família propor ação coletiva em defesa desses valores.

No entanto, nem todos os direitos coletivos deverão ser objeto de ação coletiva que tenha por parte ativa a família.

E as **comunidades**?[454] Seriam legitimadas para as ações coletivas?

Nesse caso, somos contrários a qualquer tipo de legitimação em termos de ações coletivas, já que nada impede que as comunidades transformem-se,

---

coletividade distinta da dos seus membros como os sindicatos, as pessoas políticas e as associações (*Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*, p. 44 e 165-166).

[454] "... uma espécie de agrupamento que existe dentro da sociedade e que se caracteriza pela vinculação mais estreita entre seus membros, que adotam valores e costumes comuns ..." (**Dalmo de Abreu Dallari**, *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 38).

preenchendo os requisitos legais, em associações, estas sim legitimadas pela lei. Seria um excesso desnecessário, portanto, atribuir legitimidade às comunidades.

E **outros legitimados** citados nas legislações infraconstitucionais específicas, como a **OAB**[455], por exemplo, teriam legitimidade para as ações coletivas?

Quanto à OAB, entendemos que sim. A Ordem dos Advogados do Brasil, além de ser uma entidade de classe e, como tal, possuir legitimidade para defender os interesses da classe dos advogados, bem como os interesses da sociedade que estejam entre suas finalidades institucionais, é uma autarquia federal.

É o caso, por exemplo, da legitimidade para a defesa das pessoas idosas, consignada, aliás, expressamente no estatuto do idoso (art. 81), mas, mesmo que assim não fosse, a OAB estaria legitimada pela sua finalidade institucional.

Tudo dependerá, portanto, da finalidade da pessoa perante a classe, perante o Estado Democrático de Direito e o acesso à justiça. A Ordem dos Advogados do Brasil, não se nega, desempenha papel parecido ao do Ministério Público no que diz respeito à defesa da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

---

[455] A Lei 8.906/94 dispõe, no art. 44, ser a Ordem dos Advogados do Brasil um serviço público dotado de personalidade jurídica, tendo por finalidade, dentre outras, "defender a constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a Justiça Social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas" (inciso I). No art. 54, vemos a previsão expressa da legitimidade do Conselho Federal da OAB para ajuizar a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo (inciso XIV).

Luiz Manoel Gomes Júnior, *ex vi*, ao proferir parecer sobre a legitimidade da OAB na ação civil pública, posicionou-se favorável a ela[456].

Há ações coletivas propostas pela OAB, segundo verificamos nos julgados a seguir mencionados: STJ, CC 629728 – Min. José Arnaldo da Fonseca – 3ª Seção – julgamento 22/06/2005 – publicação 22/08/2005, p. 216; STF, Recurso Extraordinário 266689/MG – Min. Ellen Gracie – 2ª Turma – julgamento 17/08/2004 – publicação 03/09/2004, p. 032; TRF – 3ª Região, AgIn 2004.03.00.064440-0-SP – 3ª Turma – julgamento 19/10/2005- V.U. – rel. Carlos Muta (Revista de Processo nº 131, p. 214 ss).

Outras entidades de classe, bem como **Cooperativas**[457], terão legitimidade para as ações coletivas, sempre respeitando, é claro, o disposto no estatuto e a finalidade institucional.

Há que questionar, ainda, se os legitimados previstos na Constituição Federal terão legitimidade para qualquer ação coletiva ou somente para aquelas que o legislador constituinte atribuiu.

---

[456] O autor, para reforçar sua opinião, mencionou precedente jurisprudencial (TRF, 4ª região, processo 1999.04.01.009964-1, j. 13.04.2000, DJ 19.07.2000), acolhendo legitimação da OAB para a impetração do *writ* coletivo (*Ação civil pública – OAB/ União Federal – Próteses – Crianças e adolescentes com câncer*, Revista de processo nº 119, p. 241-247).

[457] "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ilegitimidade 'ad causam'- Cooperativa de trabalho odontológico – Entidade cujas finalidades, previstas nos estatutos, referem-se estritamente aos interesses de seus cooperados, profissionais da área de odontologia – Pretensão fundada em alegada ofensa à ordem econômica, à livre concorrência e ao direito do consumidor, que não se relaciona diretamente com os objetivos institucionais da cooperativa – Defesa de caráter difuso e coletivo não configurada – Ilegitimidade ativa reconhecida – Extinção do feito, sem julgamento do mérito – Recurso improvido" (Ap. Cív. n. 138.207-4/1 – Sorocaba, 1ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. 02/12/2003, v.u., rel. Des. Elliot Akel, Juis nº 44).

E também se todos os legitimados poderão propor ações coletivas defendendo quaisquer direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos, independentemente do assunto a tutelar ou do bem a proteger.

Sobre esses questionamentos, faremos, nos capítulos próprios, a aproximação. No entanto, neste momento, não se pode deixar de evidenciar, mais uma vez, o enquadramento mais adequado no interesse processual.

Nesta seara, cumpre trazer à tona a discussão em torno da "**representação adequada**", já que o sistema brasileiro, vimos, trouxe um rol "taxativo", diferente do americano[458]. Há que questionar assim se a representação adequada[459] faria parte da condição legitimidade[460] ou se ingressaríamos na

[458] No sistema das *class actions* dos EUA, como já mencionamos, é o juiz quem vai auferir a representação como adequada ou não, já que cada cidadão, em princípio, pode ser o representante da coletividade em uma ação coletiva.

[459] **Ada Pellegrini Grinover** ensina que as garantias constitucionais coadunam-se com a idéia de representação adequada, "dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo de entes exponenciais", mas entende que "o sistema brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da 'representação adequada' " (*O novo processo do consumidor*, p. 147). **Antonio Gidi** entende que o sistema brasileiro abre possibilidades ao juiz de aferir no caso concreto a representação adequada (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 47-48 e '*A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*', p. 61 e seguintes, RePro n. 108, 2002). **Pedro Lenza** diz que existe a possibilidade de o juiz negar seguimento à ação visto a inexistência de adequada representação (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 195).

[460] **Rodolfo de Camargo Mancuso** entende que, em princípio, sim, quando se trate de interesses metaindividuais, de forma geral. Há que verificar a capacidade ou idoneidade dos legitimados em representar os interesses adequadamente. No entanto, no que se refere aos interesses difusos, não se deve falar em legitimado adequado, bastando "(...) saber se é possível reconhecer *poder de agir* a um cidadão, órgão público ou grupo social que se pretendem portadores de certos interesses cuja fluidez e indeterminação não permitem sua afetação a um 'titular' exclusivo" (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 166). Não pensa diferente **José Marcelo Menezes Vigliar**, para quem o tema da representatividade adequada é afeto ao sistema da legitimidade para agir (*Tutela jurisdicional coletiva*, p. 65). No mesmo sentido, **Álvaro Luiz Valery Mirra** diz expressamente que a legitimação para agir está ligada à identificação da representatividade adequada do autor (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 220). **Luiz Manoel Gomes Júnior** diz que, no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz pode avaliar se presente a representação adequada em relação aos legitimados coletivos (*Curso de direito processual coletivo*, p. 75). Já **Pedro da Silva Dinamarco** diz que o tema da legitimidade para as ações coletivas no Brasil não inclui a discussão da representação adequada, já que o nosso sistema, diferentemente do americano, é *ope legis* e não *ope judicis*. O autor esclarece, ainda, que, "por outro lado, aquela autorização interna da associação é apenas requisito abstrato para que esteja plenamente satisfeita a legitimidade extraordinária em cada caso, não significando que a entidade irá realmente defender de forma adequada os interesses dos substituídos. É condição da ação, portanto, é não pressuposto processual"

condição do interesse processual. Se estaríamos invadindo a seara dos pressupostos processuais[461] ou se, por fim, a exigência da representação adequada não faria parte do nosso sistema processual coletivo.

Seriam todos os legitimados, automaticamente, adequados representantes?

Ricardo de Barros Leonel entende que a representação adequada é tema que se insere na legitimidade. Sobre serem todos os legitimados, automaticamente, adequados representantes, diz que o ordenamento brasileiro trouxe solução intermediária, já que habilita algumas pessoas e entes que o legislador já considerou serem adequados representantes, não havendo, justamente por isso, que falar em inconstitucionalidade[462]. De acordo com o autor, porém, o Ministério Público sempre será representante adequado para defender quaisquer interesses coletivos, o que não acontece com as pessoas jurídicas de direito público da administração direta e indireta, sendo preciso verificar a pertinência temática entre a atuação do legitimado e a hipótese concretamente considerada[463].

(*Ação civil pública*, p. 201 e 202). **Américo Bedê Freire Júnior** diz que, "mesmo no Brasil, é possível o controle judicial sobre a adequada representação do legitimado ativo" (*Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*, p. 71). **Fredie Didier Júnior** fala sobre a necessidade de controle judicial da adequação do legitimado (*O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas*, p. 96-97).

[461] É o que pensa **Hugo Nigro Mazzilli** que, apesar de tratar da representação adequada no capítulo que aborda a legitimidade ativa, diz que o tema, na verdade, se insere nos pressupostos processuais e não nas condições da ação (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 276).

[462] *Manual do processo coletivo*, p. 163 e 168.

[463] O autor exemplifica a falta de pertinência temática da seguinte maneira: "..., determinado Município evidentemente é habilitado a promover a defesa em juízo de interesses difusos relacionados ao meio ambiente. É presumível seu interesse concreto em atuar, não havendo necessidade de demonstrar pertinência entre sua legitimação e o objeto da tutela. Entretanto, somente poderá fazê-lo dentro do âmbito material e geográfico de suas competências constitucionais. Está habilitado a promover a demanda coletiva para a defesa dos atos que ocasionem danos a rios, florestas, parques situados na sua própria área territorial, mas não em outro Município. Do mesmo modo, todos os entes federativos devem zelar pelo patrimônio histórico e público. Não obstante determinado museu ou bens de prédios públicos de propriedade da União, de valor histórico, arquitetônico ou

Interessante observar que o autor mistura o tema da representação adequada com a pertinência temática e com a esfera de atuação, mas não é somente ele que faz essa confusão.

João Batista de Almeida, no que diz respeito às autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, entende que:

> "*devem observar rigorosamente os pressupostos de 'representação adequada', ao dizer, devem ter por finalidade institucional a proteção do bem jurídico que pretendem tutelar. (...) Além disso, os entes paraestatais devem demonstrar concretamente o interesse que possuem em determinada demanda, que deve relacionar-se necessariamente com sua esfera de atuação, seja nacional, estadual ou local*" [464].

Álvaro Luiz Valery Mirra, ao abordar a legitimidade das associações, cita os requisitos necessários para caracterizar a representação adequada, como a constituição há pelo menos 1 ano, o registro no órgão competente e o estabelecimento da finalidade institucional declarada nos estatutos, mas, por outro lado, entende que a associação com sede em um Estado pode atuar em qualquer parte do País, já que a limitação geográfica não se inclui entre os requisitos da representação adequada[465].

---

paisagístico, estejam situados em certo Município, a implementação da defesa coletiva só poderá ser feita pela União ou respectivas entidades da administração indireta. Não poderão fazê-lo o Estado ou Município onde estão localizados, pela ausência de nexo ou pertinência temática entre a entidade e o bem ou interesse a ser tutelado" (*Ibid*, p. 163-164).

[464] *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 111.

[465] *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 193 e 194. Em artigo posterior, o autor volta a discutir o tema da representação adequada dentro do aspecto da legitimidade, entendendo que a representatividade do Ministério Público decorre da própria lei. No que toca às associações, mantém o autor o parecer acima citado. Quanto aos demais entes intermediários, pensa o autor que se deve respeitar a opção

Hugo Nigro Mazzilli afirma expressamente, no item da legitimidade ativa para as ações coletivas, que a representação adequada é aferida pelo preenchimento de dois requisitos: a pertinência temática e a pré-constituição há mais de um ano[466].

Para **José Marcelo Menezes Vigliar**, a problemática da representatividade adequada apresenta-se mais em relação às associações, às autarquias, às empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. De acordo com o autor, encontram-se "*no cerne da representatividade adequada duas questões que merecem consideração: (1º) o objetivo institucional das entidades co-legitimadas para a ação civil pública e (2º) o tempo de sua constituição, (...)*"[467].

No entanto, para nós, essa discussão pertence à condição do interesse processual[468] e não à da legitimidade[469]. Não vemos, portanto, a discussão em

---

legislativa e que os juízes não devem ultrapassar essas exigências legais, no momento da aferição da legitimidade, pelo menos enquanto não houver mudanças na legislação (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*, In MILARÉ, Édis – coord. - Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios, p. 33-57).

[466] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 270.

[467] *Ação civil pública*, p. 84. O autor também faz crítica ao sistema brasileiro, entendendo que ao juiz brasileiro deveria ter sido atribuído o encargo de analisar a representatividade no caso concreto (*Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos*, p. 327).

[468] **Hugo Nigro Mazzilli**, apesar de citado como autor que reconhece o tema da representação adequada, integrando a discussão da legitimidade, também fala em interesse processual e diz que nada impede que uma ação proposta pelo Ministério Público seja extinta por carência, vista a falta de interesse processual (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 181). **Nelson** e **Rosa Nery**, igualmente, falam em interesse e não em legitimidade. Vejamos uma citação dos autores, nesse sentido: "O estado federado do sul, por exemplo, pode ajuizar ACP na defesa do meio ambiente do estado do Amazonas, porque o interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo. (...) Para a correta solução dos problemas processuais decorrentes da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, não se pode raciocinar com o instituto do *interesse processual*, como se estivéssemos diante de tutela meramente individual. Assim, o Estado de São Paulo, legitimado que está pela norma comentada, tem, *ipso facto*, interesse processual em ajuizar a ACP no Amazonas, para a tutela de interesses difusos" (*Código de processo civil comentado*, p. 1531). **Fábio Ramazzini Bechara** diz que é o interesse processual que se manifesta pela representação adequada ou a pertinência temática (*Legislação especial – Interesses difusos e coletivos – Ação civil pública – Inquérito*

torno da "representação adequada" ou da "pertinência temática" ou ainda da "pré-constituição" como temas correlatos à legitimidade das partes e sim ao do interesse.

Ademais, a confusão ocorre justamente porque os autores tentam incluir o tema da representação adequada em nossas ações coletivas, prática que, a bem da verdade, o nosso Direito Processual Coletivo não adota[470]. Daí as misturas, daí os não-enquadramentos.

E, mesmo nos Estados Unidos, onde a representação adequada está expressamente exigida na legislação, não está tal requisito enquadrado nas condições da ação ou nos pressupostos processuais[471], mas nos requisitos das *class actions*.

---

civil – Improbidade administrativa – Consumidor - Meio Ambiente, coleção curso e concurso, São Paulo: Saraiva, 2005). **Teori Albino Zavascki**, ao falar sobre a vinculação entre o objeto da demanda e os fins institucionais do demandante, diz ser ela indispensável, sob pena de não preencher o interesse processual (*Processo coletivo*, p. 174). **Márcio Flávio Mafra Leal** entende que não há necessidade de um conflito concreto para caracterizar o interesse de agir, porque, para que a ação seja admitida, basta verificar a legitimidade do autor. Conclui que o interesse está pressuposto na própria outorga da legitimidade (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 72). **Édis Milaré**, ao abordar o assunto, fala em interesse, mas entende, no que diz respeito ao Ministério Público, que o interesse processual está implícito na legitimidade, enquanto, para os demais legitimados, o interesse deverá ser demonstrado em cada caso específico. "No caso das associações, esse interesse para agir tem clara vinculação com os objetivos estatutários da entidade. Já, na hipótese dos órgãos públicos e outros legitimados de caráter público, haveria, *in casu*, uma espécie de 'interesse para agir institucionalmente determinado', ou seja, o interesse decorre da vocação institucional do legitimado potencial" (*A ação civil pública por dano ao ambiente*, p. 223-224).

[469] **Ada Pellegrini Grinover**, ao tratar da legitimidade para as ações coletivas, fala no tema da representação adequada e, apesar de reconhecer que o sistema brasileiro, diferentemente do americano, não previu a questão, nada impede que o juiz, no caso concreto, analise a legitimação (*Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, p. 5). **Patrícia Miranda Pizzol** também enxerga como questão de legitimidade, e não de interesse processual, a discussão que envolve a associação e seus fins institucionais (*Liquidação nas ações coletivas*, p. 109).

[470] Não é o que pensa **Antonio Gidi**, para quem o juiz brasileiro não só pode como deve avaliar a adequada representação, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (*A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*, p. 8).

Queremos dizer, para concluir, que nada impede discorrer sobre a sede de atuação do ente legitimado ou a pertinência temática de acordo com suas finalidades ou o requisito da pré-constituição, mas não como questão envolta na legitimidade e muito menos como parte integrante da 'representação adequada'.

No código modelo de processos coletivos, vimos a tendência de ampliação no rol de legitimados, possibilitando também às pessoas físicas propor a ação, bem como ao titular de um grupo, a uma categoria ou classe, ou ainda, à instituição da Defensoria Pública. Estabelece, porém, alguns requisitos que cada legitimado deve preencher a fim de propor a ação coletiva. Assim, v.g., a pessoa física só estará legitimada para a ação coletiva que compreenda os direitos difusos de que seja titular um grupo, uma categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato. O membro do grupo, da mesma maneira, terá legitimidade para a defesa dos direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e também para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos.

O que percebemos, nessa legislação, são condições para que os legitimados possam agir (legitimidade) e para que sejam considerados adequados representantes (interesse), hipótese esta que atende aos requisitos para as ações coletivas. Se relembrarmos o rol de exigências[472] do legislador do código modelo para considerar representante adequado o legitimado,

---

[471] Como nos ensina **Antonio Gidi**, tais expressões nem sequer são adotadas pela doutrina americana (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 18).

[472] São eles: a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; o histórico do legitimado na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos coletivos; a conduta do legitimado em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação.

perceberemos facilmente que se trata de imposições que, caso não preenchidas, conduzirão à falta de utilidade/necessidade ou adequação da tutela coletiva e não à ausência de legitimidade *ad causam*. Tanto é assim que o legislador trouxe um rol exemplificativo de dados para que o juiz analise a fim de verificar a adequada representação, diferentemente do que ocorre com o rol de legitimados - que é taxativo – e a qualidade que devem apresentar.

Nos anteprojetos de código coletivo, vimos também uma ampliação no rol de legitimados[473], bem como a previsão de requisitos a preencher para a representação adequada. Nessa legislação, da mesma forma que no código modelo, pode-se falar em legitimidade e interesse processual.

Isso, no entanto, não se confunde com as exigências estabelecidas em nossa atual legislação processual coletiva para considerar o legitimado um adequado representante. Nesse caso, ainda uma vez insistimos, o tema é de interesse processual e não de legitimidade: uma coisa, v.g., é dizer que a associação não será adequada representante para determinado caso concreto por não apresentar entre os seus fins institucionais aquele interesse; outra é dizer que lhe falta legitimidade para a ação coletiva.

Por fim, é comum também, na doutrina[474], ao falar de legitimidade para as ações coletivas, encontrar a afirmação de que o Ministério Público tem interesse processual presumido. Eis outra confusão que se faz entre legitimidade e interesse, já que o MP é legitimado para as ações coletivas e o interesse

[473] Art. 19 (anteprojeto Ada P. Grinover) e Art. 9º (anteprojeto Aluisio C. G. Mendes).

[474] Sem pretensão de citar todos os autores, a título de exemplo, **Sérgio Shimura** (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 56) e **Ricardo Castilho**, com publicação recente da obra '*Acesso à Justiça – tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*', p. 73.

processual será visto no caso concreto, não através dele, legitimado, mas pela necessidade, utilidade e adequação (comentaremos na seqüência) da ação coletiva.

Resta-nos agora discutir um pouco a **legitimidade passiva** para as ações coletivas. Vimos que o código modelo de processos coletivos e os anteprojetos brasileiros de código processual coletivo tratam da ação coletiva passiva, espécie de ação coletiva que não deve ser confundida com a legitimidade passiva para as ações coletivas. Discutir quem pode sofrer uma ação coletiva ou quem pode estar no pólo passivo de uma ação coletiva é bem diferente de criar uma categoria de ação coletiva passiva, ou seja, uma ação proposta contra uma coletividade organizada[475] ou com representante adequado. A primeira será uma ação coletiva justamente por ter em seu pedido e em sua causa de pedir um bem ou um direito de interesse da coletividade; a segunda terá no pólo passivo uma coletividade e, por isso, será uma ação coletiva de espécie passiva.

A legislação atual[476] não se preocupou com a regulação dessa legitimidade passiva. Assim, em princípio, qualquer pessoa, física ou jurídica[477], estaria

---

[475] **Pedro da Silva Dinamarco** diz que "... não existe a possibilidade de uma associação (ou qualquer outro grupo organizado) representar os interesses exclusivos de seus associados no pólo passivo de uma ação civil pública (ou de qualquer outra demanda coletiva), ainda que simultaneamente haja a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de pessoas representadas pelo autor" (*Ação civil pública*, p. 269).

[476] Salvo algumas exceções como, v.g., a Lei da Ação Popular que diz em face de quem a ação deverá ser proposta: pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º, autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo (art. 6º).

[477] A desconsideração da personalidade jurídica, ainda, em nosso ver, poderá ocorrer em relação a todas as ações coletivas, quando a pessoa jurídica que deveria compor o pólo passivo abusar de seu direito. Conforme nos ensina **Cláudia Lima Marques**, "a doutrina da desconsideração tem seu fundamento nos princípios gerais de proibição do abuso de direito, e permite ao Judiciário, excepcionalmente, desconsiderar (...) a personificação societária, como se a pessoa jurídica não existisse, atribuindo condutas e responsabilidades diretamente aos sócios e não à pessoa jurídica" (*Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 637). Ainda, para uma visão

legitimada para figurar no pólo passivo de uma ação coletiva[478], sozinha ou em litisconsórcio[479].

Mas, e quanto aos legitimados? Poderiam eles ocupar a posição passiva em uma ação coletiva[480]?

---

mais completa do tema, ver "*Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor – aspectos processuais*", de **Flávia Lefèvre Guimarães** – Max Limonad.

[478] Vale a pena fazer menção ao posicionamento assumido por **Álvaro Luiz Valery Mirra**, em sede de legitimidade passiva na ação coletiva: "..., a legitimação passiva para a ação civil pública decorre da mera alegação do autor de que o réu, contra quem ajuizou a demanda, é o responsável pelo dano ambiental que pretende ver reparado. Se isso corresponde ou não efetivamente à verdade é matéria relacionada ao mérito da causa, a ensejar o julgamento de procedência ou improcedência da demanda, sem afastar, no entanto, a legitimidade passiva do apontado degradador" (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 203, nota 623).

[479] Esse litisconsórcio, em princípio, seria o facultativo; no entanto, dependendo da natureza da obrigação, havendo comunhão de direitos e obrigações, e não se tratando, porém, de obrigação solidária, deverá ser formado o litisconsórcio necessário. Para aprofundar no tema ver obra da autora: *Litisconsórcio e intervenção de terceiros na tutela coletiva*.

[480] **Ada Pellegrini Grinover** diz que "talvez não sejam freqüentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se pode excluir, a *priori*, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo" (*Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – A Lei 7.347, de 24.7.85*, p. 117- Revista de processo nº 44, p. 113-128). A autora cita inclusive um precedente jurisprudencial (publicado em Ciência jurídica, 51:215-21), no qual o MP moveu ação em face de um sindicato de escolas particulares, visando estender a coisa julgada em relação a todos os estabelecimentos de ensino. Conclui, em seguida, pela possibilidade da classe na posição de legitimada passiva, desde que observada a representatividade adequada. Referida possibilidade, de acordo com a autora, está na própria lei, que prevê a hipótese da classe atuar em juízo no pólo passivo (art. 5º, § 2º) e nas chamadas convenções coletivas de consumo (art. 107 do CDC), além, é claro, do próprio art. 83 do CDC, que permite a utilização de qualquer ação (*Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, p. 7). **Ricardo de Barros Leonel**, acerca da legitimidade passiva do Ministério Público, manifesta-se no seguinte sentido: "O Ministério Público não poderá figurar no pólo passivo da demanda. Tratando-se de instituição estatal desprovida de personalidade jurídica, embora seja inimaginável a hipótese, supondo atos praticados por ela ou por seus membros que ocasionem qualquer espécie de lesão a interesses metaindividuais, a responsabilidade civil será carreada à Fazenda Pública (...), contra quem a demanda em tese cabível pode ser proposta, com fundamento da responsabilidade objetiva do Estado" (*Manual do processo coletivo*, p. 201-202). No mesmo sentido, **Rodolfo de Camargo Mancuso**, para quem o Ministério Público, por ser órgão desprovido de personalidade jurídica, não pode figurar no pólo passivo (*Ação civil pública*, p. 145), embora admita a legitimidade de associações no pólo passivo (*Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*, p. 134-136). **Hugo Nigro Mazzilli** não admite a posição passiva do MP na ação coletiva (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 314). Já **Pedro da Silva Dinamarco** posiciona-se de forma mais flexível: "De fato, quando se pleitear uma tutela estritamente indenizatória, o Estado responderá por esses eventuais danos. Mas se a ação civil pública tiver como pedido a imposição de uma conduta daquela instituição (fazer ou não fazer), então não há como o processo seguir sem sua participação direta no pólo passivo" (*Ação civil pública*, p. 268). **Arruda Alvim** diz ser quase inimaginável a coletividade no pólo passivo, no entanto, explica o autor, "nada impediria, *aparentemente* e à primeira vista, que, proposta uma ação coletiva, houvesse reconvenção, por parte do fornecedor (ou, conforme o caso, por parte do comerciante, art. 13, inciso III); e, nesta hipótese, a reconvenção deveria ser proposta em face de um dos legitimados do art. 82, com vistas a que os que se apresentam como efetivos titulares do direito material viessem

A legislação diz que os legitimados poderão propor as ações coletivas, mas não sofrê-las, o que não vale dizer, porém, que os legitimados não possam ser responsáveis por danos ou ameaças de danos a interesses coletivos. Aliás, em *bonam partem*, as ações coletivas são propostas contra a União, os Estados e os Municípios. São eles, nesses casos, entretanto, réus em uma ação coletiva não porque a lei lhes atribuiu expressamente tal legitimidade passiva, mas porque não restringiu quem poderia sofrer ação coletiva. Assim, em princípio, qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, e até entes despersonalizados poderão enfrentar o pólo passivo de uma ação coletiva, independentemente de ocuparem elas, por coincidência, o pólo passivo e terem recebido do legislador autorização para propor ações coletivas.

Parece-nos, contudo, que uma ação coletiva proposta em face da União, v.g., não deva ser proposta pela União, por questão de ética dos profissionais que vão representá-la na ação. Legalmente, no entanto, não existe impedimento.

---

a ser atingidos. É certo que reconvenção não poderia ser oposta contra a coletividade, sendo isto sequer *empiricamente imaginável dentro dos quadros deste sistema,* mas poderia ser *plausivelmente* cogitada, se a reconvenção fosse contra grupo, categoria ou classe, e, ainda, *mais particularmente*, no caso do art. 81, parágrafo único, inciso III. O art. 90, de outra parte, estabelece a aplicabilidade do Código de Processo Civil, ao sistema processual do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, exceto quando haja contrariedade ao que está neste diploma disposto. Essa contrariedade, no caso, existe. O que nos parece é que é inevitável interpretar a expressão 'defesa', tal como utilizada no art. 81, *caput*, e, bem assim, no parágrafo único desse mesmo art. 81, como ensejadora da possibilidade de que, os representantes referidos no art. 82, possam, em tendo proposto ação coletiva, vir a ser réus de ação que viesse a ser promovida por aquele ou aqueles que são réus da ação coletiva". O autor conclui dizendo que o sistema fala em 'agir' para o legitimado e não em sofrer ação (*Código de defesa do consumidor comentado*, p. 346). **João Carlos Corsini Gambôa** explica que "o processo de dissídio coletivo, próprio do direito do trabalho, representa exemplo significativo de demanda em que, em ambos os pólos, os legitimados, entidades sindicais profissionais e patronais, substituem os integrantes das respectivas categorias. Na realidade, a característica transindividual do direito, pertencente a todos os empregados de uma categoria profissional e a todos os empregadores da categoria econômica correspondente, exige tutela jurisdicional única, figurando nos pólos da relação processual justamente as entidades que a lei presume sejam os representantes adequados de todos os interessados (*As condições da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos – comparação com as class actions do direito norte-americano*, p. 164). **Ivan Lira de Carvalho** destaca a possibilidade de o partido político ocupar o pólo passivo no mandado de segurança coletivo: "desde que os atos praticados pelos dirigentes do partido, no interesse e na gestão deste, desdobrem para a ilegalidade e para o abuso de poder, é cabível a reprimenda via *writ* coletivo" (*O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos*, p. 88).

O importante, nesses casos, é ter em mente que a ação não será coletiva porque tem um co-legitimado no pólo passivo da ação. Pelo contrário, reiteramos que não há impedimento para que um ente legitimado figure no pólo passivo de uma ação coletiva[481].

Veja-se, por exemplo, uma ação proposta por um associado em face de uma associação visando à restituição de contribuição assistencial paga a mais. Tal ação não será coletiva e sim individual. Ademais, como dissemos, não há previsão legal para essa espécie de 'ação coletiva passiva'[482].

Quanto ao Ministério Público, não deverá figurar no pólo passivo de uma ação coletiva. O *parquet*, aliás, dificilmente compõe o pólo passivo de qualquer ação, inclusive das individuais[483].

Como ensina **Hugo Nigro Mazzilli:**

"Em matéria do zelo de interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), atualmente, a lei só confere ao Ministério

[481] **Ronaldo Lima dos Santos**, ao falar sobre a legitimidade passiva nas ações coletivas de natureza trabalhista, cita como exemplos os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas, instituições sem fins lucrativos, entes sem personalidade jurídica, sociedades despersonalizadas, etc., "desde que, na qualidade de empregadores, causem dano ou ameaça de dano aos interesses transindividuais dos trabalhadores" (*Sindicatos e ações coletivas*, p. 374).

[482] Em posição contrária, **Ada Pellegrini Grinover** prevê uma ação individual proposta contra a classe como uma ação que deve merecer tratamento de ação coletiva, desde que envolva os direitos difusos e coletivos ou os individuais homogêneos, devendo até inverter a previsão do art. 103 do CDC, no que diz respeito à coisa julgada (*Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, p. 8).

[483] Como nos ensina **Hugo Nigro Mazzilli** , o MP, por não ter personalidade jurídica, não tem legitimação para suportar ações de responsabilidade, sendo o Estado incumbido por eventuais danos; nada impede, no entanto, conforme esclarece o autor, que o *parquet* seja citado para responder, como parte pública, como ocorre nos casos de usucapião, ações rescisórias, etc. (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 101). No mesmo sentido, **José Marcelo Menezes Vigliar** (*Ação civil pública*, p. 87), **Ricardo de Barros Leonel** (*Manual do processo coletivo*, p. 201-202) e **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*, p. 134-136).

Público e demais entes a legitimação ativa para substituir o grupo, categoria ou classe de lesados. Ressalvadas situações excepcionais, em que o autor da ação civil pública ou coletiva deva responder a uma pretensão da parte contrária (como quando de embargos à execução ou embargos de terceiro), a regra é a de que nenhum desses co-legitimados à ação civil pública ou coletiva tem legitimação extraordinária para substituir o grupo lesado no pólo passivo da relação processual"[484].

Concordamos com o autor, mas sugerimos uma reflexão: Em face de quem se proporá uma ação rescisória para anular decisão proferida em uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público? Será uma ação de natureza coletiva?

E, mesmo diante de ações coletivas propostas pelos outros legitimados, quem estará no pólo passivo, quando da ação rescisória proposta pelo réu da ação coletiva?

Será então que não se pode falar em ação rescisória nas ações coletivas?

São questões dignas de reflexão e, quem sabe, de discussões em trabalho futuro.

Para concluir, outra questão interessante acerca da legitimidade nas ações coletivas, que se distingue da legitimidade para as ações individuais. Referimo-nos à extinção do processo. Enquanto nas ações individuais a falta de legitimidade levará à extinção do processo, já que, em princípio, não se cogita em substituição diante da ilegitimidade de uma das partes, salvo algumas

[484] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 101.

exceções (v.g., na nomeação à autoria), nas ações coletivas deverá o juiz, antes de extinguir o processo por falta de legitimidade, intimar o Ministério Público para que se manifeste, ocasião em que este poderá assumir a ação. Na verdade, a lei processual coletiva não expressa tal possibilidade, mas, pela lógica do sistema, entendemos que essa é a medida que cabe ao juiz tomar, uma vez que há previsão, diante de desistência do autor, de que o MP ou outro legitimado a assuma. Assim, por analogia, entendemos que tal assunção também poderá ocorrer diante de ilegitimidade ativa para a ação coletiva.

Mas estará o MP obrigado a assumir a ação[485]? E os demais legitimados também poderão assumir? Caso o MP assuma, já que era *custos legis*, outro integrante da instituição deverá ser intimado para integrar como fiscal?

Já tivemos oportunidade de mencionar, alhures, que o Ministério Público deverá assumir a ação, caso convenha e seja de interesse da coletividade. Verificada essa hipótese, torna-se desnecessário outro integrante da instituição para fazer às vezes do fiscal da lei. Os demais legitimados, na hipótese de substituição, por ilegitimidade de parte, pensamos, não poderão assumir a ação.

3. Interesse processual

Vimos autores (Vicente Greco) mencionar que o interesse processual nasce da própria resistência, que se insere, aliás, na própria compreensão de lide.

[485] **Ricardo de Barros Leonel** entende que a solução está no caso concreto; para ele, portanto, não está o MP obrigado a assumir a causa e sim analisar se deve ou não prosseguir com a ação, o que de qualquer forma deve passar pelo crivo do magistrado e, se for o caso, do Conselho Superior do MP (*Manual do processo coletivo*, p. 200- 201).

No caso das ações coletivas, dissemos, há legitimados definidos pela lei. Esses legitimados verificam tal resistência? Há necessidade de lide quando se trata de ação coletiva[486]?

É uma reflexão importante a fazer, ainda mais considerando que existem debates acerca da legitimidade para a realização do compromisso de ajustamento[487]. Se nem todos os legitimados podem realizar o compromisso de ajustamento, então como demonstrarão o interesse processual diante da não-verificação dessa resistência? Ainda cabe aqui menção ao próprio inquérito civil, que também é de exclusividade do Ministério Público. Assim, não sendo o Ministério Público a propor a ação, de que maneira se evidenciará a resistência, já que não houve investigação, verificação sobre o assunto[488]?

---

[486] **Rodolfo de Camargo Mancuso**, ao falar sobre o interesse processual nas ações coletivas envolvendo direitos difusos, diz que, para configurá-lo, deve-se alargar o conceito de direito subjetivo ou admitir que o universo dos bens e valores merecedores de tutela jurisdicional é mais amplo do que o constituído pelos direitos subjetivos. O autor acaba percebendo que o direito subjetivo vai-se esmaecendo, dando lugar a um novo tipo de interesse processual. "Assim, em certas ações populares, (...) tem-se por relevantes e suficientes para caracterizar o interesse de agir, certos fatos objetivos como a condição de eleitor ou de cidadão, ou o fato de habitar certa região ou de pertencer a certa etnia, ou de ser contribuinte de certo imposto. (...) o aspecto *direto* e *pessoal* do interesse de agir, que durante séculos acarretou a imbricação entre o interesse *processual* e a titularidade do Direito Material, vem, paulatinamente, cedendo terreno a concepções modernas, de forte cunho *social*, onde a necessidade do recurso ao Judiciário não mais decorre do *ter*, do aspecto patrimonial-individual do interesse, mas deflui do *ser*, isto é, do dado *objetivo*, onde o que prevalece é a *relevância social* do interesse. É nessa linha que se pode reconhecer interesse de agir em tema de interesses difusos: não importa que seja indeterminado seu titular; o que conta é o fato de que o interesse em questão é socialmente relevante e, *como tal*, digno de proteção jurisdicional. (...) em se tratando de interesses metaindividuais, o interesse processual será buscado em dados objetivos, como a relevância social, a conflituosidade típica dos interesses difusos, a identificação da pessoa que age, com o segmento social, grupo ou categoria afetados, a constatação de que o interesse em causa não está sendo tutelado na instância administrativa adequada" (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 149- 153).

[487] Já que a lei fala em órgãos públicos, acabam restando dúvidas acerca de alguns legitimados, como as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

[488] Mesmo sendo o Ministério Público o autor da ação coletiva não está a mesma condicionada a existência prévia do inquérito civil; se o Ministério Público já tiver elementos suficientes para propor a ação, dispensada está a instauração do inquérito civil.

Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Nulidade decorrente da ausência de inquérito civil – Não há falar-se em nulidade, eis que o inquérito civil não é condição 'sine qua non' de procedibilidade da ação civil, portanto, não se mostra ele imprescindível para a propositura da ação em questão" (Ap. Cív. n. 242.010-5/0 – Cotia, 4ª Câmara de Direito Público, j. 20/05/2004, v.u., rel. Des. Viana Santos, Juis

A lide, a nosso ver, como conflito de interesses que se qualifica por uma pretensão e uma resistência, também recebe contornos diferenciados nas ações coletivas. Esse conflito de interesses, por envolver toda a coletividade ou um grupo, uma classe de pessoas, caracteriza uma pretensão implícita dessa coletividade, desse grupo ou dessa classe e muitas vezes uma resistência que se demonstra por inércia ou, ainda, por uma ação contrária ao ordenamento. Assim, imagine-se um produtor de arroz que esteja pondo apenas 900 gramas na embalagem de 1 kg. Tomando conhecimento do fato, o município em que se dá o embalamento ingressa com uma ação coletiva em defesa de toda a coletividade. A pretensão da coletividade, nesse caso, está representada pelo município que subentende pretender tal coletividade ser defendida. Por outro lado, a resistência desse produtor, que talvez nem tenha sido procurado pelo representante do município, fica caracterizada pelo próprio ato. Daí a ação (ou omissão) ou a situação fática como evidenciadores da resistência.

A necessidade, portanto, se realiza nesses termos[489].

Dispensáveis, assim, em nosso sentir, tanto a tentativa do compromisso de ajustamento como a instauração prévia do inquérito civil para a demonstração do interesse processual.

---

nº 44). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Ag. Inst. n. 024029003571, 3ª Câm. Cível, j. 11/03/2003, rel. Des. Nivaldo Xavier Valinho, Juis nº 44).

Não é o que pensa, no entanto, **Paulo Salvador Frontini**, que condiciona a ação coletiva ao prévio inquérito civil, sob pena de falta de interesse processual e conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito (*Ação civil pública em tutela de direitos difusos: condição da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*, p. 501).

[489] Não é o que pensa **Pedro da Silva Dinamarco**, para quem a necessidade deverá ser demonstrada se não se puder obter a solução de outra forma que não a jurisdicional. O autor entende que "os co-legitimados para a ação civil pública não têm interesse de agir quando o réu tiver celebrado algum acordo, judicial ou extrajudicial, com órgão público legitimado para a defesa do interesse metaindividual em discussão" (*Ação civil pública*, p. 287).

Quanto à adequação[490] e à utilidade, em princípio, poder-se-ia satisfazer com tudo quanto já se disse. Entretanto, é preciso compreender que a ação coletiva, para ser apreciada, precisa ser adequada e que a adequação se verifica diante da legislação processual coletiva. Assim, v.g., uma ação popular não será adequada para requerer indenização individual diante de danos, já que é um instrumento que existe para anular atos lesivos e indenizar a pessoa jurídica lesada, os cofres públicos, portanto, jamais as pessoas individualmente consideradas. Da mesma forma, o mandado de segurança coletivo não será adequado para buscar a tutela para direitos líquidos e certos individuais, e assim por diante.

Da mesma maneira, o procedimento eleito deve ser compatível com a tutela que se pretende. Assim, importante analisar os ritos que serão seguidos quando da provocação da tutela jurisdicional pela via coletiva.

A legislação processual coletiva não interferiu muito na disciplina dos ritos. A lei da ação popular prevê o rito ordinário, mas com algumas modificações em relação ao rito comum ordinário da legislação processual individual (art. 7º, Lei 4.717/65). A lei da ação civil pública e o CDC, por silenciarem, deixam subentendida a aplicação subsidiária dos ritos previstos no código de processo civil. Assim, em princípio, poderíamos compreender que os ritos não previstos na legislação processual coletiva serão fixados de acordo com a legislação processual individual, porém, há que ter cuidado, pois nem sempre

[490] Interessante o posicionamento adotado por **Pedro da Silva Dinamarco**, que diz que as hipóteses de falta de adequação conduzem na verdade a uma extinção por ilegitimidade ativa *ad causam*. "Afinal, o não-enquadramento da situação concreta numa das hipóteses previstas em lei ou na Constituição para cabimento da ação civil pública significa inexistência de autorização legal para a substituição processual. Sem essa permissão a parte será ilegítima, pois ninguém poderá defender direito alheio em nome próprio, sem autorização legal (CPC, art. 6º). E como já dito (...) a legitimidade deve ser decidida antes de se verificar a existência de interesse

essa adaptação será adequada. A própria legislação processual coletiva, ao determinar a aplicação subsidiária do CPC, faz a ressalva "naquilo em que não contrarie suas disposições".

Ora, esta contradição pode ocorrer por via indireta, pela ideologia do sistema processual coletivo. Já tivemos oportunidade de dizer, no início deste trabalho, que nem sempre as adaptações são adequadas ou suficientes. Assim, muito embora a legislação processual coletiva se componha prioritariamente pela LACP, o CDC e CF, há que verificar as demais leis que trazem regramento para o processo coletivo e aplicá-las, se for o caso, até mesmo antes do que prevê o CPC.

Assim, enquanto não tivermos uma legislação processual coletiva codificada e sistematizada[491], há que interpretar com cautela e verificar, no caso concreto, qual a melhor forma de aplicar todas essas leis em conjunto.

Neste momento, parece adequado refletir sobre a aplicação do princípio da fungibilidade diante da inadequação do rito: deveria ser ele aplicado ou seria melhor falar em extinção do processo?

Surgem as dúvidas: será o rito sumaríssimo dos juizados especiais cíveis ideal para a propositura de ações coletivas?[492]; uma ação coletiva que envolva

---

processual. Por isso, raras as hipóteses de extinção de uma ação civil pública por falta de adequação" (*Ação civil pública*, p. 276).

[491] Nos anteprojetos de código processual civil coletivo - Ada P. Grinover e Aluisio G. C. Mendes - há um capítulo destinado ao procedimento para os processos coletivos em geral e, ao que parece, se assemelha com o rito ordinário, porém com especificações para os processos coletivos (Capítulos II e IV, parte I, respectivamente).

valores inferiores a 60 salários mínimos poderá seguir o rito sumário?[493]; o mandado de segurança coletivo seguirá o rito da Lei n. 1.533/51 ou a legislação processual coletiva a transporá?

Opinamos pela ausência do interesse processual em processar uma ação coletiva nos juizados especiais. Mas antes de discutir questões mais profundas sobre se a causas coletivas podem ser consideradas "de menor complexidade", temos na própria lei essa ausência, que diz que as causas processadas nos juizados só poderão ser propostas por pessoas físicas. Ora, a maioria dos legitimados para as ações coletivas são pessoas jurídicas. Ademais, tal legitimidade é concorrente e disjuntiva. Não faz sentido a alguns permitir e a outros não que ajuízem as ações coletivas nos juizados especiais. Agrava-se o quadro porque, no pólo passivo, não podem figurar as pessoas jurídicas de direito público, mas, bem sabemos, que boa parte das ações coletivas são propostas em face delas. Logo, não haverá utilidade nessa opção de procedimento, já que ela é inviável para o processamento das ações coletivas. Insistimos no enquadramento da questão no interesse processual e não na legitimidade, pois é o procedimento eleito (sumaríssimo dos juizados especiais) que será o inadequado. Não poderemos dizer que, v.g., a União é parte ilegítima para propor uma ação coletiva ou para sofrer uma ação coletiva. Por fim, para

---

[492] **Pedro da Silva Dinamarco** entende inviável a via dos juizados para essas ações. O autor menciona o enunciado n. 32 aprovado no V Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, ocorrido em maio de 1999 (*Ação civil pública*, p. 277).

Na mesma ordem de pensamento, **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, para quem os juizados especiais foram criados para a tutela de situações predominantemente individuais (*Acesso à justiça – juizados especiais e ação civil pública*, p. 29).

Geisa de Assis Rodriguez, ao contrário, defende a utilização das ações coletivas perante os juizados especiais cíveis (*Juizados especiais cíveis e ações coletivas.* Rio de Janeiro – Editora Forense, 1999).

[493] De acordo com **Ricardo de Barros Leonel**, "pela sua complexidade, independentemente do valor da causa, já é justificável que as demandas coletivas sigam sempre o rito ordinário" (*Manual do processo coletivo*, p. 225).

concluir, como se não bastasse o acima argumentado, há que lembrar que o rito primordial para as ações coletivas é o ordinário, logo, bem distante do sumaríssimo.

Ainda, no que concerne aos juizados especiais federais, nos quais não existem as restrições acima citadas, a lei é expressa em proibir o ajuizamento de ações coletivas que versem sobre improbidade administrativa ou quaisquer outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 3º, I, Lei 10.259/01).

O rito sumário, a nosso ver, poderá ser utilizado no trâmite de uma ação coletiva, excepcionalmente, se não houver necessidade do rito mais delongado (ordinário). O juiz, no caso concreto, deverá analisar se não haverá prejuízo em adotar aquele rito mais breve.

Quanto ao mandado de segurança coletivo, sobre o qual nos pronunciaremos na seqüência, seguirá o trâmite da Lei 1.533/51, bem como o da legislação processual coletiva.

Enfim, essas e muitas outras dúvidas podem surgir e fazem parte da condição da ação interesse processual – adequação, devendo o procedimento eleito acomodar-se ao interesse coletivo.

Portanto, o princípio da fungibilidade dos ritos poderá ser aplicado nas ações coletivas, desde que, é óbvio, seja possível a adequação e não haja prejuízo para o resultado daquela ação.

Já **Rodolfo de Camargo Mancuso** vê a possibilidade de utilização do rito sumário para as ações coletivas (*Ação*

O que se procura demonstrar é que o interesse processual adequação, ontologicamente falando, deve seguir o mesmo procedimento que o de qualquer ação individual. Modificam-se apenas as regras processuais a observar para que se atinja essa adequação e, paralelamente, a própria utilidade da tutela jurisdicional coletiva.

De outro lado, a tutela jurisdicional coletiva, para ser considerada útil, precisa preencher determinados requisitos que se encontram no próprio sentido dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, v.g., uma ação coletiva para proteger direitos individuais não será útil, a menos que tenham origem comum; uma ação coletiva em defesa de direitos difusos não será útil para defender algumas vítimas de um acidente ocorrido em um shopping center; um mandado de injunção coletivo não será útil se o direito em questão independe de regulamentação, etc.

É muito importante, ainda, para que haja utilidade, que a tutela coletiva não desrespeite princípios como o da economia processual. Assim, se determinado conflito puder ser resolvido de maneira mais simples, mais barata e mais rápida por uma ação individual, em litisconsórcio que seja, não deverá a via coletiva ser utilizada.

Nos Estados Unidos, com as *class actions*, acontece exatamente isso. Se o juiz verificar que a ação na forma coletiva é muito complicada, ou de custo muito alto, ele pode não aceitá-la.

---

civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores, p. 51).

A regra está igualmente prevista no código modelo de processos coletivos e nos anteprojetos brasileiros, já mencionados.

Outra questão que pode envolver o interesse processual necessidade e até utilidade refere-se à propositura da ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos quando todas as vítimas ou sucessores já iniciaram suas ações individuais ou, ao contrário, a presença do interesse processual na ação individual quando já há ação coletiva em andamento ou quando a ação coletiva já foi julgada.

Aqui, novamente, deparamo-nos com a questão da litispendência[494] e/ou do interesse processual.

Que fenômeno se verifica: o da litispendência ou o da falta de interesse processual? Ou não há enquadramento em nenhuma das duas hipóteses?

No que diz respeito à primeira hipótese - a propositura de uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, quando todas as vítimas já ingressaram com suas ações individuais -, vemos como falta de interesse processual para a ação coletiva e jamais como litispendência, já que são ações diferentes.

Na segunda suposição, a legislação parece não deixar dúvida no que diz respeito à litispendência entre ações coletivas e individuais, ainda quando se

[494] Interessante mencionar posicionamento de **Teresa Arruda Alvim Wambier**, que, ao falar sobre o aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas, defende a aferição com base nas pessoas que serão atingidas pela coisa julgada e não nas partes e a apuração da litispendência para ações coletivas deve levar em consideração apenas o objeto e a causa de pedir (*Litispendência em ações coletivas*, p. 281).

trate de direitos individuais homogêneos, ou seja, não há que falar em litispendência[495], nem em coisa julgada.

No que diz respeito ao interesse processual, ele tampouco parece afetado pela concomitância de ação individual e ação coletiva[496].

Há, no entanto, julgados opinando pela suspensão da ação individual que guarde relação de conexão com a ação coletiva, até o julgamento desta[497].

---

[495] A jurisprudência também parece ser pacífica no sentido de inexistir litispendência entre ações individuais e ações coletivas envolvendo quaisquer direitos coletivos: "PROCESSUAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CORREÇÃO MONETÁRIA – FGTS – LITISPENDÊNCIA – AÇÕES INDIVIDUAIS – INEXISTÊNCIA – Não há litispendência entre ação civil pública e as ações individuais. Mesmo já ajuizada a ação civil pública e concedida a liminar autorizando a correção monetária dos depósitos do FGTS, continua a existir o legítimo interesse processual dos autores. Recurso improvido" (REsp n. 192.322-SP, STJ, DJU 29.03.1999). "A ação individual pode ter curso independentemente da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos" (CC n. 41953-PR, 1ª Seção STJ, j. 25/08/2004, Min. Teori Albino Zavascki, DJU 13/09/2004, p. 165). "Pacificou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que não ocorre litispendência da ação individual em face de ação coletiva ajuizada por entidade de classe ou sindicato" (REsp n. 327184-DF, 5ª T. STJ, j. 01/06/2004, Min. Jorge Scartezzini, DJU 02/08/2004, p. 474). Ainda, nesse sentido, "a existência de anterior ação coletiva não retira o direito do autor de impetrar ação individual – A possibilidade de se pleitear direitos coletivamente não foi lançada na lei com fito de suprimir a discricionariedade do interessado - ..." (Ap. Cív. n. 163.934-5/0 – Guarulhos, 7ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 12/05/2003, v.u., rel. Des. Prado Pereira, Juis nº 44). Desse tribunal, no mesmo sentido: Ap. Cív. n. 331.346-5/6 – São Paulo, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 01/10/2003, v.u., rel. Des. Paulo Travain, Juis nº 44. Ainda: "Ação coletiva promovida por substituto processual (sindicato/entidade de classe) e ação individual. Identidade de objeto e causa de pedir. Similitude de partes. Possibilidade de tramitação simultânea" (Ap. Cív. n. 97.04.24473-8-RS, 4ª T. TRF - 4ª Região, j. 23/05/2000, rel. Des. Edgar Lippmann, Revista de Processo nº 103, p. 343); "A ação coletiva ajuizada por sindicato não induz litispendência em relação à ação individual pelos trabalhadores, que bem por isso não ficam impedidos de ajuizar esta, na pendência daquela" (Ap.Cív. n. 77755-9, 1ª Câm. Cível TJPR, j. 20/02/2001, rel. Des. Francisco Pinto Rabello Filho, Revista de Processo nº 103, p. 355).

Ada Pellegrini Grinover, apesar de não reconhecer a litispendência entre a ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos e as ações individuais, fala em continência e sugere a reunião das ações (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 736-737) e (*Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor*. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira - coord. - *As garantias do cidadão da justiça*, p. 306). **Teori Albino Zavascki** também sugere a possibilidade de conexão entre a ação coletiva e a individual (*Processo coletivo*, p. 190-191). **Paulo Henrique dos Santos Lucon** e outros opinam nesse sentido (*Interpretação do pedido ...*, p. 195).

[496] Vejamos alguns julgados nesse sentido: "A existência de ação civil pública versando sobre direitos individuais homogêneos não inibe o titular do direito de propor ação, individualmente, e assim pleitear o que é de seu interesse, pois permanece incólume, nesses casos, o interesse de agir, que decorre da liberdade concedida à parte de preferir deduzir a pretensão isoladamente ..." (Ap. Cív. n. 95.03.070454-5 – SP, 5ª T. TRF – 3ª Região, j. 02/09/1996, – publicação 15/01/97, Bol. AASP 1986/19). "… o ajuizamento de ação coletiva não inibe a propositura de demanda individual, persistindo, portanto, o interesse de agir da autora (…). O deferimento de liminar em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal não conduz à carência da ação, persistindo o interesse da parte em ajuizar demanda com o objetivo de obter tutela jurisdicional individualizada" (REsp n. 770143-RS, 1ª T. STJ, j. 27/09/2005, rel. Min. José Delgado, DJU 17/10/2005, p. 228).

Outros, ainda, opinando pela conexão entre a ação individual e a coletiva[498], o que contraria a própria legislação. A maioria, porém, não reconhece essa conexão nem, muito menos, uma litispendência[499].

Já tendo a ação coletiva sido julgada, considerando os efeitos 'erga omnes' da decisão, mesmo sem poder falar em coisa julgada, pensamos que faltará interesse processual para a ação individual, já que o resultado daquela ação coletiva beneficiará as pessoas relacionadas com o fato. É claro que estamos imaginando ações com o mesmo objeto e causa de pedir.

Já se posicionou nesse sentido o Tribunal de Justiça do Paraná, *in verbis*:

> *AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO – CONTRATO DE ADESÃO – CONSÓRCIO – AÇÃO COLETIVA AJUIZADA ANTERIORMENTE – PROCON – ART. 81, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DA LEI 8.078/90 – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS – COISA JULGADA – EFEITOS ERGA OMNES – EXTINÇÃO DO PROCESSO – (...)*[500].

---

[497] REsp n. 402638-DF, 1ª T. STJ, j. 03/04/2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 02/06/2003, p. 187; REsp n. 786082-PR, 1ª T. STJ, j. 02/02/2006, rel. Min. José Delgado, DJU 20/02/2006, p. 237.

[498] CC n. 54882-SP, 1ª Seção STJ, j. 09/11/2005, Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 01/02/2006, p. 416.

[499] CC n. 523574, 2ª Seção STJ, j. 22/10/2003, Min. Barros Monteiro, DJU 19/12/2003, p. 312; CC n. 563983, 1ª Seção STJ, j. 25/08/2004, Min. Teori Albino Zavascki, DJU 13/09/2004, p. 165; CC n. 599277, 1ª Seção STJ, j. 23/02/2005, Min. José Delgado, DJU 28/03/2005, p. 179; ED no CC n. 627421, 1ª Seção STJ, j. 22/06/2005, Min. José Delgado, DJU 08/08/2005, p. 177; CC n. 640129, 1ª Seção STJ, j. 24/08/2005, Min. José Delgado, DJU 26/09/2005, p. 164; Ag. Reg. nos ED no CC n. 647256, 1ª Seção STJ, j. 14/09/2005, Min. Denise Arruda, DJU 24/10/2005, p. 156; Ap. Cív. n. 299.116-5/5 – São Paulo, 2ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 11/02/2003, v.u., rel. Des. Aloisio de Toledo César, Juis nº 44.

[500] Ap. Cív. n. 17262, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Regina Afonso Portes, publicação 12/06/2000, Juis nº 44.

Há os que enxergam a possibilidade de litispendência ou conexão entre as ações civis públicas e as populares, mas vêem ainda a possibilidade de coexistirem ação civil pública e ação popular, dependendo dos elementos[501].

Há decisões judiciais também opinando pela falta de interesse processual em ações populares quando a ação civil pública já foi julgada pela mesma questão.[502]

Outras decisões determinam a conexão da ação civil pública e da ação

[501] **Ricardo de Barros Leonel** diz que pode ocorrer litispendência entre a ação popular e a ação civil pública se ambas forem propostas com as mesmas circunstâncias de fato e de direito e com os mesmos pedidos e tampouco vê impedimento para que ocorra a continência entre uma e outra (*Manual do processo coletivo*, p. 117-118 e *A causa petendi nas ações coletivas*, p. 171). **Gregório Assagra de Almeida**, igualmente, enxerga a possibilidade de litispendência entre ambas, desde que haja coincidência entre as causas de pedir e os pedidos, já que a diferença entre as partes é apenas formal (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 310). **Gianpaolo Poggio Smanio** entende também haver litispendência entre ação coletiva (civil pública) e ação popular e exemplifica com duas ações que tenham o fim de desconstituir um ato lesivo ao meio ambiente (*Interesses difusos e coletivos*, p. 92). **Marcelo Abelha** também fala em litispendência, mas sugere a reunião das ações (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 75, nota 8). **Luiz Manoel Gomes Júnior** sugere a conexão, mas não admite a litispendência entre as ações (*Curso de direito processual coletivo*, p. 114-116). **Hugo Nigro Mazzilli** vê hipótese de litispendência entre ação civil pública e popular que possuam o mesmo pedido e a mesma causa de pedir (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 225). **Ada Pellegrini Grinover** ensina que a diferença entre os legitimados não exclui a identidade de partes ativas, por serem todos substitutos processuais da coletividade. Daí, para a autora, ser possível o fenômeno da litispendência entre a ação civil pública e a popular (*Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*, p. 24-25). Em um outro momento, a autora fala em conexão e continência entre a ação civil pública e a ação popular (*A ação civil pública no STJ*, p. 17 e 18). **Teresa Arruda Alvim Wambier**, ao citar a súmula n. 1 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, que opina pelo arquivamento do inquérito civil, caso os mesmos fatos investigados tiverem sido objeto de ação popular julgada improcedente pelo mérito, assim como a justificativa de que pode haver ação civil pública e ação popular com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, concorda com ela, sugerindo a não-propositura da ação civil pública. No caso, por ocorrer o fenômeno da coisa julgada e conseqüentemente, estando a primeira ação em andamento, verificar-se-ia litispendência (*Litispendência em ações coletivas*, p. 290-291).

[502] "O Município, antes da propositura desta ação, havia sido condenado em ação civil pública, de objeto mais amplo, a reparar o sistema de esgotos local, incluindo aquele objeto da ação popular. Não se vê interesse processual do autor em perseguir, em lide a parte, o mesmo objeto. É o caso de extinção por falta de interesse processual" (Ap. Cív. n. 153.521-5/8-00, 7ª Câm. Direito Público TJSP, j. 18/12/2000, rel. Des. Torres de Carvalho, Juis nº 44).

Ao contrário do julgado acima, **Rogério Lauria Tucci** opina pela falta de interesse processual de uma ação civil pública, que envolva mero interesse patrimonial, sem repercussão no interesse público, já que a via correta seria a da ação popular (*Ação civil pública* ..., p. 87-88).

popular[503] e ainda outras visualizam a litispendência entre ação civil pública e a popular[504].

Para nós, não há que falar em litispendência entre ação popular e outra ação coletiva (ação civil pública, para alguns), já que, ao menos, as partes são diferentes[505]; quando muito, poder-se-ia falar em conexão[506].

Encontramos decisão judicial nesse sentido, *in verbis*:

> *O cabimento da ação civil pública não prejudica a propositura da ação popular, nos termos mesmo do caput do art. 1º da Lei n. 7.347/85. Ambas convivem no sistema pátrio, diferindo-se, basicamente, quanto à legitimidade ativa, porquanto, quanto ao*

[503] CC n. 514944, 1ª Seção STJ, j. 08/10/2003, Min. Luiz Fux, DJU 17/11/2003, p. 197; CC n. 49815-CE, 1ª Seção STJ, j. 14/12/2005, Min. Denise Arruda, DJU 01/02/2006, p. 416; REsp n. 208680-MG, 2ª T. STJ, j. 06/04/2004, Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 31/05/2004, p. 253; Ag. Inst. n. 330.295-5/5 – São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 11/06/2003, v.u., rel. Des. Geraldo Lucena, Juis nº 44.

[504] "..., reconhecendo existir litispendência entre a ação civil pública e a ação popular, declarar a extinção do processo da ação popular, (....). EMENTA: Litispendência . Ação civil pública e Ação Popular visando a declaração de nulidade de resolução e decreto legislativo de Câmara Municipal. A identidade de demandas que caracteriza a litispendência e a identidade jurídica, quando, idênticos os pedidos, visam ambos o mesmo efeito jurídico (...). Pode-se dizer que há litispendência se a finalidade da ação popular é a mesma da ação civil pública, vez que ambas se destinam a anular os mesmos atos tidos como ilegais, editados pelo legislativo municipal" (Ap. Cív. n. 16714, 3ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Jesus Sarrao, publicação 02/03/2000, Juis nº 44).

[505] Quando dizemos que as partes são diferentes, não é apenas no aspecto formal, como ocorre com os co-legitimados, mas também no aspecto material, já que o cidadão, ao ajuizar uma ação popular, tem atuação distinta de um co-legitimado, pois exerce, ainda, sua cidadania, sua participação político-democrática não se podendo dizer, portanto, que esta atuação tem equivalência com a dos demais legitimados. Se fosse assim, o cidadão teria legitimidade também para as demais ações coletivas e os co-legitimados para a ação popular.

Acompanhando nossa opinião, encontramos **José Carlos Barbosa Moreira**, que esclarece não haver superposição entre as duas, já que cada uma tem a sua finalidade específica e própria (*Ações coletivas na CF de 88*, p. 193). Para **Paulo Roberto de Gouvêa Medina** não pode haver coincidência entre ação coletiva e ação popular, já que os legitimados são distintos (*Aspectos da ação civil pública*, p. 222). **Rogério Lauria Tucci** demonstra a impossibilidade de igualar as duas ações, já que possuem objetos e legitimidades diferentes (*Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário*, p. 38-39).

[506] Tal fenômeno é típico do processo coletivo, já que se permite a conexão, mesmo diante de regras de competência absoluta. Aplica-se à hipótese o fenômeno da prevenção (parágrafo único do art. 2º, LACP).

> *objeto, tutelam praticamente os mesmos interesses, sendo a popular apenas mais restrita que a civil pública*[507].

Diferente é o fenômeno da litispendência entre as demais ações coletivas. Sua ocorrência é possível no caso de identidade de elementos, ainda que as partes sejam 'formalmente' diferentes e os 'nomes' das ações sejam diversos[508].

Às vezes, no entanto, os tribunais, em lugar de determinar a extinção da segunda ação coletiva, estabelecem a reunião por conexão ou por continência[509].

Nesses casos, no entanto, como a análise dos pressupostos processuais normalmente antecede a das condições da ação, o processo deverá ser extinto por falta de pressuposto processual e não de interesse processual, muito embora não se possa negar a ausência do interesse[510].

---

[507] REsp n. 224677-MT, 2ª T. STJ, j. 07/06/2005, Min. João Otávio de Noronha, DJU 01/08/2005, p. 372.

[508] **Teresa Arruda Alvim Wambier** tem o nosso pensamento. A autora comenta que se duas ações coletivas têm o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, "coincidirão, necessariamente, os titulares dos direitos" (*Litispendência em ações coletivas*, p. 273). **Antonio Gidi** fala que não haverá litispendência entre ação civil pública e ação coletiva do CDC, ainda que o pedido e a causa de pedir sejam idênticos, já que o rol de legitimados da LACP é diferente do rol de legitimados do CDC (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 50). **Pedro da Silva Dinamarco** apresenta posição semelhante: "De fato, apenas quando o *mesmo autor* (parte formal) ajuizar duas ações coletivas com a mesma causa de pedir e mesmo pedido é que se estará caracterizada a litispendência, independentemente de serem elas da mesma espécie – isto é, de serem todas ações civis públicas, ou todas mandado de segurança coletivo ou todas ação popular – ou de espécies diferentes"; explica o autor: "Sendo as demandas coletivas, de qualquer espécie, ajuizadas por *autores diferentes* (p. ex., uma ação proposta pelo Ministério Público e outra por uma associação), o reconhecimento de litispendência significaria excluir a legitimidade de alguém que a lei ou a Constituição disseram ser parte legítima para seu ajuizamento". Opina o autor, nessa hipótese, pela conexão (*Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas*, p. 513-514).

[509] CC n. 483716, 1ª Seção STJ, j. 09/04/2003, Min. Franciulli Netto, DJU 12/05/2003, p. 206; CC n. 543356-RJ, 1ª T. STJ, j. 28/04/2004, Min. Teori Albino Zavascki, DJU 17/05/2004, p. 100.

[510] Já mencionamos em capítulo anterior que alguns autores enquadram a litispendência nas condições da ação e não nos pressupostos processuais. Essa é também a opinião de **Marcelo Abelha**, que, além da litispendência, também atribui à coisa julgada a qualidade de condição da ação, na modalidade de interesse processual (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 131 e 241).

Há que ter cuidado, no entanto, para não confundir ações idênticas com ações semelhantes. Assim, caso uma ação coletiva envolva em seu pedido direitos difusos, ela não será igual a outra que, embora baseada na mesma causa de pedir, contenha pedidos de direitos individuais homogêneos. As duas ações são diferentes e caberia, no máximo, falar em continência e em reunião das ações.

Agora, na situação tratada acima, caso a ação que continha pedido de direito difuso já tenha sido julgada, faltará interesse processual a essa outra que se refere aos individuais homogêneos?

Pensamos que não[511], até porque a verba recebida na ação coletiva que defendeu direitos difusos será destinada a um fundo, enquanto a recebida na que defendeu direitos individuais homogêneos será destinada às vítimas, caso providenciem a execução.

Ainda seguindo a linha de debates envolvendo ações coletivas e individuais, há que questionar o interesse processual nas hipóteses de suspensão das ações individuais diante de uma ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos. As dúvidas que podem surgir são: a) tendo a ação coletiva sido julgada improcedente, haverá interesse processual na continuidade da ação individual?; b) tendo a ação coletiva sido julgada procedente, deverá a ação individual ser extinta, por falta da condição do interesse processual?; c) uma vez requerida a suspensão da ação individual para ingresso como

[511] Já **Antonio Gidi** tem outra compreensão. Para ele, uma vez julgada procedente a ação coletiva em defesa de direito difuso, torna-se despicienda a propositura da ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, correspondente (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 220 -221).

litisconsorte na ação coletiva, é possível voltar atrás e prosseguir com a ação individual, retirando-se da coletiva?

Primeiro, há que lembrar que o legislador não impediu o prosseguimento da ação individual diante da improcedência da ação coletiva. Restará ao juiz analisar a ausência do interesse processual, no caso concreto.

Segundo, caso a ação individual tenha sido suspensa para aguardar o resultado da ação coletiva, sendo esta julgada procedente, deverá sim ocorrer a extinção da ação individual, por falta de interesse processual.

Por fim, pensamos que o retorno do particular à situação anterior não deve ser permitido, quer dizer, voltar atrás quando já havia ingressado como litisconsorte, já que esse 'litisconsórcio', conforme expusemos algures[512], é outro, não o previsto na legislação processual individual e, naturalmente, apresenta contornos específicos. Sugerimos neste trabalho que se dê ao indivíduo oportunidade de ingressar desde que adite a inicial, sob pena de ficar descaracterizado o seu interesse, já que, de qualquer modo, se beneficiará pela coisa julgada *erga omnes*, que ocorrerá somente para beneficiar. Logo, se o indivíduo ingressou e aditou a inicial, não se lhe faculta o direito de se retirar para prosseguir com a ação individual, devendo permanecer ou, quando muito, retirar-se (com a concordância do réu) para aguardar o resultado dessa ação coletiva[513].

---

[512] *Litisconsórcio e intervenção de terceiros na tutela coletiva*, p. 103-106.

[513] **Rodolfo de Camargo Mancuso** entende que faltará possibilidade jurídica do pedido e interesse processual "... a ulterior extromissão do indivíduo antes aderido à demanda coletiva, visto que tal alvitre – *right to opt*

Outro debate importante nesse ponto que trata do interesse processual refere-se ao ajuizamento de uma ação coletiva, diante da existência de compromisso de ajustamento, firmado por um dos co-legitimados.

Encontramos decisão judicial opinando pela presença do interesse processual, diante da existência de compromisso de ajustamento, porém, tendo a ação coletiva proposta objeto diferente daquele contido no compromisso[514].

Parece que restará ausente referida condição nesse caso. Afinal, um título executivo extrajudicial impedirá a propositura da ação, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual[515].

Resta também inquirir se, diante da repropositura de uma ação coletiva já julgada improcedente por falta de prova, em não se oferecendo prova nova, a hipótese será pela extinção do processo por falta de interesse processual ou pela repetição da improcedência por falta de prova[516].

---

out(?) – albergado alhures, é, todavia, estranho, senão incompatível com o regime vigente em nosso País" (*A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais*, p. 35).

[514] Ag. Inst. n. 365.761-5/3 – Leme, 6ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 25/07/2005, v.u., rel. Des. Rebello Pinho, Juis nº 44.

[515] Não é o que pensa, no entanto, **Marcelo Abelha**, para quem "se o CACEL for realizado extraprocessualmente por órgão público, só valerá entre os compromitentes, sem eficácia perante os demais legitimados à propositura da ação civil pública, mesmo que seja o *parquet* o responsável pela realização do compromisso. A eficácia para os demais legitimados à propositura da demanda só valerá se o CACEL for realizado perante órgão do Poder Judiciário, passando a ter natureza de título executivo judicial. Nesse caso, certamente servirá como elemento impeditivo à propositura da demanda coletiva, quando o objeto desta última coincida com o que foi acordado no compromisso. Qualquer diferença entre um e outro objeto (do compromisso e da demanda coletiva proposta) permitirá que a demanda proposta não seja obstada pela falta de interesse de agir" (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 84). **Hugo Nigro Mazzilli** se manifesta nesse sentido: "Se qualquer outro co-legitimado à ação civil pública ou coletiva não aceitar o compromisso de ajustamento tomado extrajudicialmente pelo órgão público, poderá desconsiderá-lo e buscar diretamente os remédios jurisdicionais cabíveis ..." (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 365). Já **Fernando Grella Vieira**, ao escrever artigo sobre o tema, entende que a possibilidade de ajuizamento da ação coletiva, diante da existência de um compromisso, será sempre excepcional, diante de irregularidades na transação (*A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público*, p. 47).

A nosso ver, ocorrerá extinção por ausência de interesse processual, caso em que, conforme o legitimado, deve haver aplicação de penalidade por litigância de má-fé.

Ainda, em sede de interesse processual, devemos destacar a condição da legitimidade que, muitas vezes, é tratada como tal, quando, na verdade, faz parte da condição ora em comento. Como dissemos, a discussão em torno da "representação adequada" ou da "pertinência temática", muitas vezes, trata os temas como correlatos à legitimidade de partes, quando, na verdade, em nosso entender, pertencem ao interesse processual.

No entanto, muitos autores acabam mesclando as duas condições como se uma só fossem[517]. Atente-se para o comentário de um autor brasileiro sobre o tema:

> "*A doutrina tradicional identifica uma peculiaridade sobre o interesse processual nas demandas coletivas, afirmando que para os entes públicos*

---

[516] Para **Marcelo Abelha**, "a 'nova prova' que embasa a repropositura da demanda coletiva e afasta a presunção de que a insuficiência foi material precisa ser revelada de plano, como um dos requisitos específicos do interesse de agir" (*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 224, nota 47). Não pensa diferente **Antonio Gidi** (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 135).

[517] **Rodolfo de Camargo Mancuso** segue essa tendência ao comentar que, enquanto nas lides individuais há implicação entre o interesse processual e a titularidade do direito material, nas coletivas, busca-se o interesse processual na própria legitimidade e relevância da pretensão (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 128 a 131). Igualmente pensa **José Marcelo M. Vigliar** ao dizer que "a legitimidade basta para se concluir pela presença do interesse; a legitimidade, quando presente, é suficiente para a aferição do interesse de agir. Se se preferir: se a parte é legítima para a demanda coletiva, o interesse fica presumido, ou seja, o legislador previamente reconhecera aos legitimados a condição de interlocutores dos interessados (interessados do ponto-de-vista do direito material)" (*Tutela jurisdicional coletiva*, p. 65).

Há também decisões judiciais misturando as duas condições: "... qualquer que seja a natureza jurídica do pedido (declaratório, condenatório, constitutivo, satisfativo ou cautelar) é adequada à ação civil pública, a traduzir o interesse de agir, sem prejuízo da ação própria que possa ser exercida para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo municipal, contestado em face da Constituição Estadual (...). É inconteste a legitimidade *ad causam* ativa do Ministério Público para defender em juízo qualquer interesse difuso ou coletivo, de modo concorrente" (Ap. Cív. n. 167.320-1, 5ª Câmara Cível TJSP, LEX 138/26).

legitimados, mormente para o Ministério Público, esta condição da ação é presumida, decorrente da legitimação. ***O legislador, ao prever a legitimação, teria implicitamente conferido o interesse de agir****. O interesse processual, na hipótese, seria presumido e ínsito na própria demanda*" [518] (grifos nossos).

Por outro lado, esse mesmo autor repele a confusão ao comentar que a presunção de interesse referida por outros estudiosos indica, na verdade, uma presunção de interesse material, não processual. Reforçada essa idéia, o autor, ao comentar sobre a legitimidade do Ministério Público, entende que o legislador, no caso, não presume o interesse da instituição, mas

"... a pertinência temática para a sua atuação em todas as hipóteses abstratas em que foi habilitado a agir em juízo. O que se presume, dispensando a verificação em concreto, é, v.g., que tem o ***Parquet*** *interesse (material) na recuperação do meio ambiente lesado, na proteção do consumidor contra a propaganda enganosa, na defesa do patrimônio público e do erário, na defesa das pessoas portadoras de deficiência etc*"[519].

---

[518] **Ricardo de Barros Leonel**, *Manual do processo coletivo*, p. 207.

[519] *Ibid*, p. 208.

Parece ser esse, aliás, o mesmo caminho de raciocínio traçado por **Álvaro Luiz Valery Mirra**, que menciona: "Indagações diversas, por vezes, sugeridas pela doutrina, concernentes à verificação *in concreto* do interesse específico do autor da ação em questão na proteção do bem ambiental degradado – como p. ex.: Qual o interesse de um determinado Estado-membro da Federação no ajuizamento de demanda para a reparação de danos causados por poluição de rio que não banha o seu território? Qual o interesse de certa associação de defesa do meio ambiente sediada em determinada localidade, ou criada para atuar na proteção de determinado ecossistema ou bem ambiental específico, na propositura de ação civil pública de responsabilidade por danos a bem ambiental diverso ou situado em região distante? (...) – não tem razão de ser, para fins de apuração do interesse de agir, por estarem relacionados, em verdade, ao interesse material do demandante na causa e não ao interesse processual. (...) Assim, (...) na realidade o que se está questionando é se essa organização (...) tem

Ora, a nós parece que o que o autor dispôs conduz sim à condição do interesse processual e não material, como sugerido. Basta pensar, usando os mesmos exemplos oferecidos pelo autor em comento, que se o Ministério Público, para ter interesse, deve defender o meio ambiente lesado ou proteger o consumidor contra propagandas enganosas, etc., isso se demonstrará pelo pedido e pela causa de pedir oferecidos na ação, que será coletiva justamente por conter tais elementos. Na ausência de um pedido coletivo, faltará ao Ministério Público interesse processual, já que sua legitimidade – concordamos - não se pode negar.

Mais especificamente, mas ainda dentro da condição do interesse processual nas ações coletivas, é importante destacar que, de acordo com a legislação processual coletiva, o legitimado, nas obrigações de fazer ou não fazer, deve requerer a tutela específica ou o pagamento dos danos[520]. Daqui surge o questionamento: faltará interesse processual se o legitimado, mesmo sendo possível a tutela específica, requerer a conversão em perdas e danos?

A legislação parece deixar a critério do legitimado, mas, levando em conta a *ratio* das ações coletivas, havendo possibilidade de tutela específica, não faltará utilidade ao pedido de reparação em pecúnia[521]? Entendemos que sim.

---

representatividade adequada e, por via de conseqüência, legitimidade para agir ..." (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 220 e 221).

[520] Art. 3º da LACP e art. 84 do CDC.

[521] **Pedro Lenza** entende que sim. Para ele, o autor coletivo não tem discricionariedade e deverá sempre preferir a tutela específica (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 342). **Nelson** e **Rosa Nery** dizem que a conversão em perdas e danos é exceção nas ações coletivas, mas que poderá ocorrer diante da opção do autor ou da impossibilidade de obtenção do resultado prático equivalente. "O princípio é o da maior coincidência possível entre o direito e sua realização, de modo que, ordinariamente, não se admite a substituição da tutela específica por perdas e danos, mas somente por exceção" (*CPC comentado*, p. 1149). **Carlos Alberto de Salles**, ao escrever sobre a tutela específica e a ação civil pública, fala da primazia que deve ser dada à tutela específica (*Execução específica e ação civil pública*, p. 85-96). No mesmo sentido, **José Rubens Morato Leite**, **Maíra Luísa Milani de Lima** e **Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira** (*Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização*, p. 335). **Marcelo Buzaglo Dantas** entende que "o permissivo legal não deixa dúvidas quanto à plena possibilidade de o juiz adotar

Há que questionar, por fim, ainda em sede de interesse processual, se a ação coletiva poderá ter pedidos somente declaratórios e constitutivos e não incluir o condenatório[522] ou, ainda, se poderá cumular pedidos de obrigação de fazer ou não fazer com o pagamento em dinheiro e, por fim, se haverá única e exclusivamente o pedido de condenação em dano moral coletivo[523].

Pensamos, falando de maneira geral sobre as ações coletivas, que nada impede que o pedido tenha qualquer natureza[524], ainda que não seja condenatório, e vemos igualmente a possibilidade de cumulação de pedidos[525]. O que não é de admitir são pedidos cumulados que caracterizem duplicidade no cumprimento da obrigação. De qualquer forma, as regras do art. 292 do CPC deverão ser respeitadas, quando da cumulação. As ações coletivas, ainda, poderão envolver quaisquer direitos coletivos, ainda que não previstos no rol do

---

providências equivalentes à concessão da tutela específica, ainda que as mesmas não tenham sido postuladas pelo autor" (*Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental*, p. 403-404).

[522] **João Batista de Almeida** diz que o objeto da ação civil pública deve ser sempre um provimento condenatório (*Aspectos controvertidos ...*, p. 126).

[523] **Carlos Alberto Bittar Filho** define o dano moral coletivo: "... o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial" (*Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*, p. 44-62).

[524] Ao fazer uma pesquisa de campo, envolvendo 285 ações coletivas, **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro** encontrou, de acordo com a natureza dos pedidos, o seguinte resultado: Obrigação de fazer (57,47%); obrigação de fazer e/ou não fazer (12,64%); obrigação de não fazer (9,19%); obrigação de fazer e/ou ressarcimento de danos (8,04%); ressarcimento de danos (5,74%); meramente declaratório (3,44%); obrigação de fazer, obrigação de não fazer e/ou ressarcimento de danos (2,29%); obrigação de dar (1,14%) (*Acesso à justiça ...*, p. 188).

[525] **Hugo Nigro Mazzilli** exemplifica: "nada impede (...) que se condene o réu a pagar uma indenização pelos danos até então já causados, e, ao mesmo tempo, a cumprir uma obrigação de fazer, como pôr um filtro numa chaminé de fábrica, para prevenir danos futuros" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 125). Também, para **Gisele Santos Fernandes Góes**, nada impede a cumulação com o pedido de dano moral coletivo (*O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público*, p. 477).

Os tribunais também admitem a cumulação de pedidos nas ações coletivas, desde que respeitado o art. 292 do CPC (REsp n. 547780-SC, 2ª T. STJ, j. 02/022006, Min. Castro Meira, DJU 20/02/2006, p. 271).

art. 1º da LACP, não se lhes impedindo, também, o pedido de dano moral coletivo.

Mas a jurisprudência nem sempre vem a esse encontro. Vejamos um julgado, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Requisitos – Ajuizamento buscando reintegração na posse de imóvel doado à Cooperativa – Inadmissibilidade – (...) – Não-enquadramento, ademais, da ação no disposto nos arts. 1º e 3º da Lei 7.347/85 – Inadequação da via eleita verificada – Extinção do processo decretada – Recurso desprovido*[526].

4. A "carência" da ação coletiva

Vimos que, diante da falta de qualquer condição da ação (individual), o juiz deverá declarar o autor carecedor da ação ou indeferir a petição e extinguir o processo sem resolução do mérito, o que lhe possibilitará propor novamente a ação, desde que corrigido o defeito.

Vimos ainda que a apreciação do pedido leva à extinção do processo com resolução do mérito, estando a questão decidida definitivamente, impossibilitando a repropositura, sob pena de nova extinção, vista a coisa julgada.

Quando se fala de ação coletiva, no entanto, percebe-se uma roupagem diferente no que diz respeito à possibilidade de propor novamente a ação, ainda que tenha havido julgamento do pedido. É o que ocorre nas improcedências por

falta de prova, permitindo o legislador que qualquer legitimado proponha novamente a ação, diante de novas provas.

O código modelo e os anteprojetos mencionados vão além e permitem que, mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, outra ação possa ser intentada, quando surgir prova nova, superveniente.

Isso mostra com clareza que há outras situações além da extinção do processo sem julgamento do mérito (por falta das condições) que permitem repropor uma ação coletiva. Tal constatação, contudo, não retira das ações coletivas a possibilidade de extinção sem apreciação do mérito, pelo não-preenchimento das condições.

Analisemos a partir de agora como podem e devem ser preenchidas as condições para cada espécie de ação coletiva ou para cada bem ou direito coletivo a proteger.

Na abordagem, veremos que todas as menções feitas até agora poderão sofrer algumas alterações ou acomodações.

---

[526] Ap. Cív. n. 250.029 – 4/6 – São Miguel Arcanjo, 3ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. 11/10/05, v.u., rel. Des. Donegá Morandini, Juis nº 44.

VI – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE AÇÕES COLETIVAS

1. Ação popular

A ação popular, vimos, está prevista como garantia constitucional do cidadão e apresenta legislação infraconstitucional de natureza mista (material e instrumental).

Ainda assim, embora regulamentada por legislação específica, inclusive de ordem processual, ser-lhe-ão aplicadas as normas do processo coletivo, naquilo que couber.

Embora não seja a ação coletiva mais utilizada, por ter como único legitimado o cidadão, a ação popular, por outro lado, acaba sendo o único instrumento à disposição de cada indivíduo para inutilizar e anular atos lesivos a bens de interesse de toda a coletividade, razão por que deveria ser considerado dos mais importantes.

Vejamos suas condições.

1.1. Possibilidade jurídica do pedido

Para que o pedido feito na ação popular seja considerado juridicamente possível, basta que seja um pedido lícito, possível de atingir ou não proibido expressamente pelo ordenamento jurídico.

Assim, v.g., é claro que não posso pretender, pela ação popular, além de requerer a nulidade do ato lesivo, obter autorização para punir, com minhas próprias mãos, o funcionário público responsável nem tampouco formular pretensões que não possam ser atendidas, como forçar a autoridade que autorizou o desmatamento a replantar, de próprio punho, toda a área desmatada, etc.

Essa, como vimos, é a nossa forma de compreender a condição da possibilidade jurídica do pedido. No entanto, verificamos outras situações que acabam sendo enquadradas nessa condição, quando a ausência estaria no interesse processual. É a hipótese, por exemplo, de o autor pedir reparação de danos individuais mediante a ação popular. Para alguns, será decretada a carência da ação por falta de possibilidade jurídica do pedido[527].

O mesmo se dá com a ausência do binômio lesividade/ilegalidade, que, para alguns, se não presentes quando da propositura da ação popular, conduzirá à impossibilidade jurídica do pedido[528].

---

[527] "..., ressalvados casos evidentes de impossibilidade jurídica (como, v.g., se o objeto da ação se reduz à simples pretensão de defesa de direito individual), ..." (**Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 147).

[528] Esse o posicionamento de **Humberto Theodoro Júnior**: "Ao cidadão é outorgado o direito de deduzir pretensão no sentido de defesa do patrimônio público afastando lesão resultante de ato ilegal ou imoral. A tutela do patrimônio, por sua vez, se dará através da anulação do ato lesivo e da condenação dos responsáveis à sua recomposição. Destarte, para que haja a possibilidade jurídica do pedido – admissibilidade em abstrato da providência rogada ao órgão judicial – na ação popular, necessário é que se postule a anulação do ato ao fundamento de sua ilegalidade/imoralidade e lesividade e que a condenação se dirija à recomposição do patrimônio das pessoas jurídicas previstas em lei" (*Ação popular – Defesa dos interesses de investidores – Títulos de capitalização – Descabimento – Carência de ação*, p. 72).

No entanto, não vislumbramos a hipótese como de impossibilidade jurídica do pedido, mas como de ausência de interesse processual, sobre o qual nos manifestaremos a seguir.

1.2. Legitimidade das partes

A legitimidade ativa para a ação popular é exclusiva do cidadão[529], que poderá atuar sozinho ou em litisconsórcio[530] com outros cidadãos.

Também é possível a outros cidadãos ingressarem posteriormente como assistentes[531].

Desse posicionamento partilhou o STF: "A existência de ato lesivo é pressuposto da possibilidade jurídica da ação popular" (RE n. 98.705-3-MG, 2ª T., v.u., j. 23/08/83, rel. Min. Francisco Rezek, RT 595/288, ement.).

[529] Há quem fale numa espécie de ação popular proposta pelo Ministério Público, por força do que dispõe o art. 25, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Nesse sentido, **Ada Pellegrini Grinover** (*Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*, p. 23). (Ver ainda nota citada à frente, no capítulo que aborda as condições dos interesses difusos, na qual citamos a autora). **Nelson** e **Rosa Nery** também mencionam uma espécie de ação popular, proposta pelo Ministério Público: "Ao promotor de justiça cabe não só ação popular para coarctar essa forma de propaganda (CF, art. 5º, LXXIII, LAP, art. 2º, parágrafo único, c) como também a própria ação civil pública de que cuida a CF, art. 129, III" (*Código de processo civil comentado*, nota ao art. 2º, da Lei 4.717/65, p. 1191). **Waldemar Mariz de Oliveira Jr**. fala da possibilidade de a comunidade propor ação popular. O autor visualiza a comunidade como organismo sem personalidade jurídica, mas que equivale à soma de todos os cidadãos (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*, p. 21).

Encontramos também decisão (STJ) favorável à legitimidade do MP para a propositura da ação popular: "Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança Coletivo" (Embargos de declaração no REsp n. 599598, 1ª T. STJ, j. 08/03/2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/03/2005, p. 191).

[530] O litisconsórcio ao qual referimo-nos é o inicial-facultativo, muito embora a lei fale em litisconsórcio ulterior e em assistência: "É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular" (art. 6º, § 5º).

[531] Tal ingresso, pensamos, dar-se-á na figura da *assistência litisconsorcial*, já que o ingressante poderia ter sido litisconsorte-facultativo-ativo na ação popular (vide comentário nota anterior).

Embora o Ministério Público participe de todas as ações populares, como fiscal[532], está proibido de assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores[533].

No entanto, havendo desistência da ação ou dando o autor motivo à absolvição da instância[534], permite-se ao Ministério Público[535] ou a qualquer cidadão promover o prosseguimento da ação. Igualmente, atribui-se legitimidade ao *parquet*[536] para a execução, caso o autor popular não a promova no prazo.

---

[532] **Gregório Assagra de Almeida** diz que o Ministério Público na ação popular atua como *parte adesiva ativa*, ou seja, não é um simples *custus legis* e sim *parte assistencial* (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 406). **Hely Lopes Meirelles** também entendeu que o Ministério Público, na ação popular, é, na verdade, *parte pública autônoma* (*Mandado de segurança, Ação popular, ...*, p. 131-132). **Rodolfo de Camargo Mancuso** ensina que, na ação popular, o Ministério Público pode assumir as seguintes posições: a) oficiante necessário, enquanto fiscal da lei; b) órgão ativador e agilizador da prova; c) sucessor processual do autor (*Ação popular*, p. 231).

Encontramos decisão judicial que parece concordar com tais posicionamentos doutrinários, já que permitiu ao Ministério Público, que estava atuando como fiscal da lei, emendar a inicial (Ap. Cív. n. 197.876-5/9 – São Sebastião, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j.14/05/2003, v.u., rel. Des. Teresa Ramos Marques, Juis nº 44).

[533] "Ao vedar a lei que o Ministério Público assuma a defesa do ato impugnado ou dos seus autores, pretendeu o legislador sim que essa instituição atue vinculada aos interesses magnos da sociedade, para resguardar a sua observância; todavia, isso não proíbe o órgão do Ministério Público de opinar, livremente, pela improcedência do pedido ou de alegar questão de ordem pública que leve, v.g., à extinção do processo sem julgamento do mérito, até porque a independência funcional do Ministério Público é princípio consagrado no texto constitucional ..." (**Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 406, nota 775).

"Aprovada em época em que o Ministério Público desempenhava também, em muitos casos, a defesa judicial da administração pública, a proibição de 'assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores' deve ser entendida, apenas, como se referindo à de atuar como representante judicial da parte ré. É a única interpretação que se mostra compatível com o atual regime constitucional (CF, art. 129, IX). Qualquer outra, especialmente a que acarreta limites à sua livre atuação como *custos legis*, deve ser tida como não recepcionada pela Constituição de 1988" (**Teori Albino Zavascki**, *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 101).

[534] "..., a antiga 'absolvição da instância' corresponde hoje à 'extinção do processo sem julgamento do mérito' de que trata o art. 267, II e III, do CPC" (**Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 248).

[535] **Gregório Assagra de Almeida** entende ter o legislador atribuído ao *parquet*, nessa hipótese, uma *legitimidade ativa subsidiária incidental* e que essa não é uma faculdade do MP e sim um dever (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 406). **Rodolfo de Camargo Mancuso** aponta também uma *legitimidade ativa subsidiária ulterior* (*Ação popular*, p. 85). **Daniel Amorim Assumpção Neves** diz que o Ministério Público só poderá assumir a causa de forma superveniente, caso o cidadão ou a pessoa jurídica não a assumam (*Comentários à lei de ação popular – Art. 9º*, p. 235-236).

[536] O que **Gregório Assagra de Almeida** chama de *legitimidade ativa subsidiária obrigatória* (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 407) e **Rodolfo de Camargo Mancuso** de *exeqüente subsidiário ulterior* (*Ação popular*, p. 85).

Aliás, no que diz respeito à legitimidade para a execução, tanto a têm o autor popular, o terceiro prejudicado e, ainda, o Ministério Público. Da mesma forma, pessoas ou entidades mencionadas no art. 1º poderão promover a execução, mesmo que tenham contestado, contra os demais réus[537].

Interessante mencionar a decisão judicial que determinou a assunção da ação pelo Ministério Público, equiparando a inércia do autor popular à desistência, *in verbis*:

> *MINISTÉRIO PÚBLICO – Substituição Processual – Ação Popular – Consoante as disposições do 'caput' do art. 6º da Lei nº 4.717/65, ao autor popular não é dado escolher dentre os beneficiários diretos do ato impugnado os inimigos contra os quais deseja mover a demanda, senão incluí-los todos, como litisconsortes passivos necessários que, legalmente, o são – A pretensão de amparo a direito individual próprio, ao escolher os adversários, excluindo do pólo passivo da demanda amigos e clientes, acarreta na demissão do autor-popular da condição de representante da comunidade - Equiparação da aludida inércia à desistência, enquadrando-se a hipótese nos ditames do art. 9º da mesma Lei – (...)*[538].

Quanto à assunção por qualquer outro legitimado, pensamos ser inviável. No entanto, encontramos uma decisão na qual foi permitida a assunção da ação popular pela pessoa jurídica de direito público que se encontrava anteriormente no pólo passivo da ação popular[539].

---

[537] Com as recentes mudanças na legislação processual civil a respeito da execução, outros contornos também deverão ser dados aos processos coletivos.

[538] AI n. 381.893-5/2-00 – Igarapava, 2ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 12/04/2005, v.u., rel. Des. Alves Bevilacqua, Juis nº 44.

[539] "A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (...). Filio-me à corrente que defende a tese de retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, cumpridos os preceitos do art. 9º da Lei 4.717/65, não tendo assumido a demanda o Ministério Público

Não concordamos com referida decisão, já que a lei da ação popular é clara em legitimar apenas o cidadão ou cidadãos para ela, permitindo, excepcionalmente, que o Ministério Público assuma a ação, diante de desistência do autor popular - cidadão.

Resta saber quem é o cidadão. Muito embora o § 3º do art. 1º, da Lei nº 4.717/65, esclareça que a prova da cidadania será feita com o título eleitoral ou documento correspondente, alguns entendem que basta ser brasileiro ou estrangeiro residente no País para gozar da condição de cidadão[540].

Outros, aliás a maioria, entendem ser necessário o aspecto político, ou seja, ser um brasileiro eleitor, com direito a voto, direito vedado aos estrangeiros[541].

---

ou outro popular, inexiste óbice em que o ente público assuma ..." (Agravo Regimental no REsp n. 439854-MS 2ª T. STJ, j. 08/04/2003, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18/08/2003, p. 194).

[540] **Rosa Maria Nery**, **Marcelo Abelha** e **Celso Antonio Pacheco Fiorillo** assumem essa posição (*Direito processual ambiental brasileiro*, p. 223-226). Acompanhando, **José Rubens Morato Leite** (*Ação popular: um exercício da cidadania ambiental?*, p. 132) e **José Sérgio Monte Alegre** (*Ação popular: Direito Político?*, p. 83). **Gregório Assagra de Almeida** entende que a garantia constitucional deve ser interpretada ampliativamente e que a Lei 4.717/65, nesse aspecto, não foi recepcionada pela Constituição. Para o autor, portanto, tanto o índio, como o analfabeto, os que estão com os direitos políticos suspensos, etc., podem ajuizar ação popular, não estando a concepção de cidadão limitada a quem tenha capacidade de votar e esteja em dia com os direitos políticos (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 303 e 408). **Luiz Manoel Gomes Júnior** diz que o cidadão é "*qualquer integrante da população brasileira* e não apenas o eleitor, havendo, assim, uma ampla gama de pessoas (toda a população) legitimada a defender os direitos tuteláveis em sede de Ação Popular" (*Curso de direito processual coletivo*, p. 73). **Alexandre de Moraes** diz que o cidadão, para fins de ação popular, é "o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos ..." (*Direito constitucional*, p. 167).

De qualquer forma, o cidadão não pode ser equiparado a qualquer pessoa; a pessoa jurídica, por exemplo, não tem legitimidade para a ação popular (SÚMULA 365 do STF).

[541] **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que o exercício da ação popular pede a concomitância da dupla condição de brasileiro e eleitor (*Ação popular*, p. 154). Nesse sentido, **Luiz Manoel Gomes Júnior**, para quem a condição de eleitor verifica-se com o brasileiro, no gozo dos seus direitos cívicos e políticos (*Curso de direito processual coletivo*, p. 15), **Nelson** e **Rosa Nery** (*CPC comentado*, p. 82), **Roberto Senise Lisboa** (*Contratos difusos e coletivos*, p. 524), **José Afonso da Silva** (*Direito ambiental constitucional*, p. 321), **Celso Ribeiro Bastos** (*Curso de direito constitucional*, p. 246), **José da Silva Pacheco** (*O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 530), **Ada Pellegrini Grinover** (*A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 39), **José Carlos Barbosa Moreira** (*A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional*

Para nós, o binômio brasileiro[542]/eleitor parece mais adequado à finalidade da legislação atinente à participação popular em aspectos que digam respeito aos próprios cidadãos.

Já se posicionou nesse sentido o STF, *in verbis*:

> *Como se sabe, a ação popular somente pode ser promovida por cidadão (CF, art. 5º, LXXIII), vale dizer, por qualquer pessoa física que possua o 'status activae civitatis', eis que se trata de prerrogativa constitucional inerente à condição político-jurídica de quem é eleitor (...)*[543].

Também o STJ já determinou a extinção do processo por falta de comprovação da qualidade de cidadão, ou seja, a juntada de cópia de título de eleitor[544].

Nessas hipóteses, a extinção deverá dar-se por ilegitimidade de parte.

Seguindo a discussão essa esteira, considerada a condição de eleitor, há que questionar se os menores de 18 anos e maiores de 16 portadores de título de

---

dos chamados 'interesses difusos', p. 12), **Teori Albino Zavascki** (*Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 36, Revista de processo nº 78, p. 32-49), **Milton Flaks** (*Instrumentos processuais de defesa coletiva*, p. 64), **Paulo Affonso Leme Machado** (*Direito ambiental brasileiro*, p. 344), **Hely Lopes Meirelles** (*Mandado de segurança. Ação popular ...*, p. 132), **Ricardo Castilho** (*Acesso à justiça – tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*, p. 105) e **Pedro da Silva Dinamarco** (*Comentários ao artigo 1º da lei da ação popular...*, p. 43).

[542] **Pedro da Silva Dinamarco** nos lembra que "... a Constituição Federal assegura aos cidadãos portugueses residentes no Brasil os mesmos direitos inerentes ao brasileiro, desde que haja reciprocidade (CF, § 1º). Como vem se interpretando que o brasileiro teria legitimidade para ajuizar ação popular em Portugal (...) então conclui-se que portugueses residentes no Brasil podem votar e também têm legitimidade para ajuizar ação popular visando à defesa do nosso patrimônio público" (*Comentários ao artigo 1º da lei da ação popular ...*, p. 45-46).

[543] CC n. 7.123-1, decisão monocrática, j. 14.05.2002, rel. Min. Celso de Mello, DJU maio/2002.

[544] REsp n. 538240-MG, 2ª T. STJ, j. 09/08/2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 05/09/2005, p. 345.

eleitor também podem propor ação popular, já que, pela Constituição Federal, podem votar.

Pensamos que o pressuposto processual da capacidade de estar em juízo deve ser preenchido da mesma maneira. Assim, o eleitor nessa faixa etária, se quiser ser autor de uma ação popular, deverá estar assistido[545]. É claro que, ainda que não devidamente assistido, continuará sendo parte legítima, mas haverá vício de pressuposto processual subjetivo referente à parte ativa.

Quanto aos legitimados passivos, é também na legislação (art. 6º) que está disciplinada tal legitimidade, podendo ser proposta contra pessoas públicas ou privadas[546] e ainda contra todas as entidades mencionadas no art. 1º, ou seja, as entidades autárquicas[547], sociedades de economia mista[548], sociedades mútuas de

[545] Alguns autores pensam como nós. **Rodolfo de Camargo Mancuso** visualiza a possibilidade do eleitor menor de 18 ser autor da ação popular, desde que assistido (*Ação popular*, p. 165-166). Da mesma forma, **Pedro da Silva Dinamarco** (*Comentários ao artigo ...*, p. 48).

Há decisões judiciais nesse sentido: "Ainda quando se trate de ação popular, não bastam a legitimidade *ad causam* e *ad processum*, mas há necessidade, também, da observância da capacidade de postular em juízo" (RTJ 89/240). "A exigência da assistência para o relativamente incapaz, na ação popular, não implica restrição ao direito constitucional, nem contraria as disposições da Lei n. 4.717/65" (Boletim da AASP n. 1.597/180).

Outros, como **Nelson** e **Rosa Nery**, entendem desnecessária a assistência: "O eleitor com dezesseis anos (CF, art. 14, § 1º, II, c) é parte legítima para propor ação popular, estando capacitado para o exercício desse poder que decorre de sua condição política de eleitor. Poderá agir em juízo, praticando atos processuais, sem a assistência dos pais ou representantes legais, pois o exercício pleno dos direitos políticos não pode ser feito por representação, nem se coaduna com a submissão ao pátrio poder" (*Código de processo civil comentado*, nota 10 ao art. 7º do CPC, p. 267). Nesse sentido, **Roberto Senise Lisboa**, para quem o incapaz pode propor ação popular, ainda que não assistido, embora reconheça que faltará ao menor a legitimidade *ad processum* (*Contratos difusos e coletivos*, p. 524). **Alexandre de Moraes** diz não haver necessidade de assistência (*Direito constitucional*, p. 168). Acompanhado por **José da Silva Pacheco** (*O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 340, 1990) e **José Afonso da Silva** (*Ação popular constitucional*, p. 182, 1968).

[546] **Ricardo de Barros Leonel**, embora não concorde com a restrição, entende que o cidadão só pode propor a demanda popular em face do Estado (*Manual do processo coletivo*, p. 421).

[547] "Art. 20. Para os fins desta Lei, consideram-se entidades autárquicas:
a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral;
b) as pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para a execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro Público;

seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinqüenta por cento) do patrimônio ou da receita ânua de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do DF, dos Estados e dos Municípios[549] e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos, bem como contra as autoridades[550], funcionários[551] ou administradores[552] que, de algum modo, tenham autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou, ainda, que por omissão tiverem dado oportunidade à lesão e também contra os beneficiários diretos[553].

---

c) as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais".

[548] **Carlos Thompson Flores** (parecerista) opina pela impossibilidade jurídica do pedido pelo fato de a ação popular ter sido proposta em face de uma sociedade de economia mista (*Ação popular constitucional – pressupostos que autorizam o seu ajuizamento*, p. 229).

[549] "§ 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de 50% (cinqüenta por cento) do patrimônio ou da receita ânua, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as conseqüências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos".

[550] **Rodrigo Mazzei** diz que falar em *autoridade* é falar em *agente público*, já que este é um conceito mais recente, trazido pela lei de improbidade. Para o autor, a expressão abarca o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário (*Comentários à lei de ação popular – Art. 6º*, p. 167).

[551] "Funcionário não deve ser empregado em sentido estrito, refletindo apenas aquele sujeito que integra os órgãos da Administração direta e percebe remuneração dos cofres públicos. Deve, ao contrário, corresponder à definição mais longa e atual, com absorção da inteligência contida no artigo 2º da LIA e no artigo 327 do Código Penal" (*Ibid*, p. 169-170).

[552] "Administrador deve ser visto como todo aquele que, apesar de não ser a autoridade máxima da pessoa jurídica de direito público, exerce cargo de gestão atrelado à execução ou à fiscalização do ato impugnado pela ação popular" (*Ibid*, p. 170).

[553] "§ 1º Se não houver beneficiário direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as pessoas indicadas nesse artigo".

"O legislador, ao estabelecer a norma prevista no art. 6º da Lei n. 4.717/65, sujeitou à ação o beneficiário direto do ato, não se enquadrando nessa categoria os que apenas episódica e circunstancialmente tenham sido beneficiados. (...) Beneficiário indireto é aquele que não guarda relação de causalidade necessária e suficiente com o ato ou fato apontado como irregular na ação popular" (REsp n. 234388/SP, 2ª T. STJ, j. 07/06/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 01/08/2005, p. 373).

Ainda, quando o ato lesivo sobrevier de operação bancária ou de crédito real, visto o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor ter sido inferior ao constante da escritura, contrato ou avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os seus beneficiários (alínea b, inciso II, do art. 4º c. c. § 2º do art. 6º).

Interessante a previsão do § 3º[554] ao permitir que a pessoa jurídica de direito público ou privado, se quiser, abstenha-se de contestar e atue ao lado do autor[555]. Tal permissão, contudo, está condicionada à utilidade para o interesse público, que se verificará pelo próprio representante legal ou dirigente.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região opinou pela ilegitimidade passiva de parte, em uma ação popular, proposta em face de 'pessoas de direito público e privado'. É o que dispõe o julgado, *in verbis*:

> *(...), a parte autora não atendeu ao disposto no art. 6º da Lei 4.717/65, pois referida lei arrolou como réus da ação as autoridades, agentes, funcionários ou administradores que teriam*

"Note-se, (...), que a LIA inclui dentre os sujeitos passivos o beneficiário *indireto* do ato ímprobo, nos termos do seu artigo 3º. Conjugados os dois diplomas, entendemos que quando a ação popular buscar combater o ato de improbidade administrativa (...), poderá ser '*alcançado*' também o *beneficiário indireto*" (**Rodrigo Mazzei**, *Comentários à lei de ação popular – Art. 6º*, p. 171).

[554] **Rodolfo de Camargo Mancuso** bem explica a intenção do legislador, nessa hipótese:
"Conquanto o ente político (União, Estado, Município) e órgãos da administração indireta não possam experimentar algum prejuízo com a eventual procedência da ação proposta (já que se presume ser ela, em princípio, proposta em seu favor), o interesse processual que determina sua citação, e, pois, sua condição de co-réu, repousa em duas razões técnicas: a primeira é que o litisconsórcio passivo que se instaura é do tipo necessário (...), de maneira que a eficácia do julgado dependerá da citação de todos os legítimos contraditores (CPC, art. 47) (...). A segunda razão técnica reside em que tais entidades, conquanto rés, podem, ao tempo da resposta, optar ante o tríplice alvitre que lhes assegurou o legislador, entre contestar, omitir-se ou assistir o autor (...) e, mesmo tendo contestado, podem, em seu favor, executar a sentença que venha a julgar procedente a ação..." (*Ação popular*, p. 208-209).

[555] Há quem tenha sustentado haver, nessa hipótese, um *litisconsórcio facultativo necessário* (**José Afonso da Silva**, *Ação popular constitucional*, p. 209).

> *produzido o ato lesivo e que dele se beneficiaram, limitando-se a parte autora a requerer a citação das pessoas de direito público e privado*[556].

Importante relembrar também que, como mencionamos acima, caso a pessoa jurídica decida atuar ao lado do autor popular, diante da desistência desse, opinamos pela extinção do processo sem resolução do mérito, já que a pessoa jurídica não poderá assumir a ação.

Essa atuação, a nosso ver, se ocorrer, será na figura da assistência simples e não da litisconsorcial, já que as pessoas jurídicas não podem ser autoras das ações populares. Isso se pretendermos enquadrar tal intervenção nos moldes da legislação processual individual, já que, considerar a legislação processual coletiva seria mais uma novidade sem previsão equivalente na legislação processual individual[557].

Resta questionar: caso tenha contestado, a pessoa jurídica poderá mudar de posição?

Entendemos que sim, desde que o interesse público seja a prioridade dessa decisão[558] e, ainda, que não haja alterações no pedido e/ou na causa de pedir, daí a equiparação à figura da assistência simples.

---

[556] Ap. Cív. n. 2001.70.00.000102-3-PR, 3ª T., j. 03/05/2005, v.u., rel. Min. Carlos Eduardo Thompson Flores Lens, DJU 18/05/2005.

[557] **Rodolfo de Camargo Mancuso** explica que "essa forma peculiar de assistência permite evocar a figura do *amicus curiae*, intervenção ocorrente no processo norte-americano, e mesmo agora prevista dentre nós, no processo da ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º, e art. 9º, § 1º)" (*Ação Popular*, p. 170).

[558] Esses também os pensamentos de **Alexander dos Santos Macedo** (*Da ação popular – Retratabilidade da posição assumida pela pessoa jurídica no processo – Possibilidade*, p. 7) e **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Ação popular*, p. 176).

Além do mais, de acordo com o disposto no art. 7º, inciso III, "*qualquer pessoa beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório (...)*". Portanto, também por esses beneficiados se formará o pólo passivo.

De outra sorte, houve uma decisão judicial que opinou pela ilegitimidade passiva do Município, justamente por ser beneficiário no desfecho da demanda, *in verbis*:

> *AÇÃO POPULAR – Insurgência em relação à remuneração do prefeito municipal, (...) – 3. A Prefeitura Municipal é parte ilegítima na ação popular, na qualidade de beneficiária do desfecho da demanda – (...)*[559].

Nesse sentido, porém, como ausência de interesse processual:

> *AÇÃO POPULAR – (...) – INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA – DESNECESSIDADE – FALTA DE INTERESSE, UMA VEZ QUE A DECISÃO BENEFICIA OS COFRES PÚBLICOS – (...)*[560].

O STJ também já se posicionou favorável a essa alteração (REsp. n. 9.669 – SP, 1ª T., j. 10.02.1998, rel. Min. Garcia Vieira, Lex - Jurisprudência do STJ nº 109, p. 39-40).

Rodrigo Mazzei entende possível a retratação pela pessoa jurídica, desde que motivada, podendo, inclusive, requerer a improcedência do pedido. O autor diz que, ocorrendo desistência do autor popular, a pessoa jurídica pode promover o prosseguimento da ação contra aqueles que estavam arrolados como seus litisconsortes (*Comentários à Lei de Ação Popular – Art. 6º*, p. 184-185).

[559] Apelação Cível n. 291.292-5/9 – São José dos Campos, 1ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 28/06/2005, v.u., rel. Des. Demóstenes Braga, Juis nº 44.

[560] Ap. Cív. n. 17204, 4ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Dilmar Kessler, publicação 07/08/2000, Juis nº 44.

Há discussões acerca da formação do litisconsórcio passivo e da sua imprescindibilidade[561]. Entretanto, por entendermos que o litisconsórcio não é tema que se insere nas condições da ação, mas nos pressupostos processuais, deixaremos de analisar o assunto.

A natureza dessa legitimidade para a ação popular também não é vista como tema indiscutível. Certos autores a vêem como legitimidade ordinária[562], outros como extraordinária[563], outros ainda como legitimidade autônoma[564].

De nossa parte, vemos o autor popular como verdadeiro substituto processual, já que defende direito alheio em nome próprio. É certo que também pode estar defendendo direito próprio e, por ser independente em relação aos legitimados ordinários, pode-se dizer que é uma legitimidade extraordinária autônoma e, por não haver exclusividade neste direito, podendo outros cidadãos

[561] "... deverão ser citadas, formando litisconsórcio passivo necessário, simples: a) as pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, valendo para estas últimas o rol das entidades enunciadas no art. 1º da Lei 4.717/65; b) os agentes públicos que de alguma forma concorreram para o ato sindicado, ou seja, 'que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão'(...); c) os beneficiários do ato, direta ou indiretamente, agentes públicos ou não ..." (**Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 84-85).

[562] São partidários dessa opinião: **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 183), **Wagner Brússulo Pacheco** (*Condições da ação popular*, p. 119), **Alexandre de Moraes** (*Direito constitucional*, p. 168), **José Afonso da Silva** (*Ação popular constitucional*, p. 177 e ss), **Hermenegildo de Souza Rego** *(Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação 'ad causam', interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos da coisa julgada*, p. 271) e **Álvaro Luiz Valery Mirra** (*Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – a legitimação ordinária do autor popular*, p. 44).

[563] Nesse sentido, **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Carlos de Araújo Cintra** e **Cândido Rangel Dinamarco** (*Teoria geral do processo*, p. 268), **Theotonio Negrão** (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, nota 1 ao art. 16 da Lei 4.717/65), **Nelson** e **Rosa Nery** (*Código de processo civil comentado*, nota 1 ao art. 6º da Lei 4.717/65, p. 1194), **Roberto Senise Lisboa** (*Contratos difusos e coletivos*, p. 526) e **Waldemar Mariz de Oliveira Júnior**, que fala em legitimação extraordinária, mas não em substituição processual (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*, p. 19).

[564] **Rogério Lauria Tucci** e **José Rogério Cruz e Tucci** (*Constituição de 1988 e processo*, p. 185) e **Inácio de Carvalho Neto** (*Manual de processo coletivo*, p. 156).

concorrer com essa legitimidade, ela será extraordinária concorrente e, ainda, primária, já que qualquer cidadão pode propô-la.

1.3. Interesse processual

A ação popular tem por objeto obter a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos[565] ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios ou das entidades mencionadas no item anterior e, ainda, para anular atos que causem lesividade à moralidade administrativa[566], ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural[567]. O patrimônio público[568]

[565] **Hely Lopes Meirelles** prega: "... *ato* é a lei, o decreto, a resolução, a portaria, o contrato e demais manifestações gerais ou especiais, de *efeitos concretos*, do Poder Público e dos entes com funções públicas delegadas ou equiparadas. *Ato lesivo*, portanto, é toda manifestação de vontade da Administração danosa aos bens e aos interesses da comunidade. Esse ato danoso pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessário que se aguarde a conversão do *ato* em *fato administrativo* lesivo para se intentar a ação" e, bem por isso não será admitida a ação popular contra lei em tese e contra atos de conteúdo jurisdicional (*Mandado de segurança* ..., p. 138 e 143).

[566] A noção de imoralidade administrativa, nos dizeres de **Hugo Nigro Mazzilli**, "liga-se à teoria do desvio de poder ou de finalidade. O ato imoral em seus fins viola o princípio da legalidade, e tanto pode ser questionado em ação popular como em ação civil pública" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 172).

[567] **José Carlos Barbosa Moreira** diz que o patrimônio cultural "... inclui até mesmo valores de ordem puramente espiritual, como a liberdade do culto religioso, a possibilidade de ampla divulgação de idéias, a livre circulação de propostas filosóficas, ..." (*Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 192).

[568] **Nelson Nery Jr.** diz que a definição de patrimônio público feita na lei da ação popular é mais restrita que àquela pretendida pelo legislador constituinte (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 115). **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que "(...) o erário nada mais é do que o aspecto pecuniário do gênero 'patrimônio público' " (*A ação civil pública como controle judicial das chamadas políticas públicas*, p. 764). **Hugo Nigro Mazzilli** engloba na definição de patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio cultural. O patrimônio cultural, por sua vez, inclui um conjunto de bens, que podem ser tanto naturais como artificiais, englobando os de valor artístico, histórico, estético, turístico, paisagístico ou arqueológico (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 169). **Diogenes Gasparini** diz que a proteção do patrimônio público pelo uso da ação popular alcança os bens móveis, imóveis, semoventes, direitos e ações da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias, das associações públicas, etc., mas, também, o patrimônio cultural da coletividade, que se integra pelos bens de valor artístico, estético, arqueológico, antropológico, turístico, paisagístico e ambiental, bens esses que podem pertencer ao particular, pessoa física ou jurídica (*Comentários à lei de ação popular – Art. 1º*, p. 83).

inclui os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Ademais, além da invalidade do ato, a decisão, se for o caso, condenará ao pagamento de perdas e danos[569].

Assim, compreendemos que qualquer ação popular proposta com objetivo diverso do mencionado deverá ser extinta por faltar ao autor popular interesse processual[570].

Há aqueles que pensam poder também o cidadão utilizar-se da ação popular para anular outros atos lesivos, como, v.g., aos consumidores[571]. É nossa

[569] O Tribunal de Justiça do Espírito Santo afastou preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, compreendendo ser perfeitamente possível a reparação dos danos causados ao erário, conforme inteligência do artigo 11 da Lei 4.717/65 (Ag. Inst. n. 032050005183, 3ª Câmara Cível, j. 01/11/2005, rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, Juis nº 44).

[570] Há quem fale em outra utilidade para a ação popular, qual seja, impugnar mandato eletivo obtido por meio de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude (**Elival da Silva Ramos**, *Ação popular como instrumento de participação política*, p. 129).

Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior propõe a utilização da ação popular para defender a ordem urbanística, com o que concordamos, já que ela está inserida entre os valores e bens a proteger por esse instrumento (*A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*, p. 72). **Barbosa Moreira**, ao falar sobre o tema, oferece vários exemplos de ações populares utilizadas em defesa da ordem urbanística (*A ação popular do direto brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In: Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977). **Rodolfo de Camargo Mancuso** fala na utilidade da ação popular para questionar matéria julgada pelo tribunal de contas, mas diz que, se o autor da ação popular pretender a revisão do mérito da decisão da Corte de Contas ou se se fundar em mera alegação de injustiça do julgado, faltará a ele *possibilidade jurídica do pedido* (grifamos) (*Ação popular*, p. 126). **Arruda Alvim** sugere a ação popular também para o controle de ato legislativo, mas não de qualquer um e sim daqueles geradores de 'leis de efeitos concretos' (emanadas do processo legislativo, com efeitos que se particularizam em determinadas situações e envolvam pessoas específicas, mas equivalendo a verdadeiros atos administrativos) (*Ação popular*, p. 163-173, RePro n. 32/1983). **Theotonio Negrão**, em seu *código de processo civil*, cita: "Não cabe ação popular contra lei em tese (...) a menos que esta já produza, por si só, efeitos concretos, lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas na Lei 4.717 (RJTJESP 103/169)" (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 30ª edição, p. 933). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que "é juridicamente admissível ao autor popular formular qualquer *espécie de pedido* na ação popular" (*Comentários à Lei de Ação Popular – Art. 1º*, p. 35).

[571] Assim se posicionam **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Ação popular*, p. 65), **Gregório Assagra de Almeida** (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 400) e **Roberto Senise Lisboa** (*Contratos difusos e coletivos*, p 495).

opinião, porém, que o rol de valores protegidos pela ação popular é taxativo[572], ou seja, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio público.

Quanto ao pedido de reparação de danos, ele será feito para indenizar os prejuízos decorrentes aos cofres públicos, jamais em reparação a danos individuais[573]. Quer dizer, não é a ação popular sede para a reparação de danos individualmente sofridos, ainda que decorram da ilegalidade do ato lesivo.

Aliás, é de destacar que o indivíduo dispõe de outros remédios para resolver suas questões, diante de abuso do Poder Público, como o mandado de segurança. Essa via, como salientou o STF (súmula 101), não substitui a ação popular, uma vez que, no mandado de segurança, o impetrante está vinculando direito próprio e terá benefícios próprios e diretos com a concessão da segurança. Talvez a súmula tenha sido editada, dada a ambígua interpretação, diante do que dispõe o § 2º do art. 1º da lei do mandado de segurança, a qual

---

Rodolfo de Camargo Mancuso, além de aceitar que os direitos dos consumidores sejam defendidos por ação popular, ainda prevê uma outra espécie de ação popular, que ele denomina de "supletiva" e que estaria regulamentada na Lei 818, de 18.09.1949, e que em seu artigo 35 possibilita que o cidadão peça a nulidade ao ato de naturalização inquinado de falsidade ideológica ou material (*Ação popular*, p. 71).

[572] **Rodolfo de Camargo Mancuso**, apesar de opinar pela utilidade da ação popular na defesa dos consumidores, se posiciona pela taxatividade: "a pretensão do autor popular deve ser passível de subsunção, abstratamente, numa das hipóteses previstas na Lei 4.717/65 (art. 2º: nulidade do ato por vício de incompetência, forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos ou desvio de finalidade; art. 3º: atos anuláveis, não previstos, naturalmente, nas hipóteses do art. 2º, já que este trata de atos nulos; art. 4º: atos presumidamente lesivos, desde que provados os *fatos-base* indicados nos incisos desse artigo). A esse rol acrescenta-se ainda, na rubrica da 'possibilidade jurídica': a afronta ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente, presente a dicção do art. 5º, LXXIII, da CF; ..." (*Ação popular*, p. 149). **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes** entende que "o objeto de proteção da ação popular, embora tenha sido alargado para abranger a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, deixa ao largo os demais interesses, notadamente os direitos do consumidor, dos funcionários públicos, dos trabalhadores, dos aposentados, dos contribuintes e das vítimas de atos ilícitos" (*Ações coletivas* ..., p. 245).

[573] "É certo que a ação popular hoje atinge também atos de imoralidade administrativa, além de ilegalidades. No entanto, sua proteção continua dirigida ao interesse e ao patrimônio públicos somente. Atos ilegais ou imorais que afetem apenas interesses e patrimônios privados não encontram na ação popular o instrumento adequado à sua defesa" (Ap. Cív. n. 126.383–5/4-00, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 06.12.2000, rel. Des. Teresa Ramos Marques, Boletim de Jurisprudência da AASP n. 2281, set/2002).

estabelece que qualquer das pessoas ameaçadas ou violadas pode requerer o mandado de segurança[574].

Discute-se também a utilização da ação popular fundada tão-somente na moralidade administrativa[575]. Reflete-se, nessa esteira, sobre a necessidade ou não do binômio lesividade/abusividade e/ou imoralidade ou lesividade/ilegalidade para ficar caracterizado o interesse processual na ação popular[576].

Entendemos que bastam os elementos isolados da abusividade ou ilegalidade ou da imoralidade para ficar caracterizada a necessidade e utilidade da ação popular, podendo o elemento da lesividade e/ou prejuízo não estar presente[577].

---

[574] **Inácio de Carvalho Neto** diz que "... não há base para que um e outro remédio se substituam. Seus campos de aplicação têm limites definidos, e este marco repousa no interesse, não de agir mas resultante do reconhecimento do direito violado" (*Manual de processo coletivo*, p. 195-196). **J. M. Othon Sidou**, igualmente, diz que "... os dois institutos podem coexistir visando o mesmo fim e propostos por autores diversos; podem mesmo coexistir, propostos por um mesmo autor; porém não podem substituir-se um pelo outro, porque em realidade as pretensões a que ambas as ações se dirigem são diversas" ('*Habeas corpus', mandado de segurança, mandado de injunção, 'habeas data', ação popular*, p. 333).

[575] **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que a imoralidade administrativa pode caracterizar-se pelo abuso do direito, o desvio do poder e a razoabilidade da conduta (*Ação popular*, p. 109).

[576] A sede de discussão desse binômio, para nós, sempre será a das condições da ação e não a do mérito. Há quem pense diferente: "Considerando-se a finalidade pública da ação popular e a repercussão social dos temas nela versados, parece-nos que, no limite máximo possível, o binômio ilegalidade-lesividade deve ser conduzido ao plano cognitivo do mérito da demanda. É dizer, à exceção dos casos em que seja evidente e incontornável ..." (**Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 273).

[577] O artigo 4º da lei da ação popular é exemplo disso. O prejuízo, para nós, fica caracterizado pela simples ilegalidade ou abusividade ou imoralidade. Há uma lesividade presumida. Situações haverá, no entanto, envolvendo questões puramente patrimoniais, nas quais o dano restará presente.

"A jurisprudência majoritária também afirma que, na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorreria da própria ilegalidade do ato praticado ..." (**Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 19).

Doutrina e jurisprudência se dividem[578].

[578] Dentre os que opinam pela moralidade administrativa acrescentada ao elemento da lesividade, encontramos: **José Carlos Barbosa Moreira** (*Ações coletivas na Constituição Federal de 1998*, p. 192), **Hely Lopes Meirelles** (*Mandado de segurança, ação popular, ...*, p. 119), **Pedro da Silva Dinamarco** (*Ação civil pública*, p. 18, 19 e 291), **Humberto Theodoro Júnior** (*Ação popular – Defesa dos interesses de investidores – Títulos de capitalização – Descabimento – Carência de Ação* – parecer, p. 76-77), **Luiz Manoel Gomes Júnior** (*Curso de direito processual coletivo*, p. 16), **Adilson de Abreu Dallari** (*Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*, p. 149), **José Frederico Marques** (*As ações populares no direito brasileiro*, RDA 52/40), **José Afonso da Silva** (*Ação popular constitucional*, p. 282) e **Alfredo Buzaid** (*Bem público de uso comum – Alteração de destino – Ação popular* – parecer, RDA 84/331).

Entre os que entendem viável a ação popular com o fundamento autônomo da moralidade administrativa, temos: **Rodolfo de Camargo Mancuso**, para quem basta a lesividade e, ainda, não necessariamente, com cunho patrimonial; embora o autor diga, posteriormente, que em alguns casos será necessário o binômio (*Ação popular*, p. 82 e 104). **Roberto Senise Lisboa** diz ser "perfeitamente cabível a propositura da ação popular preventiva de dano ou lesão ao patrimônio público; buscando-se, nesse caso, a não consumação dos efeitos lesivos do ato, que deve ser declarado inválido judicialmente, evitando-se a irreparabilidade do dano, ..." (*Contratos difusos e coletivos*, p. 523). **Milton Flaks** diz que "... qualquer ato ilegítimo, ainda que não cause prejuízo ao erário e aos demais bens protegidos pela ação popular, sempre será lesivo à *moralidade administrativa*" (*Instrumentos processuais de defesa coletiva*, p. 63). **Lúcia Valle Figueiredo**, para quem não se fala mais, em sede de ação popular, em atos ilegais e lesivos; de acordo com a autora, deve-se substituir a conjunção 'e' pela 'ou' (*Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público*, p. 52). Ainda, nesse sentido, **Mario Bento Martins** (*Ação popular. Singularidades e controvérsias do instituto*, p. 182), **Gregório Assagra de Almeida** (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 302), **Luiz Guilherme Marinoni** (*Tutela específica*, p. 23) e **Ada Pellegrini Grinover** (*Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*, p. 140).

Encontramos, também, opiniões intermediárias: **Celso Antônio Bandeira de Mello** entende que, se se tratar de lesão ao patrimônio público, justamente por conter o aspecto econômico, deve conter os dois requisitos, enquanto os demais bens protegidos por ação popular, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, podem vir acompanhados apenas da ilegalidade (*Considerações sobre a ação popular*, p. 59-60). **Péricles Prade** visualiza, em princípio, a lesividade como suficiente e imprescindível para caracterizar o interesse para a ação popular, muito embora reconheça que, em algumas situações, a ilegalidade deva ser demonstrada (*Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional*, p. 269). Para **Marino Pazzaglini Filho** é preciso analisar a correta acepção do vocábulo *lesividade*: "Nem sempre haverá lesividade, embora possa existir prejuízo. (...) A lesividade é o desfalque do erário derivado da ilegalidade praticada pelo administrador público, com ou sem o auxílio de particulares. Quando se cuida da defesa do patrimônio público, o que o órgão ministerial toma como guia é o trinômio legalidade-lesividade-moralidade. Não há lesividade na atuação administrativa fiel aos cânones da probidade e da legalidade. Aquela só resultará de condutas ilegais e/ou imorais" (*A improbidade administrativa e a reforma do estado*, p. 106). **Júlio César Finger** sugere um conceito mais aberto à lesividade, passando a entendê-la não somente como a danosidade patrimonial, mas, também, como a lesividade presumida (*Algumas notas sobre lesividade, ilegalidade e moralidade na ação popular*, p. 59-70). **Hely Lopes Meirelles** diz que a lesividade pode ser legalmente presumida, mas, na maioria dos casos, devem estar presentes a ilegalidade e a lesão efetiva; quanto à imoralidade, para o autor, sua noção 'pura' parece excessivamente vaga e subjetiva (*Mandado de segurança ...*, p. 133 e 136). **Teori Albino Zavascki**, ao tratar dos atos lesivos à moralidade, opina por "... ensejar sua anulação por ação popular, independentemente da perquirição, que é exigida para as demais hipóteses, a respeito da sua efetiva lesividade patrimonial". No que se refira às demais hipóteses, diz o autor que "somente os atos ilegítimos e não suscetíveis de convalidação é que podem ser anulados; e somente podem ser anulados por ação popular os atos que, além de ilegítimos, sejam também lesivos aos bens e valores ..." (*Processo coletivo*, p. 91). **Irene Patrícia Nohara** diz que, "enquanto o art. 4º da Lei de Ação Popular admite a figura da lesividade presumida, o art. 2º exige a presença da lesão efetiva. A nova disciplina constitucional, contudo, ampliou a noção de lesão, que compreende além do patrimônio material, os valores espirituais e a moralidade. Assim, qualquer ato

Mas encontramos decisão judicial[579] intermediária, opinando pela necessidade da lesão apenas se houver pedido condenatório. Sendo o pedido de natureza apenas constitutiva negativa, dispensa-se a lesividade. Vejamos, *in verbis*:

> *O pedido de natureza desconstitutiva independe de prova da lesão. O pedido condenatório, entretanto, demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial, experimentado pelo Poder Público. Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o erário, deverá fazer prova concreta da lesão. Como se sabe, o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial causado por ação ou omissão dolosa ou culposa. A condenação em perdas e danos não é mera decorrência lógica da anulação do contrato, mas se exige a prova do dano causado ao erário.*

---

ilegítimo, ainda que não cause prejuízo ao erário e aos demais bens protegidos pela ação popular, será sempre lesivo à moralidade administrativa ..." (*Comentários `a lei de ação popular – Art. 2º*, p. 96).

Decisão judicial que aceitou apenas a imoralidade e/ou ilegalidade conjugada à lesividade: "EMENTA: Processual Civil – Ação Popular – Lesividade – Prova – Necessidade. Na propositura da ação popular, não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade. Recurso provido" (RE n. 250.593-SP, STF, j. 04/09/2000). Ainda, nesse sentido: Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 260821/SP, 1ª Seção STJ, j. 23/11/2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 13/02/2006, p. 654; REsp n. 234388/SP, 2ª T. STJ, j. 07/06/2005, rel. Min. João Otávio Noronha, DJU 01/08/2005, p. 373; REsp n. 121431/SP, 2ª T. STJ, j. 15/02/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 25/04/2005, p. 256; REsp n. 146756/SP, 2ª T. STJ, j. 09/12/2003, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 09/02/2004, p. 139; Ap.Cív. n. 5610, 5ª Câmara Cível TJPR, rel. indefinido, publicação 04/09/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 16789, 3ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Sergio Rodrigues, publicação 20/03/2000, Juis nº 44; Reexame necessário n. 5491, 5ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Cunha Ribas, publicação 14/08/2000, Juis nº 44; Remessa Ex-offício, 3ª Câmara Cível TJES, j. 18/11/2003, rel. Des. Rômulo Taddei, Juis nº 44; Ap.Cív. n. 2001.70.00.000102-3-PR, 3ª Turma TRF - 4ª Região, j. 03/05/2005, v.u., rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz , DJU 18/05/2005.

Decisão judicial que entendeu a imoralidade e/ou ilegalidade como elemento autônomo: "Ação Popular. Abertura de conta em nome de particular para movimentar recursos públicos. Patrimônio Material do Poder Público. Moralidade Administrativa, art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII, art. 5º, da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico" (RE n. 170.768-2 – SP, STF, j. 13/09/99). Ainda, nesse sentido: Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 14868-RJ, 1ª Seção STJ, j. 09/03/2005, rel. Min. José Delgado, DJU 18/04/2005, p. 206; RE n. 160381/SP, STF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12/08/1994, p. 20052; RE n. 120.768/SP, STF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 13/08/99, p. 16; REsp n. 552691-MG , 1ª T. STJ, j. 03/05/2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 30/05/2005, p. 216; REsp n. 537342/SP, 1ª T. STJ, j. 04/11/2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 24/11/2003, p. 229.

[579] REsp n. 663889-DF, 2ª T. STJ, j. 06/12/2005, rel. Min. Castro Meira, DJU 01/02/2006, p. 484.

Assim, os pedidos descontitutivos/condenatórios[580] deverão estar presentes na ação popular, senão ambos, ao menos um deles, qual seja, o desconstitutivo[581]. O motivo para tanto, já o dissemos, é ter a ação popular finalidade de desconstituir o ato abusivo/ilegal e, se for o caso, condenar ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de tal ato.

Mas o pedido condenatório não precisará recair, necessariamente, em uma condenação em dinheiro[582].

O legislador evidencia a hipótese de lesão que resultar de falta ou isenção de pagamento, recaindo a condenação na imposição do pagamento devido.

Se a lesão decorrer de execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, ficando a parte condenada a restituir bens ou valores, sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

Rodolfo de Camargo Mancuso ainda oferece a ação popular ambiental como exemplo de condenação não-pecuniária[583].

---

[580] **Barbosa Moreira** fala que a ação popular desembocará numa sentença declaratória ou constitutiva e, apenas eventualmente, com alguma condenação acessória (*Ações coletivas na CF de 88*, p. 193).

[581] **Paulo Gustavo Guedes Fontes** diz que embora a ação popular tenha por objeto principal a anulação do ato, concorda com a possibilidade de o juiz impor obrigações, o que, no entanto, comenta o autor, não tem sido bem visto pela jurisprudência (*A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*, p. 471).

[582] Mas há decisões contrárias: "1. Em ação popular, a condenação só pode ser de natureza pecuniária, nunca respeitante a u'a prestação de fazer. 2. Se a condenação a u'a prestação de fazer é inviável, o pedido de condenação pelo não cumprimento dessa é, igualmente, impossível" (Ap. n. 12.707-5, TJSP, JTJ 206, jul/1998, p. 206).

[583] "..., no campo das lesões ao meio ambiente, as sanções incluem a 'obrigação de reparar os danos causados' (...) e dificilmente essa reparação será alcançada sem um fazer (*v.g.*, o replantio, com espécies nativas, na área devastada) ou uma abstenção (a suspensão da emissão de dejetos poluidores), assim reclamando um comando de

Por outro lado, parece que não haverá interesse processual na ação popular que vise, tão-somente, a um pedido declaratório[584].

Todavia, encontramos uma decisão judicial[585] que acolheu, ao que parece, pedido meramente declaratório na ação popular, *in verbis*:

> *Acordo extrajudicial homologado por sentença, em sede de ação civil pública, com a concordância expressa do órgão ministerial, e lesivo aos interesses da administração pública, é passível de anulação, **in abstracto**, na forma do art. 486, do CPC, sob os fundamentos que autorizam a ação popular.*
> ***In casu**, a ação popular assume cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do **Parquet** e do juízo. Propriedade da ação, **in genere**, porquanto a possibilidade jurídica do pedido não implica em acolhimento do pleito meritório.*

Agora, quanto à possibilidade de o cidadão formular pedidos que envolvam a aplicação de sanções, parece não ser pacífica a jurisprudência. Encontramos um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, que compreendeu não ter o cidadão legitimidade para a ação popular que visava à aplicação de sanções a atos de improbidade administrativa, ficando a via restrita aos pedidos de anulação dos atos lesivos e ao ressarcimento do erário público[586].

---

natureza cominatória, impondo prestação comissiva ou omissiva" (**Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 151).

[584] "... tem a jurisprudência afastado o uso da ação popular em hipóteses onde não se cogita de desconstituição ou condenação, como, por exemplo, para atacar lei em tese ou para declarar inconstitucionalidade de lei" (**Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 76). "..., a hipótese de ação popular com pedido meramente declaratório configuraria caso de carência de ação por falta de interesse de agir (inadequação do meio ao fim)" (**Inácio de Carvalho Neto**, *Manual do processo coletivo*, p. 147).

[585] REsp n. 450431-PR, 1ª T. STJ, j.18/09/2003, rel Min. Luiz Fux, DJU 20/10/2003, p. 185.

[586] Ap. Cív. n. 232.758-5/4 – São Simão, 5ª Câmara de Direito Público, j. 18/12/2003, v.u., rel. Des. Xavier de Aquino, Juis nº 44.

De nossa parte, compreendemos que o cidadão realmente não pode pedir a aplicação de sanção, por falta de interesse processual, já que a lei de improbidade administrativa, apesar de poder ser utilizada subsidiariamente para a ação popular e para outras ações coletivas que discutam improbidades, no aspecto de aplicação de sanções é de âmbito restrito do Ministério Público, quando for autor da ação coletiva.

Pode ainda haver dúvida quanto a propor o cidadão ação popular fora da comarca da sua zona eleitoral. Faltaria a ele interesse processual?

Pensamos que não, já que o direito a defender pode ultrapassar os limites da sua comarca e, além disso, a condição de eleitor não fica limitada à zona e seção eleitorais do cidadão, tanto que elege deputados federais, senadores e Presidente da República. Como se não bastasse, a Constituição Federal não estabelece esta restrição[587].

Resta saber se faltaria interesse processual ao cidadão que tivesse proposto ação individual para pedir reparação de danos individuais tendo por causa de pedir o mesmo ato lesivo.

De forma alguma, já que a ação teria caráter individual.

[587] **Inácio de Carvalho Neto** entende que a exigência só será cabível de a ação for proposta em face de autoridades locais, já que, "em se tratando de ação contra autoridades estaduais, v.g., só se poderia exigir que o autor popular fosse eleitor no Estado da Federação em questão, nada se podendo exigir quando a autoridade ré for federal" (*Manual de processo coletivo,* p. 152). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que um cidadão residente e domiciliado num Estado da Federação não pode ajuizar ação popular para a defesa do patrimônio público pertencente exclusivamente a outro Estado (*Comentários à Lei de Ação Popular* ..., p. 51).

Ou ainda, se houvesse uma ação coletiva, proposta por um dos legitimados coletivos, com o mesmo objeto[588].

Nesse caso, por não serem ações idênticas, já que não apresentam os três elementos iguais (as partes são diferentes e, a nosso ver, não apenas na forma), opinamos pela conexão da ação popular e da outra ação coletiva[589].

Por fim, devemos perguntar se a ação popular pode ser palco de discussão de todas as espécies de direitos coletivos ou somente dos difusos.

A maioria entende a ação popular apenas como garantia do cidadão em defesa de direitos difusos[590]. Faltaria, segundo eles, portanto, interesse processual à ação popular que pretendesse defender outros direitos coletivos que não os difusos.

Pensamos que não seria impossível uma ação popular também para defender direitos coletivos (sentido estrito) e até os individuais homogêneos[591],

---

[588] Para **Ricardo de Barros Leonel**, há possibilidade de litispendência, coisa julgada, continência ou conexão entre ações civis públicas e populares e, nessas hipóteses, deverá haver extinção da ação posteriormente ajuizada, se caracterizada a litispendência, ou a reunião, se configurada a continência ou conexão. Assim, o autor não vê como hipótese de falta de interesse processual, entendendo que a ação popular e a ação civil pública podem coexistir (*Manual do processo coletivo*, p. 117-118).

[589] Não é o que pensa **Ada Pellegrini Grinover**, que, nessa hipótese, opina pela litispendência (*Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*, p. 24-25).

[590] **Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 298; **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Ação popular*, p. 297; **Christianine Chaves Santos**, *Ações coletivas & coisa julg*ada, p. 123; **Antonio Gidi**, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 85; **Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 166; **Celso Bastos**, *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*, p. 44; **Teresa Arruda Alvim Wambier**, *Apontamentos sobre as ações coletivas*, p. 277; **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de segurança ...*, p. 140; **Ricardo Castilho**, *Acesso à justiça – tutela coletiva de direitos pelo MP*, p. 109.

[591] **Pedro da Silva Dinamarco** entende impossível a utilização da ação popular para defender interesses individuais homogêneos (*Comentários à lei de ação popular...*, p. 38).

muito embora a defesa de direitos difusos por meio dessa via coletiva seja bem mais fácil e comum.

No que diz respeito aos pedidos liminares em sede de ação popular[592], entendemos que é possível fazê-los se preenchidas as condições para tanto. A lei, contudo, fala em suspensão liminar do ato lesivo impugnado apenas na defesa do patrimônio público (§ 4º, art. 5º).

No entanto, pensamos que não deve haver restrição, podendo a liminar ser dada tanto na defesa do patrimônio público como na do meio ambiente, a exemplo de quando questiona a moralidade administrativa. No caso concreto, cabe ao juiz analisar se deve conceder ou negar a liminar requerida em sede de ação popular.

Quanto ao procedimento, faltará interesse processual àquele que pretender utilizar a ação popular com procedimento diverso do previsto para ela, qual seja, o ordinário ou o procedimento mais simplificado, caso não haja produção de provas testemunhal ou pericial (art. 7º e art. 7º inciso V), o que poderá ensejar, inclusive, o julgamento antecipado da lide.

Entretanto, mesmo sendo ordinário o procedimento, será de caráter diferenciado, com atos próprios e diferentes do procedimento ordinário previsto no código de processo civil. Assim, v.g., o prazo para contestar é de 20 dias, prorrogável por outros 20 dias; a sentença, quando não prolatada em audiência,

[592] Interessante lembrar a Lei 8.437/92, que proíbe a concessão de liminares contra atos do Poder Público (art. 1º) e diz não serem cabíveis liminares quando o ato da autoridade impugnado se sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal (§ 1º). No entanto, o disposto nesse parágrafo primeiro não se aplica aos processos de ação popular (§ 2º) já que, na verdade, nessas ações, o Poder Público será beneficiado, pois o autor, nesse caso, é substituto processual também dos interesses da pessoa jurídica.

deverá ser proferida dentro de 15 dias; após as alegações, sem que as partes tenham requerido prova testemunhal ou pericial, os autos serão conclusos ao juiz, que decidirá a causa em 48 horas, etc.[593].

Por fim, discute-se também, em sede de ação popular, a possibilidade de questionar a norma em abstrato ou a lei em tese.

Encontramos decisão judicial descaracterizando o efeito concreto e permitindo a ação popular, *in verbis*:

> *PROCESSUAL – AÇÃO POPULAR – ATO DECORRENTE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA – AUTONOMIA EM RELAÇÃO À LEI PERMISSIVA – LEI DE EFEITOS CONCRETOS – INEXISTÊNCIA.*
> *Não se pode considerar de efeito concreto, lei que autoriza a prática de determinado contrato administrativo. Tanto não é concreto o efeito de tal lei, que sua concretização depende de ato a ser praticado por agente do Poder Executivo.*
> *O ato administrativo celebrado sob o pálio de permissão legal não se confunde com a lei autorizadora. É lícito o exercício de ação popular, para abortar a celebração de contrato autorizado por lei*[594].

Encontramos, não obstante, decisão permitindo a ação popular para impugnar lei de efeito concreto, porém não o abstrato, *in verbis*:

---

[593] Daí algumas nomenclaturas diferenciadas para o rito da ação popular, adotadas por alguns, como *ordinário acelerado* (**Mário Bento Martins Soares**, *Ação popular - singularidades e controvérsias do instituto*, p. 194, RDP n. 53-54), *ordinário modificado* (**José Afonso da Silva**, *Ação popular* ..., p. 220) ou *ordinário anômalo* (**José da Silva Pacheco**, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 144).

[594] Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 188873-RS, 1ª Seção STJ, j. 02/10/2003, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 28/10/2003, p. 182.

> *PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – NULIDADE DO FND – FUNDO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO – LEI 8.031/90 – INADEQUABILIDADE.*
> *1. A ação popular pode impugnar ato administrativo e lei de efeito concreto.*
> *2. Como ação erga omnes, não admite impugnação de lei em abstrato.*
> *3. Hipótese em que o pedido foi o de decretação de nulidade do FND e do art. 9º da Lei 8.031/90, que o instituiu.*
> *4. Recurso especial provido para extinguir o feito sem julgamento do mérito*[595].

> *AÇÃO POPULAR – NULIDADE QUE PODE ABRANGER ATO LEGISLATIVO – DOAÇÃO DE IMÓVEL A ENTIDADE PRIVADA – ILEGALIDADE E LESIVIDADE. A AÇÃO POPULAR PODE OBJETIVAR ATOS LEGISLATIVOS DE EFEITO CONCRETO. A DOAÇÃO DE IMÓVEL MUNICIPAL A ENTIDADE PRIVADA, SEM EXPRESSA CONTRAPRESTAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA, SE RESSENTE DE ILEGALIDADE, SENDO EVIDENTEMENTE LESIVA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO (ARTIGO 2º- C DA LEI 4.717/65)*[596].

Outra decisão, no mesmo sentido, falando em possibilidade jurídica do pedido, *in verbis*:

> *É possível juridicamente a ação popular contra lei de efeitos concretos, como sói ser a que prevê dispêndios realizáveis com o dinheiro público, ainda que uma das causas de pedir seja a inconstitucionalidade da norma por contravenção ao art. 36, do ADCT e 165, 9º, da Constituição Federal de 1988*[597].

E também no interesse processual, *in verbis*:

---

[595] REsp n. 504552-SC, 2ª T. STJ, j. 11/05/2004, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 14/06/2004, p. 198. No mesmo sentido: REsp n. 519356-SC, 2ª T. STJ, j. 01/04/2004, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 21/06/2004, p. 198.

[596] Ap. Cív. n. 17104, 4ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Troiano Neto, publicação 12/06/2000, Juis nº 44.

[597] REsp n. 501854-SC, 1ª T. STJ, j. 04/11/2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 24/11/2003, p. 222.

> *AÇÃO POPULAR – Extinção do processo, sem apreciação do mérito, sob fundamento que o pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal é vedado pela Lei da Ação Popular – Lei Municipal nº 844/2000 se caracteriza como lei de efeitos concretos – Ação popular é via adequada para ressarcimento de danos causados ao erário público e à moralidade administrativa por publicidade, em desconformidade com o disposto no art. 37, § 1º, da CF – Embora a ação popular não se preste à declaração de inconstitucionalidade de lei, a ação popular é via adequada para anular os atos administrativos lesivos derivados de lei de efeitos concretos, com aferição de sua constitucionalidade, por via de controle difuso, ou seja,* ***incidenter tantum****, e de condenação ao ressarcimento ao erário público pelos danos deles decorrentes, condenação esta que foi pleiteada na inicial – Reconhecimento da inadmissibilidade da declaração de inconstitucionalidade da LM 844/2000 na ação popular não justifica a extinção do processo, sem apreciação do mérito, visto que não é óbice para o prosseguimento do feito, impondo-se apenas e tão-somente, a vedação da declaração de inconstitucionalidade da LM 844/2000, mas não de sua apreciação de inconstitucionalidade* ***incidenter tantum****, via controle difuso – Afastada a extinção do processo, sem julgamento do mérito...*[598].

Concordamos com as decisões que admitem a ação popular para discutir leis de efeitos concretos, mas não o abstrato[599]. Cremos, no entanto, que faltará para esta última o interesse processual.

---

[598] Ap. Cív. n. 268.329-5-5 – Caraguatatuba, 6ª Câmara de Direito Público, j. 08/11/2004, v.u., rel. Des. Manoel Ricardo Rebello Pinho, Juis nº 44.

[599] **Teori Albino Zavascki** também diz não ser cabível a ação coletiva (ação civil pública e ação popular) contra lei em tese . Explica o autor que a norma jurídica "... é apenas fundamento para a decisão, nunca o seu objeto. O exame da validade do conteúdo do preceito normativo serve como elemento para o juízo de declaração a respeito da existência ou inexistência da relação jurídica, ou seja, dos efeitos que a sua incidência, sobre o suporte fático, produziu no mundo jurídico. (...) Cumpre ao autor das ações coletivas, portanto, indicar, na petição inicial, o fato concreto e atual que causou ou está em vias de causar a lesão aos direitos subjetivos individuais tutelados na demanda. (...) não está o autor autorizado a formular pretensões baseadas, simplesmente, em fatos hipotéticos ou fatos futuros, cuja ocorrência, ainda que provável, seja incerta (...). Estabelecer disciplina sobre fatos futuros é papel do legislador e não do juiz. Eventual sentença de procedência de pedido com tais características teria caráter eminentemente normativo, porque examinaria e interpretaria a lei em sua moldura abstrata". Excepciona o autor, quando explica haver situações em que "(...) o ato lesivo, embora formalmente tenha caráter normativo, produz, desde logo, efeitos concretos e imediatos, independentemente de qualquer intermediação de ato administrativo secundário. Se a própria lei já contém eficácia executiva própria e automática, ela assume, quanto

1.4. A 'carência' da ação popular

A decisão que extinguir o processo por falta de uma das condições da ação popular será uma sentença terminativa, sujeita, porém, ao duplo grau de jurisdição (art. 19 da Lei 4.717/65)[600].

2. Ações coletivas e os bens, direitos e interesses previstos na lei da ação civil pública

A lei da ação civil pública, já mencionamos, foi o primeiro diploma brasileiro que se ocupou de maneira mais exaustiva das normas processuais de natureza coletiva. Falamos também das alterações ocorridas desde sua vigência, em 1985, até os dias atuais, bem como de suas integrações, diante da entrada em vigor do CDC. Atualmente, de acordo com seu art. 1º, ela se destina às ações coletivas de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Muito embora compreendamos os bens e direitos mencionados como um rol exemplificativo, até por conta do que a própria lei diz no inciso IV, possibilitando a utilização para a defesa de qualquer outro interesse difuso ou

---

a tais aspectos, características de ato administrativo" (*Processo coletivo*, p. 249, 251 e 252). **Pedro da Silva Dinamarco** tem exatamente o mesmo entendimento (*Comentários à lei da ação popular – Art. 1º*, p. 38).

[600] **Helena Najjar Abdo**, ao comentar o artigo, diz que, se a sentença for proferida em desfavor do autor popular, será ela objeto de reexame, mas, se for de total procedência, então não haverá a remessa, mesmo que a Fazenda Pública figure no pólo passivo da demanda (*Comentários à lei de ação popular – Art. 19*, p. 287).

coletivo, quisemos discutir esses valores individualmente a fim de restar mais bem demonstrada a aplicação de outras legislações correlatas.

2. 1. Ação coletiva e o meio ambiente

O meio ambiente[601], já por previsão constitucional, é um bem de todos, ou, na linguagem do legislador constituinte, 'bem de uso comum do povo'.

A primeira lei infraconstitucional que fez menção à proteção coletiva do meio ambiente, além da lei da ação popular, já mencionada, foi a Lei nº 6.938/81, dispondo sobre a política nacional do meio ambiente. Por ela, o Ministério Público poderia propor ação de responsabilidade civil, mas somente a ele estava facultada tal legitimidade e o direito a proteger seria sempre na forma difusa, excluídos os direitos coletivos e os individuais homogêneos.

[601] Importante mencionar os variados significados atribuídos à expressão *meio ambiente*. Além de a legislação o ter conceituado como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (art. 3º, I, Lei 6938/81), para facilitar a compreensão, a doutrina o classificou. Embora não seja tal classificação aceita por todos, o meio ambiente é categorizado em *meio ambiente natural* (solo, água, ar atmosférico, flora e fauna), *meio ambiente artificial* (espaço urbano construído – conjunto de edificações e equipamentos públicos), *meio ambiente cultural* (Art. 216 da Constituição Federal: "Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico") e *meio ambiente do trabalho* (local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais). Tal classificação é feita por **Celso Antônio Pacheco Fiorillo** (*Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 19-22). Ainda, em classificação semelhante, **Álvaro Luiz Valery Mirra** divide em três classes de elementos: "os *naturais* (a água, o ar, o solo, a flora, a fauna, os ecossistemas, os processos ecológicos etc.), os *culturais* (os bens e valores integrantes do patrimônio histórico, artístico, estético, arqueológico, turístico etc.) e os *artificiais* (aqueles que compõem o espaço urbano e rural construído ou modificado)" (*Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 8).

Veio em seguida a própria lei da ação civil pública, que, já em sua redação original, previa o meio ambiente como bem a proteger mediante ação coletiva e ampliava o rol de legitimados.

Ainda na evolução legislativa sobre a preocupação com o meio ambiente, a Lei nº 9605/98 dispôs sobre as sanções penais e administrativas, derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Além dessas, há uma série de outras leis e decretos que regulam temas correlatos ao meio ambiente e sua proteção, conforme já mencionados em capítulo anterior, quando falamos da legislação coletiva.

No entanto, foi com a lei da ação civil pública que surgiu a oportunidade de efetiva tutela coletiva dos bens ambientais. Vejamos como preencher as condições para as ações coletivas envolvendo o meio ambiente.

2.1.1. Possibilidade jurídica do pedido

Para que o pedido envolvendo o meio ambiente seja considerado juridicamente possível, cumpre que seja lícito, portanto não contrário ao que dispõe o ordenamento.

Jamais será juridicamente possível o pedido que vise atingir o meio ambiente equilibrado, como o direito de poluir, de desmatar, de matar animais, etc., salvo exceções previstas na própria legislação.

De igual modo, o pedido que pretender atingir coisas impossíveis, como, v.g., que pintores famosos, já mortos, venham esclarecer se tal ou qual obra é fruto de sua autoria, será tido por juridicamente impossível.

E, por fim, havendo proibição expressa, não haverá permissão para fazê-lo.

Observados esses critérios, em princípio, todos os demais pedidos que envolvam a tutela do meio ambiente são juridicamente possíveis.

Não é esse, no entanto, o pensamento de parte da doutrina e da jurisprudência. Há questionamentos sobre a possibilidade jurídica de requerer que o Poder Público faça ou deixe de fazer algo, vista a omissão ou a tomada de determinadas atitudes que deveria ou não ter para proteger e preservar o meio ambiente.

Álvaro Luiz Valery Mirra, ao se pronunciar sobre o tema, explica que muitas vezes o problema gira em torno da idéia tradicional do direito brasileiro de que o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer só possa ser exigido diante de prévia autorização legal ou contratual[602].

Daí a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo opinando pela impossibilidade jurídica do pedido diante de tais argumentos, *in verbis*:

> *A lei n. 7.347, de 1985 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em*

[602] *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 306.

> *disposição de alguma norma substantiva, de direito material, da União, do Estado ou do Município, que tipifique a infração a ser reconhecida pelo Judiciário, (...).*
> *Não obstante a ação civil pública objetive a tutela de bens de indiscutível relevância, sua utilização não há de ser indiscriminada. A preservação do meio ambiente é providência importante, admitindo-se a condenação em obrigação de fazer, ou não fazer, daquele que causar, ou oferecer risco, à integridade das águas, do ar, do solo, da fauna ou da flora. Tal condenação, entretanto, deve estar prevista, modelada de modo concreto, na legislação; ou ser dedutível do sistema jurídico; sob pena de impossibilidade jurídica do pedido (...).*
> *(...).*
> *A relevância de objetivos, na ação civil pública, não autoriza o distanciamento do direito material. É bom recordar que 'a função do Poder Judiciário consiste em fazer observar em concreto as normas jurídicas existentes'(...). Acontece que o art. 11 deve ser interpretado sistematicamente com o art. 5º, II, da Constituição da República, de acordo com o qual 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (em sentido formal). Assim, a atividade devida, à qual se refere o texto legal, é a determinada por lei, e a atividade nociva é tão-somente a ilegal e lesiva. Conseqüentemente, a ação civil pública não é instrumento de eqüidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados pela lei (...). As decisões judiciais cifram-se em reconhecer e declarar a vontade concreta da lei, realizando o direito, portanto*[603].

O autor acima citado, ao comentar esse tipo de fundamentação, diz que não há mais sentido que os tribunais insistam nesse modo de pensar, considerando o aumento da discricionariedade judicial e a ampliação dos provimentos passíveis de emissão pelo juiz nas ações coletivas[604].

[603] Ap.Cív. n. 246.686-1, 7ª Câm. TJSP, j. 19.8.1996, rel. Des. Sérgio Pitombo (LEX 189/17).

[604] *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*, p. 309.

Parece que as vozes dessa doutrina foram ouvidas por alguns. É o caso do julgamento a seguir mencionado, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL – Depósito de lixo a céu aberto – Município – Possibilidade Jurídica do Pedido – Existência – É admissível ação civil pública para assegurar que município remova, cesse a deposição de lixo doméstico e industrial a céu aberto e faça a recuperação da área degradada, por ser esta a medida prevista em lei, notada e especialmente contra aquele que tem o dever legal de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, (...)*[605].

Questiona-se igualmente a possibilidade jurídica dos pedidos meramente preventivos, sem que tenha havido danos.

Não temos dúvida alguma sobre a plausibilidade desse tipo de pedido. Afinal não se trata de pedido ilícito, impossível, nem está ele proibido expressamente.

O Tribunal de Justiça do Paraná segue o mesmo pensamento, conforme julgado, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' E INTERESSE PROCESSUAL DA ADEAM – FISCALIZAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DA LEI PELA ASSOCIAÇÃO DE DEFESA E EDUCAÇÃO AMBIENTAL DE MARINGÁ – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PREVENINDO EVENTUAIS DANOS AO MEIO AMBIENTE – (...)*[606].

---

[605] Ap. Cív. n. 201.605-5/5 – Diadema, 5ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 20/03/2003, v.u., rel. Des. Xavier de Aquino, Juis nº 44.

[606] Ap. Cív. n. 17112, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Octavio Valeixo, publicação 12/06/2000, Juis nº 44. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, para quem a simples ameaça de dano ambiental é fundamento suficiente para que se deflagre uma ação civil pública (Ag. Inst. n. 022029000043, 1ª Câm. Cível, j. 26/11/2002 rel. Des. Arnaldo Santos Souza, Juis nº 44).

Ainda, em sede de impossibilidade jurídica do pedido, discute-se, diante das obrigações de fazer ou não fazer, como tornar válidas as medidas a adotar para que referidas obrigações aconteçam, diante de entes estatais. Questiona-se, assim, a validade da execução específica e a adoção de medidas, tais como a execução por terceiro à custa do responsável, a cominação de multa diária e outras medidas de apoio (v.g.,busca e apreensão, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial).

Não vemos nenhum impedimento: caberá ao bom senso que se espera de cada juiz determinar a melhor forma de compelir a pessoa jurídica de direito público a cumprir ou a deixar de cumprir uma obrigação[607]. A legislação, por seu turno, não faz nenhuma restrição em relação às pessoas jurídicas de direito público, mas os Tribunais não estão em consenso com tais possibilidades[608].

[607] **Álvaro Luiz Valery Mirra** entende que "apesar de tradicionalmente não se excluir o cabimento da condenação de entidades da administração direta e indireta ao cumprimento de prestações de fazer ou não fazer, o certo é que, paralelamente, atribui-se com freqüência a tais entes o poder discricionário de optarem pelo ressarcimento pecuniário do lesado, se providência dessa natureza consultar mais de perto ao interesse público, entendendo-se inviável juridicamente a execução específica da obrigação imposta, sob pena de resultar caracterizada indevida invasão do Judiciário em área de atuação específica do executivo". Mas, continua o autor, "em termos atuais (...) parece inegável a possibilidade jurídica de imposição do cumprimento de obrigações de fazer às entidades da administração direta e indireta, para fins de reparação *in natura* do dano causado ao meio ambiente" (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 319 e 320). **Carlos Alberto de Salles** diz que "no Brasil as medidas impositivas de obrigações de fazer e não fazer contra entidades estatais sempre encontraram resistência, sob o argumento de violação de preceito constitucional da separação de poderes. Embora inexista qualquer impedimento formal à execução judicial de obrigações de fazer, positivas ou negativas dirigidas a tais entidades, a doutrina tem entendido que nesses casos 'a efetividade fica sacrificada pela impossibilidade jurídica da execução específica da obrigação de fazer, porque o Judiciário, perante o sistema constitucional vigente, não pode praticar atos administrativos da esfera do Executivo, pois estaria invadindo área privativa de outro Poder' " (*Execução judicial em matéria ambiental*, p. 294).

[608] "Multa diária – Obrigação de fazer – Atraso no cumprimento – Art. 644 do Código de Processo Civil – Inaplicabilidade à Fazenda Pública – Recurso Provido" (AI n. 78.727-5, 5ª Câm. Direito Público TJSP, j. 18/11/99, v.u., rel. Des. Alberto Gentil, LEX 233/239); "Agravo de Instrumento. Execução de sentença. Obrigação de fazer. Cominação de multa à Fazenda Pública. Admissibilidade. Art. 644 do CPC. A Fazenda Pública não é imune à cominação de multa diária em obrigação de fazer a cargo da Fazenda Pública, ausente restrição legal expressa que a excepcione" (AI n. 118.993-5, 8ª Câm. Direito Público TJSP, j. 30/06/99, v.u., rel. Des. José Santana, LEX 224/216).

De qualquer forma, gostaríamos de ressaltar que, ainda que se opinasse pela carência da ação, diante dos argumentos apresentados, estaríamos em nível de ausência do interesse processual e não de impossibilidade jurídica do pedido, já que o ordenamento em nenhum momento proibiu referido pedido nem tampouco o enquadrou como ilícito, além, por fim, de não haver impossibilidade física em atendê-lo.

Não são incomuns decisões de extinção por impossibilidade jurídica do pedido quando, se fosse o caso de reconhecer a carência, seria por ausência de interesse processual.

Vejamos mais um exemplo, *in verbis*:

> *(...), EM DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, PARA REFORMAR A DECISÃO QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DO PROCESSO, DETERMINANDO O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANOS AO MEIO AMBIENTE COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESERVA LEGAL DE FLORESTAS – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – (...) – SE A LEI FEDERAL NÃO DETERMINA QUE A ÁREA DESTINADA A RESERVA FLORESTAL SEJA MEDIDA E DEMARCADA, NÃO É NECESSÁRIO QUE A INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PARA OBRIGAR O PROPRIETÁRIO A REFAZER A RESERVA LEGAL DE FLORESTAS, CONTENHA A DESCRIÇÃO DA AREA DESMATADA A SER REGENERADA. APELAÇÃO PROVIDA*[609].

2.1.2. Legitimidade das partes

[609] Ap. Cív. n. 16655, 3ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Ivan Bortoleto, publicação 21/02/2000, Juis nº 44.

O meio ambiente, por ser um bem de todos e, ao mesmo tempo, não constituir parte do patrimônio disponível do Estado, pode ser considerado bem difuso[610].

Assim, serão legitimados ativos para propor ação coletiva em defesa do meio ambiente todos aqueles legitimados para as ações coletivas, lembrando que o cidadão só poderá fazê-lo mediante ação popular.

Quanto aos legitimados passivos, em princípio, qualquer pessoa[611] pode estar no pólo passivo de uma ação coletiva envolvendo um bem ambiental[612]. É possível, entretanto, que haja diferenciações em decorrência do próprio bem ambiental envolvido. Assim, tanto uma pessoa física pode ser responsável por esse dano ou ameaça de dano como as pessoas jurídicas[613] de direito privado ou público.

Quanto às pessoas jurídicas de direito público interno, há os que entendem que, mesmo não havendo responsabilidade direta pelo dano, deverão elas figurar

[610] O que não significa que, através de uma ação individual ou, até mesmo, ações coletivas em defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos, não se possa envolver o meio ambiente. Nesses casos, muitas vezes, ele será o instrumento, o intermediário da lesão ou da ameaça e não o bem lesado, propriamente dito.

[611] **Álvaro Luiz Valery Mirra** diz que "a identificação do legitimado passivo para a demanda coletiva ambiental, no caso concreto, tem sido feita a partir da noção de poluidor ou degradador, (...). Assim, parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é o indigitado responsável direto ou indireto pela degradação ambiental; a pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, em relação à qual pesa a afirmação de ser a causadora do dano ao ambiente" (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 203).

[612] De acordo com **Voltaire de Lima Moraes**, "em se tratando de ação civil por dano ao meio ambiente natural (...), legitimado passivo é todo aquele que, de forma direta ou indireta, seja o agente causador da poluição, o que provoca a degradação ambiental" (*Dos bens jurídicos tutelados, da legitimidade passiva e do foro competente na ação civil pública*, p. 847).

[613] Importante lembrar inclusive a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica.

no pólo passivo, vista a omissão no dever de fiscalizar e até de adotar medidas preventivas[614].

Há, no entanto, quem se manifeste contrariamente a essa posição[615].

Quanto a nós, concordamos completamente com a responsabilidade do Estado, já que a CF deixa claro ser seu o dever de defender e preservar o meio ambiente. Opinamos até, diante da impossibilidade de identificar o responsável direto, em atribuir legitimidade passiva, isoladamente, ao Estado.

Algumas decisões judiciais assim se direcionam, *in verbis*:

[614] Esse o pensamento de **Édis Milaré**, com quem concordamos: "O Poder Público poderá sempre figurar no pólo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do meio ambiente: se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será ao menos solidariamente, por omissão no dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam" (*A ação civil pública por dano ao ambiente*, p. 222).

Há também decisões nesse sentido. É o caso de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "... determina a citação do Estado, a pedido do Município, em face de abandono de agrotóxico por pessoa desconhecida, com potencial dano ao ambiente, merecendo providências de parte do Poder Público. A questão da legitimidade passiva deverá encontrar solução no momento próprio, que é o despacho saneador" (Agravo de Instrumento n. 597159771, 2ª Câm. Cível, j. 08/10/97).

[615] "Parece-nos, porém que acionar indiscriminadamente o Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, significaria, no final das contas, transferir à própria vítima última da degradação – a sociedade – a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes, quando, na verdade, a regra deve ser a da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitando-se, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por pessoas físicas ou jurídicas determinadas". Reconhece o autor, no entanto, que "diversa é a situação (...) em que a omissão do Estado se refere à tarefa ou obrigação de sua incumbência específica, quanto à adoção de providências administrativas indispensáveis à proteção de bens e recursos ambientais, caracterizadora de recusa ao cumprimento de normas constitucionais e infraconstitucionais impositivas de condutas e atividades de preservação, ..." (**Álvaro Luiz Valery Mirra**, *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 205 e 208). No mesmo sentido, **Sebastião Vilela Staut Júnior** (*Apontamentos sobre a responsabilidade civil do poder público enquanto réu em ação civil pública de natureza ambiental*, p. 163-167). **Nelson** e **Rosa Nery**, em uma posição mais flexível , dizem que o Estado pode ser legitimado passivo se tiver alguma parcela da atividade causadora do dano (*O Ministério Público e a responsabilidade civil por dano ambiental*, p. 72).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Proposta pelo MP contra o Município do Rio de Janeiro visando compeli-lo a demolir construções situadas em zona de proteção ambiental.
Ementa: Ação Civil Pública proposta pelo MP contra o Município do Rio de Janeiro visando compeli-lo a demolir construções situadas em zona de proteção ambiental, o Penedo Dois Irmãos. Legitimidade passiva do Município na qualidade de poluidor indireto primário, pela omissão no cumprimento de seu dever constitucional e legal de impedir a degradação ambiental, pelas construções ilegais. Inexistência do litisconsórcio necessário da União, Estado, Município, ocupantes e proprietários da área pela peculiaridade da Ação Civil Pública que visa defender interesses difusos e é regida pelo princípio da solidariedade, pelo qual incumbe ao autor escolher com quem demandar. Competência conseqüente da Justiça Estadual. A proteção do meio ambiente é um poder-dever do Município, vinculativo, não se cogitando pura e simplesmente de dever discricionário. Liminar concedida e revogada. Provimento do recurso para restabelecê-la diante da ***fumaça do bom direito*** *e do* ***perigo de demora***[616].

2.1.3. Interesse processual

É claro que a ação coletiva envolvendo o meio ambiente deverá ser a via adequada para atingir o fim visado. Assim, um particular que sofreu danos em virtude de degradação ambiental, deverá buscar a atividade jurisdicional pela ação individual.

Importa haver igualmente necessidade e utilidade do provimento pedido.

Assim, discute-se, *ex vi*, se faltaria interesse processual à administração em propor uma ação coletiva envolvendo o meio ambiente para discutir temas

[616] Ap. Cív. n. 2.200/95, 1ª Câm. Cív. TJRJ, j. 09/04/1996, relatores Des. Ellis Hermydio Figueira e Des. Martinho Campos (Revista de Direito Ambiental nº 6, p. 159/160).

que o Poder Público, detentor de poderes de polícia administrativa, teria como resolver, sem recorrer à via jurisdicional[617].

Encontramos decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo posicionando-se pela falta de interesse processual[618].

Por outro lado, já se decidiu, no mesmo tribunal, de maneira diversa[619].

O interesse processual ganha relevo também quando o tema envolvendo o meio ambiente diz respeito a interesses de algumas pessoas, como, v.g., a 'poluição sonora'.

Ora, apesar de inegável a natureza difusa do meio ambiente, é igualmente inegável que o desrespeito a esse interesse possa afetar de muito mais perto apenas alguns indivíduos, mas não a totalidade das pessoas, o que, porém, não lhes retira o direito à proteção que a ação coletiva oferece.

---

[617] **Álvaro Luiz Valery Mirra**, ao se manifestar sobre o tema, diz que "a rigor, podendo agir espontânea e diretamente com seus próprios meios, autorizada pelo ordenamento jurídico, à administração não seria necessário invocar a tutela jurisdicional para a cessação de condutas e atividades causadoras de degradação ambiental, pela via da ação civil pública com pedido cominatório tendente ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. (...) Não se pode perder de vista, porém, que nem sempre a Administração dispõe, efetivamente, de meios materiais próprios para as providencias necessárias à supressão da situação danosa ao meio ambiente. Além disso, muitas vezes os meios postos à disposição do Estado não estão suficientes para a solução do conflito instaurado ou, mesmo sendo apropriados, a intervenção de polícia em si mesma é que não se mostra conveniente ou traz com ela o risco de ampliar o litígio. Nestes casos não há como recusar à pessoa jurídica de direito público detentora do poder de polícia interesse de agir em juízo, fazendo-se, ao contrário, útil e até imperativa a movimentação do aparato judiciário, ..." (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 221 e 222).

[618] "Ação Civil Pública - Loteamento irregular – ação proposta por Prefeitura Municipal, visando impedir sua implantação – Proteção aos mananciais – Falta de interesse de agir – Poder de Polícia Administrativa – Recursos improvidos" (Ap. Cív. n. 234.028-1/3, 9ª Câm. Dir. Privado TJSP, j. 13/02/96, v.u., rel. Des. Ruiter Oliva, Revista de Direito Ambiental nº vol. 3, p. 270).

[619] "PODER DE POLÍCIA - Interdição, em caráter definitivo, de imóvel, por uso inadequado – Garagem de ônibus instalada em edificação não conforme – Ação cautelar ajuizada pela Municipalidade – Admissibilidade – Carência afastada" (Ap. Cív. n. 60.400-1, 4ª Câm. Cível TJSP, j. 16/05/1985, v.u., rel. Des. Alves Braga, RT 602/80).

No entanto, há julgados que não se direcionaram assim. Vejamos um, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Meio ambiente – Poluição sonora e atmosférica – Atividade de processamento de madeira – Fato que se restringe à perturbação do sossego de vizinhança – Interesse coletivo disponível – Falta de legitimação da Promotoria de Justiça para propor a ação civil pública – Extinção do processo decretada*[620].

Outros, no entanto, de forma mais inteligente, reconhecem o interesse processual. Não distinguem com clareza, porém, as condições, falando em *legitimidade* quando deveriam falar em *interesse*. *In verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – MEIO AMBIENTE – POLUIÇÃO SONORA – CARÊNCIA DA AÇÃO POR ILEGITIMIDADE ATIVA AO RECEBER A INICIAL, JULGANDO-SE EXTINTO O FEITO COM FULCRO NO ART. 267, VI DO CPC. RECONHECIMENTO NA SENTENÇA ATACADA DE ESTAR COMPROVADA A PRODUÇÃO DE RUÍDOS ACIMA DOS NÍVEIS PERMITIDOS PELA LEGISLAÇÃO VIGENTE – SENTENÇA REFORMADA RECONHECENDO-SE A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPÔ-LA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA EMPRESA POLUIDORA DO AMBIENTE, EMISSORA DE RUÍDOS ACIMA DOS NÍVEIS PERMITIDOS*[621].

Assim, no que se refere aos pedidos envolvendo o meio ambiente e os danos ou eventuais danos que possam decorrer, não há restrições, sendo possível

[620] Ap. Cív. n. 273.480-5/5 – Barretos, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 04/05/05, v.u., rel. Des. José Santana, Juis nº 44.

que a via coletiva respeite aos direitos difusos, coletivos no sentido estrito e aos individuais homogêneos.

Também não há restrições quanto a pedidos meramente declaratórios ou constitutivos, muito embora os de natureza condenatória sejam mais comuns.

Nessas hipóteses, a reparação ao "statu quo ante" é o que se deve buscar, ficando a indenização em dinheiro para a via subsidiária.

Quanto ao procedimento, em princípio, será o ordinário, com as adaptações que a legislação processual coletiva exige, cabendo mesmo, a nosso ver, a aplicação do procedimento previsto na lei da ação popular, se mais vantajoso.

2.2. Ação coletiva e o consumidor

O direito do consumidor, do mesmo modo, veio consagrado como fundamental na Constituição Federal de 1988, estabelecendo o legislador constituinte ser direito individual e coletivo dos consumidores a promoção pelo Estado da defesa dos seus direitos.

Com o CDC, completou-se o aspecto material dos direitos dos consumidores, no âmbito individual e coletivo, bem como se complementou a legislação processual coletiva, interagindo o diploma com a lei da ação civil pública.

---

[621] Ap. Cív. n. 4898, 6ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Anny Mary Kuss Serrano, publicação 29/05/2000, Juis nº

A partir daí, foi possível tutelar todas as relações de consumo, envolvendo direitos individuais, individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos.

As condições das ações coletivas envolvendo relações de consumo serão tratadas a seguir.

2.2.1. Possibilidade jurídica do pedido

A ação coletiva envolvendo relações de consumo, vimos, tanto pode englobar pedidos para a tutela de direitos individuais homogêneos, como coletivos no sentido estrito ou difusos.

Não será a espécie de direito coletivo (sentido lato) que vai impossibilitar juridicamente o pedido, mas a ilicitude, a impossibilidade ou a vedação expressa desse pedido ou causa de pedir.

Assim, v.g., se várias pessoas adquirem conscientemente produtos de procedência suspeita (‘pirataria’), está-lhes vedado – pelo fato ilícito em que incorreram - formar uma associação para propor ação coletiva motivada pelo mau funcionamento dos bens.

Não pode o MP tampouco pretender propor ação coletiva para cobrar danos causados a jogadores por uma casa de jogos ilegais.

44.

A União não terá possibilidade jurídica de pretender que os fabricantes de armas passem a produzir armamentos que funcionem exclusivamente nas mãos de pessoas de bem e não dos criminosos, pela impossibilidade que tal pedido carrega.

Cabe ainda considerar falta de possibilidade jurídica do pedido a ação coletiva que pretende compelir o fabricante de determinado produto a indenizar os consumidores que o adquiriram por ter esse mesmo fabricante produzido outro de melhor qualidade. Tal pretensão está na vedação expressa da lei (art. 12, § 3º, do CDC), que diz, categoricamente, que o produto nessas condições não é considerado defeituoso. Parece-nos, então, implícita a negação de propor ação baseada nessa situação, já que faltará possibilidade jurídica a tal pedido[622].

Além dos exemplos mencionados, outras situações concretas podem vir a ter enquadramento na impossibilidade jurídica do pedido. Insistimos, contudo, que isso se dará apenas diante de pedidos ilícitos, impossíveis de atingir ou expressamente proibidos, podendo, excepcionalmente, alguns 'implicitamente' proibidos terem guarida nessa última condição.

2.2.2. Legitimidade das partes

Legitimados ativos para as ações coletivas envolvendo relações de consumo, em princípio, são todos os legitimados coletivos. Entretanto, há que verificar no caso concreto referida legitimidade, já que, dependendo da hipótese,

[622] Opinamos pela falta de possibilidade jurídica do pedido, excepcionalmente, já que, muito embora entendamos a falta de possibilidade jurídica do pedido, nesse aspecto particular, como algo que a lei expressamente diga que

o legitimado não será considerado parte legítima para aquela ação coletiva. Por exemplo: em princípio, toda associação tem legitimidade para propor todas as ações coletivas, exceto quando criada especificamente para um fim: proprietários de veículos marca Fiat, modelo Tipo que se incendiaram. Entendemos que a única ação coletiva que tal associação pode propor é a que defende essas vítimas.

A mesma interpretação deve ser dada a outros legitimados, como os partidos políticos, os sindicatos, as cooperativas, etc.

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, no entanto, deveriam constituir os maiores preocupados com a defesa dos consumidores, já que tal dever está estabelecido constitucionalmente.

A legitimidade passiva nas ações coletivas de consumo também é amplíssima, estando disposto no CDC que todos responderão solidariamente, incluindo o produtor, o fabricante, o construtor, o importador e o comerciante[623], bem como os fornecedores de produtos e serviços, inclusa nessa citação os profissionais liberais e as pessoas jurídicas de direito público.

Ainda, é permitido ao autor propor ação em face do segurador, diante de falência do fornecedor, caso o síndico informe sobre a existência de seguro de responsabilidade.

---

não se possa pedir (v.g., dívida de jogo), no caso, o enquadramento só pode ser feito nessa condição da ação, já que, embora implícita a vedação, não haveria enquadramento em outra espécie de condição da ação.

[623] De acordo com o artigo 13 do CDC, o comerciante será igualmente responsável quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados e, ainda, quando o produto for fornecido sem identificação clara ou quando o comerciante não conservar os produtos perecíveis adequadamente.

O órgão público também deverá figurar no pólo passivo das ações de consumo que visem compeli-lo a proibir a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde e à incolumidade pessoal (art. 102, CDC).

Finalmente, vista a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica[624], a responsabilização pessoal recairá nos respectivos integrantes da sociedade, sejam pessoas físicas ou jurídicas, podendo, ainda, figurar no pólo passivo as sociedades integrantes dos grupos societários, as sociedades controladas, as sociedades consorciadas e as sociedades coligadas[625] (art. 28 CDC)[626].

No entanto, da mesma forma que na legitimidade ativa, a pessoa poderá, no caso concreto, não preencher a condição da legitimidade passiva.

É o caso, por exemplo, do fabricante que, citado, demonstra não ter produzido aquele bem.

---

[624] **José Geraldo Brito Filomeno** comenta que "quando houver abusos na administração de uma empresa, por exemplo, desrespeito aos seus estatutos, manobras para elidir responsabilidade, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica, principalmente quando houver falência, estado de insolvência, encerramento de atividade provocada por má administração, ou seja, fazer com que, em caso de indenização a consumidores lesados, respondam os sócios com seus bens particulares" (*O código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 74 – *justitia* 53/155). **Adriano Perácio de Paula** explica, no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, que também pode ocorrer no sentido inverso, ou seja, "é admissível que sendo a pessoa física o demandado e condenado em ação judicial de consumo, se possa desconsiderar a personalidade jurídica, e buscar no patrimônio da empresa da qual ele participa a reparação devida" (*Direito processual do consumo*, p. 322).

[625] "Tratando-se de sociedade coligada, ou seja, quando uma pessoa jurídica participa da outra com mais de 10% (dez por cento) do seu capital, sem, controlar a mesma, essa coligada só responde se houver culpa em uma das suas modalidades" (**Paulo Brasil Dill Soares**, *Código do consumidor comentado*, p. 130, comentário 183).

[626] **Adriano Perácio de Paula** fala ainda em responsabilidade daqueles que, mesmo não possuindo participação societária, "detêm ou detiveram, quando dos atos danosos, poder de comando, administração ou gerência na empresa (art. 50 do Código Civil, de 2002)" (*Direito processual do consumo*, p. 322).

Assim, muito embora a responsabilidade seja solidária, excluem-se os que não participaram de nenhuma forma do processo produtivo ou de distribuição e venda.

2.2.3. Interesse processual

A primeira e evidente falta de interesse processual restará demonstrada se a ação coletiva proposta em defesa de consumidores não envolver uma relação de consumo.

O código de defesa do consumidor é claro ao dizer que a relação de consumo só se caracterizará como tal se compreender ao menos um consumidor, um fornecedor, um produto e/ou um serviço.

A partir daí, há que analisar se aquela pessoa que adquiriu o produto ou serviço é considerada consumidora[627], ou seja, se é uma pessoa física ou jurídica evidenciada como consumidora final. O fornecedor[628] há que ser pessoa física ou jurídica, ou até despersonalizada, mas que desenvolva atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. O produto deverá ser um bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

[627] Equipara-se aos consumidores a coletividade de pessoas que hajam intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º do CDC), todas as vítimas do evento (art. 17 do CDC) e, ainda, no caso de práticas comerciais, todas as pessoas expostas a elas (art. 29 do CDC).

[628] A Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor), equiparou ao fornecedor a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo (art. 3º).

O serviço, por fim, será qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária[629], financeira, de crédito e securitária, excluídas as de caráter trabalhista[630].

Outro aspecto do interesse processual refere-se aos tipos de pedidos que podem ser feitos em uma ação coletiva envolvendo relações de consumo.

Em princípio não há nenhuma restrição, até por conta do que dispõe o art. 5º, XXXV da CF, bem como o art. 83 do CDC.

Há no entanto quem apresente visões mais restritivas[631].

As decisões judiciais são variadas. Mas, em geral, a maioria dos temas, com exceção das questões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS, etc, são aceitos. Vejamos alguns julgados, *in verbis*:

> *CONSÓRCIO – taxa de administração – Veículo – Ação Civil Pública – Alegação de falta de interesse de agir – Descabimento – Existência de pretensão `a redução da taxa de administração –*

---

[629] O STF decidiu, enfim, que as relações bancárias se enquadram nas relações de consumo.

[630] **Nelson Nery** defendeu a aplicação do código de defesa do consumidor para as ações da competência da justiça do trabalho, explicando que apenas as normas processuais do CDC é que incidirão nas ações coletivas trabalhistas (*A ação civil pública no processo do trabalho*, p. 605).

Com a emenda constitucional nº 45, houve alterações na competência da justiça do trabalho, ampliando-a, o que deixou dúvidas sobre algumas relações, envolvendo, v.g., prestações de serviços, se, diante de ação judicial, se enquadrariam como de competência da justiça do trabalho ou da justiça cível. Para nós, no entanto, não há que duvidar: se a relação envolver um consumidor, um fornecedor, um produto e/ou um serviço, ela será uma relação de consumo e a justiça cível será a competente para dirimir os conflitos daí decorrentes.

[631] **Paulo Roberto de Gouvêa Medina** opina pela viabilidade da ação coletiva que envolva interesses dos consumidores apenas na versão cominatória, ou seja, relacionada a uma obrigação de fazer ou não fazer, já que, para o autor, a reparação dos danos deverá ser pleiteada diretamente pelos prejudicados (*Aspectos da ação civil pública*, p. 220-221).

Imposição aos consorciados de taxa de administração de 47,58% sobre o valor do bem – Abusividade ou ilegalidade da mencionada taxa – Aplicação do disposto no inciso IV, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor – (...)[632].

Ação Civil Pública – Defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos – Alegação de ilegalidade de cláusula inserida em contrato de adesão de plano de saúde – Danos a consumidores amparados pelo Código de Defesa do Consumidor – (...)[633].

Ação coletiva ajuizada por associação de usuários de serviços prestados pela Telesp – Petição adequada, que não se caracteriza pela inépcia – Legitimidade ativa e interesse de agir presentes – Legitimação extraordinária por substituição processual em que a entidade atua em nome próprio – Aplicação dos artigos 81, III, 82, IV e 91 do CDC – (...)[634].

Somos adeptos da interpretação ampliativa, inclusive para incluir o FGTS, os tributos, as contribuições previdenciárias, etc., desde que tais temas estejam em torno de consumidores e fornecedores e prestações de serviços ou fornecimento de produtos.

Enfim, todos esses aspectos mencionados, em conjunto, deverão estar presentes. Na falta de qualquer um deles, não haverá que falar em relação de consumo e, conseqüentemente, em ação coletiva envolvendo relação de consumo. Nesse caso, entendemos, faltará interesse processual.

---

[632] Apelação n. 1.016.885-1 – São Paulo, 18ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. 08/09/2005, v.u., rel. Des. Carlos Alberto Lopes, Juis nº 44.

[633] Ap. Cív. n. 307.009-4/4-00 – Santo André, 1ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. 28/06/2005, v.u., rel. Des. Elliot Akel, Juis nº 44.

[634] AI n. 889792-0/8 – São Paulo, 29ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. 18/05/2005, v.u., rel. Des. Dyrceu Cintra, Juis nº 44.

2.3. Ação coletiva e a ordem urbanística

A ordem urbanística não passou despercebida pelo legislador constituinte que, no capítulo II, inserido no Título VII, sobre a ordem econômica e financeira, tratou de estabelecer diretrizes que regulem a política urbana.

O legislador ordinário, do mesmo modo e até em respeito à proteção constitucional, tratou de regulamentar a política urbana através da Lei nº 10.257/01 – conhecida como *estatuto da cidade*.

Em seguida, pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, acrescentou o inciso VI ao art. 1º da lei da ação civil pública para incluir a ordem urbanística como valor protegido pela ação coletiva.

A política urbana tem por objeto estabelecer parâmetros de utilização da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar de todos os cidadãos, assim como proteger o equilíbrio ambiental. É com esse instrumento, portanto, que se organiza o desenvolvimento das funções sociais da cidade[635] e se garante, em decorrência, o bem-estar dos habitantes[636].

---

[635] "A *função social da cidade* pode ser vista como a sua missão de fornecer às pessoas que nela residem: moradia, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer, transporte, entre outros benefícios. (...) Para atender aos reclamos da estada do homem na cidade, o Direito Urbanístico terá, por exemplo, que tratar do uso e da ocupação do solo, valendo-se para tanto, de regras que cuidarão do parcelamento, do loteamento, do zoneamento e dos critérios para a edificação, como terá também que impor restrições ao uso da propriedade, o que o fará, por exemplo, mediante a regulamentação da desapropriação para fins urbanísticos, do tombamento e da servidão administrativa" (**Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior**, *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*, p. 21 e 29).

José Carlos de Freitas destaca quatro funções sociais da cidade: habitação, trabalho, circulação do espaço urbano e recreação do corpo e do espírito (*A ação civil pública, a ordem urbanística e o estatuto da cidade*, p. 257).

[636] "... o direito à cidade sustentável é o direito a uma certa ordem urbanística, passível de tutela judicial coletiva" (**Carlos Ari Sundfeld**, *O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais*, p. 54).

Pode-se mesmo dizer que esse é um dos aspectos do meio ambiente artificial, já que o mesmo inclui o espaço urbano construído.

José Afonso da Silva entende por Direito Urbanístico o "... conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público destinadas a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística"[637]. "A atividade urbanística, assim, consiste na ação destinada a realizar os fins do urbanismo, ação destinada a aplicar os princípios do urbanismo"[638]. O urbanismo, por sua vez, "é uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando o bem-estar coletivo – através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: *habitação, trabalho, recreação* do corpo e do espírito, *circulação* no espaço urbano"[639]. Sintetizando, "o urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana"[640].

[637] "A atuação urbanística do poder público gera conflitos entre o interesse coletivo à ordenação adequada do espaço físico para o melhor exercício das funções sociais da cidade, e os interesses dos proprietários, que se concretizam em que seja aproveitável toda a superfície de seus lotes, e desejam edificar todo o seu terreno e nele construir o máximo volume, fundado no espírito de lucro e numa concepção individualista da propriedade como direito absoluto. Em conseqüência, o proprietário particular sempre se oporá a que se limite o volume edificável de seu terreno ou a que se dediquem, a espaços livres, superfícies superiores àquelas que sejam indispensáveis para facilitar uma exploração mais completa do solo (...). A composição desses conflitos de interesse urbanístico é função da lei, e, na medida em que a atividade urbanística se faz mais necessária e intensa, vão surgindo normas jurídicas para regulá-la ..." (*Direito urbanístico brasileiro*, p. 28-29).

[638] **José Afonso da Silva**, *Direito urbanístico brasileiro*, p. 26.

[639] **Antônio Bezerra Baltar**. *Introdução ao planejamento urbano*. Recife, 1947, p. 136, *apud* **José Afonso da Silva**. *Direito Urbanístico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 24-25.

[640] **José Afonso da Silva**, *Direito urbanístico brasileiro*, p. 25.

Atingir todos esses objetivos, portanto, demanda um planejamento urbano[641] que garanta o direito a cidades sustentáveis.

A ausência desse planejamento - em alguns municípios inserido no Plano Diretor – redundará em obrigações do poder público responsável[642].

Vejamos de que modo preencher as condições da ação ao visar defender o direito urbanístico.

2.3.1. Possibilidade jurídica do pedido

Resta saber quais pedidos podem ser considerados juridicamente possíveis quando se pretende tutelar a ordem urbanística.

---

[641] O que, nos ensinamentos de **Hely Lopes Meirelles**, envolve um *Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado*, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo (*Direito de construir*, *passim*).

Conforme o § 1º, do art. 182 da CF, o Plano Diretor é obrigatório para o Município, mas somente para aqueles de mais de vinte mil habitantes.

José Carlos de Freitas ensina que não só aos municípios com mais de 20 mil habitantes como também aos localizados nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e outras situações listadas pelo art. 41 do estatuto da cidade aplica-se a exigência do plano diretor. Nem por isso estão os demais Municípios excluídos de promover o seu planejamento territorial, sendo cabível a ação civil pública em todas as hipóteses para compelir os Municípios a cumprir com seus deveres (*A ação civil pública, a ordem urbanística e o estatuto da cidade*, p. 259-261).

[642] **José Carlos de Freitas** entende que o descumprimento na elaboração do plano diretor pode acarretar ação de inconstitucionalidade por omissão (caso a omissão parta do Legislativo). Sendo a omissão do Executivo, poderá o prefeito incorrer em sanções de ordem política (perda do mandato) e penal (crime de responsabilidade), do mesmo modo que o agente ou servidor público incorrer em improbidade administrativa. Nada impede, entretanto, uma ação civil pública para o controle difuso de constitucionalidade de lei municipal (*A ação civil pública, a ordem urbanística e o estatuto da cidade*, p. 264-265).

Há três principais temas, em sede constitucional, no capítulo das políticas urbanas: uso e desenvolvimento do solo urbano[643], direito de propriedade (e a sua função social)[644] e direito à usucapião urbana[645].

Na legislação infraconstitucional - estatuto da cidade -, pode-se resumir como diretrizes gerais, para a efetivação da política urbana, de acordo com **Toshio Mukai**, a garantia do direito a cidades sustentáveis (direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer); gestão democrática por meio da participação popular; cooperação entre o governo, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade; planejamento; oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados; ordenação do uso do solo; integração entre as atividades urbanas e rurais; padrões no consumo e produção de bens e serviços; justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes da política urbana; adequação dos instrumentos de políticas econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos; recuperação dos investimentos do Poder Público, na valorização de imóveis; proteção e recuperação do meio ambiente; regularização fundiária; simplificação da legislação de parcelamento e isonomia de condições para os agentes públicos e privados, relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social[646].

[643] Destacando-se a lei de parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79).

[644] Para **José Carlos de Freitas**, o desrespeito à função social da propriedade, quando tem abrangência coletiva ou difusa, dá o direito a manejo da ação civil pública (*A ação civil pública, a ordem urbanística e o estatuto da cidade*, p. 265-266).

[645] Conforme dicionário da língua portuguesa, a palavra *usucapião* é um substantivo feminino.

[646] *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*, p. 41 e 42.

Assim, quanto ao uso e desenvolvimento do solo, seria juridicamente impossível qualquer pedido contrário ao referido desenvolvimento, já que se caracterizaria como ilícito.

O Direito de propriedade, exatamente por vincular-se à função social da cidade[647], está atrelado a algumas condições: v.g., o art. 8º do estatuto da cidade, que apena com desapropriação o imóvel que descumpra a sua função social[648]. A desapropriação[649], neste caso, terá finalidade urbanística, o que nos faz crer na possibilidade jurídica do pedido de ação coletiva com essa finalidade.

Tal desapropriação, no entanto, para ter finalidade urbanística, deve decorrer do descumprimento do pagamento do IPTU progressivo diante do não-cumprimento do parcelamento ou utilização compulsórios, ou seja, das medidas

[647] O conceito de cidade, do ponto de vista urbanístico, de acordo com **José Afonso da Silva**, possui dois elementos essenciais: "a) as *unidades edilícias*, ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais; b) os *equipamentos públicos*, ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta (estradas, ruas, praças, parques, jardins, canalização subterrânea, escolas, igrejas, hospitais, mercados, praças de esportes etc.)" (*Direito urbanístico brasileiro*, p. 20).

"A função social da propriedade tem em vista a crescente necessidade de conciliação do individual e do social. Atualmente o próprio direito de propriedade, e não apenas o seu exercício, ganha uma configuração bem mais limitada, em decorrência da imposição de obrigações negativas e positivas: ele só pode ser exercido na medida em que não atente contra bens, interesses e valores superiores da coletividade em geral, entre os quais passa a figurar a proteção ao meio ambiente, podendo ainda ser exigido do proprietário 'comportamentos ativos que se alinhem na direção do proveito social' " (**Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida**, *Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade*, p. 114).

Toshio Mukai fala também em função ambiental da propriedade e esclarece que "..., com o plano diretor em vigor, não será mais possível contrariar a competência exclusiva do Município em exercer suas atividades de licenciamento e sancionatórios em relação ao meio ambiente, pois competir-lhe-á, mais do que aos Estados-membros, dar cumprimento à função ambiental da propriedade". O autor cita o artigo 1.228, parágrafo único, do código civil, que dispõe: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" (*Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*, p. 20-22).

[649] Mesmo sendo a desapropriação, no caso, uma sanção, haverá pagamento.

de obrigações de fazer que podem ser aplicadas para os proprietários de imóveis urbanos subutilizados ou não utilizados[650].

Aliás, o próprio legislador constituinte estabelecera que, ao proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado a que falte o adequado aproveitamento, gravará a pena de parcelamento e de edificação compulsórios, IPTU progressivo[651] e desapropriação (art. 182, § 4º).

A função social da propriedade também é preocupação das terras rurais, não somente das urbanas. A Constituição Federal dela se ocupa no art. 186. Encontramos decisão judicial responsabilizando o adquirente das terras rurais pela recomposição das matas nativas[652].

O direito da usucapião urbana, previsto no art. 183 da Constituição Federal[653], no art. 9º do estatuto da cidade e no art. 1240 do código civil, pode ser adquirido por aquele que possuir área urbana como sua, com até 250 metros

[650] **Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior**, ao comentar o artigo, diz que "..., para a hipótese de haver decorrido o prazo de cinco anos de cobrança de IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel" (*A ação civil pública* ..., p. 197).

[651] **Celso Antonio Pacheco Fiorillo** diz que "... o tributo criado tem como finalidade (...) ser destinado à viabilização real das funções sociais da cidade em consonância com as necessidades vitais que asseguram a dignidade da pessoa humana ...". Daí, segundo o autor, poder ser considerado um imposto que possui natureza jurídica de tributo ambiental (*Direito ambiental tributário como instrumento em defesa do direito a cidades sustentáveis no Brasil e o IPTU progressivo no tempo*, p. 108-109).

[652] ED no Ag.Rg. no REsp n. 481097, 1ª T. STJ, j. 01/04/2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 22/04/2003, p. 197.

[653] Há um projeto de lei de Emenda Constitucional, que aumenta o tamanho máximo do lote objeto de usucapião especial urbano, de 250 para 500 metros quadrados, em cidades com menos de 300 mil habitantes. Referido benefício só poderá ser pleiteado por quem utilizar a área para fins de moradia, por cinco anos consecutivos e sem oposição e por quem não possua outro imóvel urbano ou rural (PEC 9/2003, primeiro signatário Senador Sérgio Cabral. Andamento: até março de 2006 – remetido à Câmara dos Deputados).

quadrados, por 5 anos[654], ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para moradia própria ou de familiar, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural e que não se trate de imóvel público, já que a própria Constituição veda tal domínio: "Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião" (§ 3º, art. 183 CF)[655].

Foi considerando tais exigências que o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em ação de usucapião especial urbana. É o que dispõe o julgado, *in verbis*:

> *USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO CONSTITUCIONAL - Processo extinto sem julgamento de mérito – Possibilidade Jurídica porque não excedente a 250,00 m 2 – Situação de fato consolidada – Irrelevância de o Código de Obras Municipal não permitir a*

[654] O Tribunal de Justiça do Espírito Santo decidiu que "para efeito de usucapião especial urbano, não se computa o período de posse anterior à promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988" (Ap. Cível n. 048970042627, 1ª Câm. Cível, j.18/02/2002, rel. Des. Arnaldo Santos Souza, Juis nº 44).

[655] **Toshio Mukai** revela que o direito à usucapião especial também poderia recair sobre imóvel público, mas essa seção foi vetada pelo Presidente da República. No entanto, como explicado posteriormente pelo próprio autor, esse direito acabou sendo regulamentado pela medida provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, permitindo àquele que possua área ou edificação urbana de até *250 metros quadrados*, localizada em *imóvel público*, pelo período de 5 anos ininterruptos, sem que tenha ocorrido oposição por parte do Poder Público, o direito à concessão de *uso especial para fins de moradia* (art. 1º). O art. 2º regulamenta esse mesmo direito, na modalidade coletiva, quando da impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por possuidor. O autor comenta a possibilidade de referida medida ser tida como inconstitucional por alguns, com o que não concorda e justifica: "Esse dispositivo deixa evidenciado que a concessão especial de uso para fins de moradia não implica aquisição do domínio de um determinado imóvel público, pois, como se observa, o exercício do direito tratado no mencionado dispositivo legal pode, caso seja de interesse do Poder Público, ser exercido em local diverso daquele em que adquiriu o direito de uso". Conclui o autor que, na verdade, isso equivale ao legítimo direito constitucional à moradia e, por isso, é constitucional: "Claro está, portanto, que o instituto da concessão especial para fins de moradia não foi concebido como um instrumento de aquisição de domínio de uma propriedade por aqueles que já tenham a posse, tampouco equiparou os imóveis públicos aos imóveis privados. Não. O que se fez foi reconhecer um enorme passivo do Estado para com a população, criando um instituto que possibilite a regularização fundiária de imóveis públicos ocupados, desde que não haja outro interesse público maior, e possibilitando assim que um dos fundamentos do direito à moradia seja alcançado: a segurança da posse do imóvel" (*Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*, p. 44 e 76-86).

É importante observar, no entanto, que referida medida provisória prevê tal direito apenas para aqueles que, até 30 de junho de 2001, tivessem possuído o imóvel público naquelas condições.

edificação, já consolidada – Prosseguimento do feito – afastamento do óbice decretado – Recurso provido[656].

Ou, de outra sorte, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo acolheu preliminar de ausência de interesse processual. Vejamos, *in verbis*:

APELAÇÃO CIVIL – AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO – CARÊNCIA DE AÇÃO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.
1. Não merece ser reformada, a sentença ora impugnada, posto que a preliminar de carência de ação, por falta de interesse processual, foi acertadamente acolhida, destarte, extinguindo-se o feito sem julgamento de mérito – art. 267, VI do CPC.
2. Tratando-se de Usucapião Especial Urbano – art. 183 da CF/88 – hão de ser observados todos os requisitos exigidos pela referida norma constitucional, para que seja declarada a propriedade do imóvel usucapiendo[657].

Opinamos pela ausência de possibilidade jurídica do pedido, tratando-se das seguintes ressalvas: 'desde que ainda não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural' e 'desde que não se trate de imóvel público', vista a proibição expressa. Quanto aos demais requisitos, v.g., '250 metros quadrados', o não-preenchimento levaria à ausência de interesse processual.

Acompanhando o regramento constitucional, o estatuto da cidade previu a usucapião especial coletiva[658] para as hipóteses que envolverem posse por uma

[656] Apelação com revisão n. 132.322-4/2 – São Luiz do Paraitinga, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 17/02/2003, v.u., rel. Des. Nivaldo Balzano, Juis nº 44. No mesmo sentido, "Tratando-se de ação de usucapião especial urbano e tendo a autora provado sobejamente os requisitos elencados no artigo 183 da Constituição Federal, revela-se correta a sentença que julgou procedente o pedido, apelação improvida" (Ap.Cív. n. 048990095407, 4ª Câmara Cível TJES, j. 11/05/2004, rel. Des. Dair José Bregunce de Oliveira, Juis nº 44).

[657] Ap. Cív. n. 029029000022, 4ª Câm. Cível, j.14/04/2003, rel. Des. Frederico Guilherme Pimentel, Juis nº 44.

[658] Art. 10 do Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10/07/2001.

coletividade. De igual maneira, tal usucapião não poderá recair sobre imóveis públicos, já que tal pedido será tido por juridicamente impossível.

Para que a usucapião especial urbana coletiva possa se dar, cumpre que uma coletividade de baixa renda ocupe para moradia, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, uma área urbana com mais de 250 metros quadrados, na qual não tenha sido possível a identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor. A exigência complementar é que tais pessoas não sejam proprietárias de outro imóvel urbano ou rural.

Caso os ocupantes já possuam outro imóvel, o pedido será tido por juridicamente impossível, já que a lei expressamente dita esta regra: 'desde que não sejam proprietários de outro imóvel'.

É possível ainda, para fins de contagem de tempo, que o possuidor acrescente o período de seu antecessor, contanto que ambas ocupações sejam contíguas (§ 1º do art. 10).

2.3.2. Legitimidade das partes

A Lei nº 10.257/01 (estatuto da cidade) não menciona legitimidade para as ações que, em geral, envolvam a política urbana.

Apenas, em seu art. 54, determina a inclusão no art. 4º da lei da ação civil pública da seguinte redação: "Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins

---

Sérgio Ferraz faz comentários sobre essa regra (*Usucapião especial*, p. 143).

desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à *ordem urbanística* ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado)" (grifos nossos).

Importa considerar, todavia, que o inciso VI, do art. 1º da lei da ação civil pública acrescentou a ordem urbanística como um dos valores a proteger[659]. Assim, todos os legitimados podem propor ações coletivas em defesa da política urbana.

Nem sempre os juízes têm esta interpretação. É o caso da decisão de 1º grau que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por opinar pela ilegitimidade do Ministério Público, envolvendo o tema de *loteamento*, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Alteração de loteamento cujo projeto foi aprovado pela Municipalidade – Ilegitimidade ativa do Ministério Público – Interesse jurídico da Municipalidade ou dos adquirentes. Extinção sem julgamento de mérito*[660].

Há, no entanto, a previsão de legitimidade para a ação de usucapião especial de imóvel urbano, incluída a usucapião especial *coletiva* de imóvel urbano[661]. De acordo com o art. 12, serão partes legítimas para a propositura da

---

[659] Referido inciso foi incluído através da medida provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que veio logo a seguir da vigência do Estatuto da Cidade (10 de julho de 2001).

[660] O Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, reformou a decisão, com a seguinte fundamentação: "Interesse público reconhecido - Legitimidade admitida – extinção afastada para enfrentamento do mérito" (Ap. Civ. n. 345.9504.4/6-00 – Jaú, 9ª Câm. de Direito Privado, j. 19/07/05, v.u., rel. Des. Grava Brasil, Juis nº 44).

[661] "Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural".

ação de usucapião especial urbana, o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente (I), os possuidores, em estado de composse (II) e, como substituta processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados (III), sendo obrigatória a intervenção do MP.

Independentemente da existência deste artigo, entendemos que, no que se refere à usucapião coletiva, todos os legitimados coletivos terão legitimidade, inclusive as associações, sem necessidade de autorização dos representados, como prevê o artigo.

Quanto aos possuidores, pensamos que a legitimidade deve dirigir-se apenas à usucapião especial urbana e não à coletiva, sob pena de desrespeito ao sistema processual coletivo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo opinou pela extinção de uma ação individual, vista a ilegitimidade de parte, por compreender que ela se enquadrava na usucapião coletiva. É o que prevê o julgado, *in verbis*:

> *USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO – Ação ajuizada em caráter individual com a finalidade do reconhecimento de domínio exclusivo sobre um cômodo de habitação coletiva – Inadmissibilidade – Situação a viabilizar em tese a ação de usucapião especial urbano coletivo, na qual a legitimidade 'ad causam' é deferida a todos os moradores em litisconsórcio necessário ou à associação que os representa – aplicação das regras dos artigos 9º, 10 e 12 da lei n. 10.257/01 (Estatuto da*

Cidade) – Petição inicial indeferida – Recurso do casal autor desprovido[662].

Neste caso, o legitimado passivo será o Município ou os Municípios nos quais se encontram os imóveis, além dos demais que a própria lei que regulamenta o tema exige, como litisconsortes passivos necessários.

Parece-nos que o Município estará sempre no pólo passivo das ações que tenham por base a política urbana, sejam elas individuais ou coletivas[663], o que não significa, a nosso ver, que outras pessoas não possam ocupar também, ao lado dele, a posição passiva na ação.

Aliás, foi desse modo que já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *ADMINISTRATIVO. LOTEAMENTO IRREGULAR. ÁREA DE MANANCIAIS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. PODER-DEVER. ARTS. 13 E 40 DA LEI N. 6.766/79.*
> *1. As determinações contidas no art. 40 da Lei n. 6.766 consistem num dever-poder do Município, pois, consoante dispõe o art. 30, VIII, da Constituição da República, compete-lhe 'promover, no que*

[662] Apelação n. 283.033-4/0 – São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 27/08/2003, v.u., rel. Des. Morato de Andrade, Juis nº 44.

[663] Isso porque, de acordo com o preceito constitucional do art. 182, incumbe ao Município a política de desenvolvimento urbano, bem como, conforme artigos 41, 52 e 54 do Estatuto da Cidade, o Município está obrigado a desenvolver um planejamento urbano e o correspondente Plano Diretor.

Mas há outras competências sobre o tema. Conforme comenta **Toshio Mukai**, "... não obstante a matéria urbanística seja concorrente, a grande massa de normas urbanísticas pertence à competência municipal, que pode editar seus planos de desenvolvimento urbano, seu zoneamento, impondo recuos e gabaritos, distribuindo as atividades exercitáveis, mediante o direito de construir, dentro de uma legislação que leve em conta o bem-estar da população e a proteção do meio ambiente, disciplinando o parcelamento do solo, dispondo sobre normas edilícias. A competência municipal, enfim, é ampla, dentro do conceito de peculiar interesse local, embora muitas vezes condicionada por normas concorrentes federais e estaduais" (*Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*, p. 28).

couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano'.
2. Da interpretação sistemática dos arts. 13 da Lei nº 6.766/79 e 225 da CF, extrai-se necessidade de o Estado interferir, repressiva e preventivamente, quando o loteamento for edificado em áreas tidas como de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais.
3. Recurso especial provido[664].

Bem como o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ajuizamento pelo MP objetivando a conclusão das obras de infra-estrutura exigidas quando da aprovação do loteamento denominado 'Parque Chapadão', (...) - Procedência parcial da demanda decretada em relação à Municipalidade de Piracicaba e à empresa empreendedora – (...) - Outrossim, quando o loteador não executa a contento essas obras de infra-estrutura, incumbe à Municipalidade a regularização do loteamento, máxime quando deixou de exercer adequada fiscalização, ressarcindo-se do importe despendido de acordo com a legislação específica – Poder Público local que, ***in casu****, não agiu com rigor, nos limites da sua competência, de modo a compelir a empreendedora a adequar o loteamento ao projeto aprovado – Controle do parcelamento e da ocupação do solo urbano que é encargo inafastável do ente municipal, na esteira do que dispõem a CF (art. 30, VIII) e a CE (arts. 180/183), assentando o art. 40 da Lei n. 6.766/79 a obrigação da Prefeitura Municipal de regularizar o loteamento ou desmembramento, executado em desacordo com o plano respectivo, de modo a evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbanístico e mesmo aos adquirentes de lotes – (...)*[665].

[664] REsp n. 663203, 2ª T. STJ, j. 13/12/2005, rel. Min. Castro Meira, DJU 06/02/2006, p. 233. Outros julgados nesse sentido, prevendo a legitimidade passiva do Município: "O Município não pode se furtar do poder-dever de agir vinculado e constitucionalmente previsto com vistas à regularização do solo urbano, sob pena de responsabilização, como sucedeu no caso por intermédio da via judicial adequada que é a ação civil pública" (REsp n. 259982/SP, 2ª T. STJ, j. 08/06/2004, rel. Min. Franciulli Netto, DJU 27/09/2004, p. 287).

[665] Ap. Cív. n. 146.092-4/9 – Piracicaba, 10ª Câmara de Direito Privado TJSP, j.09/03/2004, v.u., rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, Juis nº 44.

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Regularização de loteamento e reparação dos danos correlatos – Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da via eleita – Legitimidade passiva dos loteadores e também do Município de São Bernardo do Campo e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo – dos primeiros réus, em virtude da própria realização do loteamento – Do Poder Público, em face das condutas omissivas pormenorizadas – (...)*[666].

Há decisões, no entanto, dispensando a presença do Município no pólo passivo da ação, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Loteamento irregular – Propositura pelo Ministério Público contra a empresa loteadora e seus dois sócios – Preliminar de falta de legitimidade passiva destes últimos e ativa rejeitada – Confirmação – Desnecessidade de integração da lide pela Municipalidade, por não configurada típica hipótese de litisconsórcio necessário e unitário – (...) – Agravo não provido*[667].

Na legitimidade ativa, ainda há que observar que está assegurada ao cidadão legitimidade para propor ação popular, diante de atos de improbidade administrativa, tendo o estatuto da cidade (art. 52) arrolado algumas situações que conduzem o prefeito à prática de atos de improbidade, como deixar de proceder, no prazo de cinco anos, ao adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público (II); utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto na lei (III); aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em

[666] Ap. Cív. n. 212.157-5/5 – São Bernardo do Campo, 2ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 21/10/2003, v.u., rel. Des. Osvaldo Magalhães, Juis nº 44. No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 211.717-5/4 – São Bernardo do Campo, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 24/09/2003, v.u., rel. Des. Teresa Ramos Marques, Juis nº 44; AI n. 401.765-5/2 – 00 – São Roque, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 29/06/2005, v.u., rel. Des. Ricardo Lewandowiski, Juis nº 44.

[667] Ag. Inst. n. 257.743-4/5 – São Roque, 2ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. 11/02/2003, v.u., rel. Des. J. Roberto Bedran, Juis nº 44.

desacordo com o previsto na lei (IV); aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com a lei (V); impedir ou deixar de garantir os requisitos previstos na lei (VI); deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto na lei (VII); adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos da lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado (VIII).

Alias, é de destacar, feita menção à legitimidade passiva do município, que o estatuto da cidade prevê o prazo de 5 anos, a partir da vigência da lei (outubro/2001), da aprovação de legislação sobre o plano diretor, sem o quê inocorrer-se-á na utilidade da ação coletiva sobre ele.

2.3.3. Interesse processual

Há que investigar se haveria interesse processual ao Poder Público em propor ação coletiva, envolvendo a ordem urbanística, para tutelar interesses dos particulares (disponíveis) e se tal interesse se manteria para que o Poder Público propusesse ações coletivas contra os particulares.

No que se refere aos interesses disponíveis, não vemos ausência de interesse processual, já que não entendemos a nota da disponibilidade como descaracterizadora do direito individual homogêneo[668].

[668] "Os interesses de moradores de conjunto habitacional, comunidades ameaçadas de ruína, também são tuteláveis pela demanda coletiva, pois embora *prima facie*, disponíveis, expressam valores de transcendente importância social, até porque os vícios da construção lhes ameaçam a integridade física" (AI n. 261.450-1-1, 2ª Câmara de Direito Privado TJSP, j. 03/12/96, rel. Des. Antônio Mansur, Juis nº 44).

Quanto à propositura em face do particular, como vimos, não há limitações para o pólo passivo das ações coletivas. Desse modo, ainda que a ação seja proposta em face de um particular que descumpriu as políticas da ordem urbanística, ela poderá ser coletiva, conforme o pedido, a causa de pedir e, ainda, o legitimado ativo.

Certos autores comentam a existência de interesse processual na ação coletiva que visa compelir o Poder Público a proceder à desapropriação, diante da sua inércia, visto o descumprimento de regras sobre a função social da propriedade[669].

Entendemos perfeitamente possível e não nos parece haver, nesse caso, interferência no poder discricionário da administração.

Por fim, pelo mesmo raciocínio, haverá interesse nas ações coletivas visando ao tombamento, já que este se destina a declarar o valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de bens que, justamente por apresentarem tais valores, devem ser preservados.

O interesse estará presente também para compelir o Poder Público a participar suas ações - no processo de elaboração e fiscalização da implementação do plano diretor - à coletividade, mediante audiências públicas e

[669] "... é correto entender que os legitimados, ante a inércia do Poder Público, poderão ingressar com ação civil pública para compeli-lo a proceder à desapropriação de que trata o artigo 8º do Estatuto da Cidade, uma vez atendidos os requisitos mencionados em lei" (**Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior**, *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*, p. 198).

debates com a população bem como a publicidade dos documentos e informações produzidos[670].

Muitos outros assuntos, regulamentados pelo estatuto da cidade, podem gerar interesse para ações, individuais ou coletivas, como o direito de superfície (concessão pelo proprietário a um terceiro de um direito de superfície sobre seu imóvel, mas como direito autônomo, independentemente do direito de propriedade), o direito de preempção (preferência na aquisição de imóveis urbanos pelo Município, na transação entre particulares), a outorga onerosa do direito de construir ou 'solo criado'("Esse instrumento consiste na instituição de um coeficiente de aproveitamento básico e, acima dele, o proprietário, para construir, terá de dar uma contrapartida para o Poder Público, justificando-se esta pelo adensamento a ser provocado, o que obrigará o Poder Público a incorrer em custos com equipamentos, transportes, serviços públicos, etc."[671]), o estudo de impacto de vizinhança (EIV – instrumento administrativo), a servidão pública (restrição ao uso normal da propriedade privada, normalmente para a execução de serviços públicos, exploração de riquezas e direito de passagem), a

[670] Nos dizeres de **Toshio Mukai**, caso o Município não cumpra essas determinações, o plano diretor estará eivado de inconstitucionalidade absoluta (*Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*, p. 34).

Aliás, como nos ensina o autor, essa participação popular também restará demonstrada nas operações urbanas consorciadas que envolvam um "conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas, melhorias sociais e a valorização ambiental" (*Ibid*, p. 89).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Capão da Canoa. Lei 1.458/2000 que estabelece normas sobre edificações nos loteamentos e altera o plano diretor da sede do Município de Capão da Canoa. Inconstitucionalidade Formal. Ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do Plano Diretor e das Diretrizes Gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes. Violação ao § 5º do art. 177 da Carta Estadual. Precedentes do TJRS. Eficácia da declaração excepcionalmente fixada, a teor do artigo 27 da Lei 9.868/99. Ação Procedente" (ADI n. 70003026564, Tribunal Pleno TJRS, j.16/09/2002).

[671] **Toshio Mukai**, *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*, p. 46.

gestão democrática da cidade e, ainda, os loteamentos, os transportes, a utilização dos bens públicos, etc.

Nem sempre, no entanto, os Tribunais visualizam o interesse processual em ações dessa natureza. É o que dispõe o julgado, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Demarcação de área do Parque Estadual da Serra do Mar – Individualidade – Não há viabilidade processual do objetivo de demarcar propriedade pública, baseada em suposta invasão e prática de danos por particulares, implicando em extinção do processo, sem julgamento de mérito*[672].

Quanto ao direito à moradia, estaria ele inserido no direito urbanístico? Como vimos, a política urbana naturalmente gera direitos, como os da terra, da moradia, do saneamento, dos bons serviços públicos, etc. Assim, v.g., considerando que o direito à moradia obriga o Poder Público a promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais, visualiza-se o dever desses entes no tema, sob pena de sofrerem ações coletivas que os compilam a fazê-lo.

Quanto aos ritos, no que se refere à ação de usucapião especial urbana (incluindo a coletiva), há previsão na lei de rito sumário (art. 14).

Para as demais ações coletivas, aplica-se o rito ordinário, com as adaptações previstas no conjunto de regras processuais civis coletivas.

[672] Ap. Cív. n. 286.908-5/0 – São Luiz do Paraitinga, 1ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 26/06/2005, v.u., rel. Des. Danilo Panizza, Juis nº 44.

2.4. Ação coletiva e os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

O *Patrimônio Histórico* "é o conjunto de bens públicos e privados, móveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público por sua vinculação a fatos memoráveis da História do Brasil"[673]; o *Patrimônio Artístico* "é o conjunto de bens móveis e imóveis tidos como obra de arte de primorosa qualidade, pertencentes ao Poder Público ou ao particular"[674]; o *Patrimônio Estético* é "o conjunto de bens móveis e imóveis que inspiram um sentimento de beleza, de belo, de harmonioso, pertencente ao Poder Público ou ao particular e submetidos ao regime especial de uso, gozo e disposição"[675]; o *Patrimônio Paisagístico* compõe-se de bens que "são protegidos pelo Estado por terem sido particularmente aquinhoados pela natureza ou pelo trabalho do homem de notável beleza. (...) Os bens assim considerados tanto podem pertencer ao Estado, como podem ser do domínio do particular"[676]; o *Patrimônio Turístico* é um "conjunto de bens de propriedade pública ou particular, substancialmente imóveis, naturais ou artificiais, que oferecem prazer, beleza e conhecimento ou que de qualquer modo despertam interesse cultural e, por isso, são visitados pelo homem. Algumas vezes estão tombados; outras não"[677].

---

[673] "Certamente só integram esse patrimônio os bens móveis e imóveis regularmente tombados pelos órgãos públicos competentes. De sorte que, enquanto não forem tombados, isto é, inscritos no respectivo livro do tombo, ainda que tenham essa vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, não integram esse patrimônio, ..." (**Diógenes Gasparini**, *Comentários à lei de ação popular* ..., p. 87).

[674] **Diógenes Gasparini**, *Comentários à lei de ação popular* ..., p. 88.

[675] *Ibid.*, p. 89.

[676] *Ibid*, p. 89.

[677] *Ibid*., p. 91.

Esses bens e direitos também podem incluir-se na classificação dos bens ambientais. Fazem parte do meio ambiente cultural[678], que inclui os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico[679], paisagístico, artístico, arqueológico[680] e científico, além de todas as formas de expressão, como as criações científicas, as

[678] Ao que parece, as expressões *meio ambiente cultural* e *patrimônio cultural* são utilizadas como sinônimas pelo legislador constituinte.

"Curiosamente, o legislador constitucional não uniformizou o uso do termo 'patrimônio cultural' em todo o texto da Lei Maior, utilizando ainda denominações antigas em vários pontos. Assim, no art. 5º, inc. LXXIII, ao mencionar a ação popular contra ato lesivo ao 'Patrimônio Histórico e Cultural'. No art. 23, quando trata da competência comum para 'Proteger os Documentos, As Obras e outros bens de Valor Histórico, Artístico e Cultural, os Monumentos, as Paisagens Notáveis e os Sítios Arqueológicos' e ainda no inc. IV, ao mencionar 'Obras de arte e de outros bens de Valor Histórico, Artístico ou Cultural'. No art. 24, inc. VII, ao cuidar da competência concorrente, temos a 'Proteção ao Patrimônio Histórico, Cultural, Artístico, Turístico e Paisagístico' e no VIII, lemos 'Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico'. Finalmente, o art. 30, inc. IX informa ser o Município competente para 'Promover a Proteção do Patrimônio Histórico-Cultural'. Parece-nos que tal ocorreu por excesso de zelo dos constituintes, preocupados em abranger todas as situações possíveis, temerosos talvez de eventuais incompreensões que poderiam resultar da simplificada expressão 'Patrimônio Cultural'. A emenda, infelizmente, foi pior do que o soneto, já que se criou uma confusão terminológica inútil. De qualquer forma, da redação bastante abrangente do art. 216, podemos concluir que todas as expressões mencionadas acima devam ser consideradas sinônimos e podem ser substituídas por 'Patrimônio Cultural', sem que reste qualquer ferida no texto da Carta Magna" (**José Eduardo Ramos Rodrigues**, *Tombamento: instrumento de defesa do patrimônio cultural. Papel da ação civil pública*, p. 294-295).

Exemplos de bens culturais, que possam ser defendidos através de ações coletivas: "a) um mural pintado por crianças de um grupo escolar, sendo o tema da pintura a conservação da natureza. Assume um novo diretor e pretende mandar apagar a pintura efetuada. A arte mural infantil pode ser defendida judicialmente. b) A estética urbana está protegida pela Lei 7.347/85. As posturas municipais existentes indicarão as regras e ajudarão apontar a necessidade de serem impedidos ou removidos cartazes, anúncios etc. Inexistentes essas posturas, restará ao julgador colher subsídios noutras fontes para que se possa estabelecer o valor estético urbano a ser observado. c) A conservação de um documento histórico ou de determinada casa (importante pelo estilo ou por quem nela tenha morado) são matérias cabíveis na ação civil pública. d) o valor turístico de um local ou de uma área poderá ser mensurado pelo número de visitantes já atraídos para o bem a defender ou pela função educativa ou de lazer que o local possa vir a oferecer. e) A paisagem merecerá ser protegida , em muitos casos, pelo seu próprio conteúdo ou pela sua beleza cênica". **Paulo Affonso Leme Machado**, *Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento*, p. 16.

[679] "O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou ambiental. (...) A proteção de todos esses bens é realizada por meio do tombamento" (**Hely Lopes Meirelles**, *Direito administrativo brasileiro*, p. 556).

[680] "Os sítios arqueológicos, pelo seu próprio nome, são aqueles de interesse para a Arqueologia, ciência que busca descobrir, pesquisar e reconstituir, pelos seus restos, culturas e civilizações hoje não mais existentes ou bastante alteradas" (**José Eduardo Ramos Rodrigues**, *Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico*, p. 116). "Pelo art. 1º do Decreto-lei federal n. 25, de 1937, o patrimônio arqueológico integra o patrimônio histórico e artístico nacional, ...", podendo ser definido como "o conjunto de bens móveis e imóveis que permite o estudo da vida e da cultura de povos antigos ou pré-históricos, de propriedade do Estado ou do particular" (**Diógenes Gasparini**, *Comentários à lei de ação popular ...*, p. 89-90).

obras, os objetos, as edificações e os espaços destinados a manifestações culturais[681].

Vejamos as condições para as ações coletivas envolvendo tais bens.

2.4.1. Possibilidade jurídica do pedido

Como já reiteramos exaustivamente, qualquer ação coletiva que englobe quaisquer desses bens ou direitos (artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico), mas que pretenda a tutela de pedidos ilícitos, impossíveis ou expressamente proibidos pelo ordenamento, será extinta sem resolução de seu mérito, vista a impossibilidade jurídica de tais pedidos.

2.4.2. Legitimidade das partes

A legitimidade ativa será de todos os legitimados coletivos, inclusive do cidadão, via ação popular, já que a LAP permite a defesa do meio ambiente, no qual se incluem tais bens.

---

[681] O artigo 216 da CF dispõe: "Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico". A Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005, acrescentou ao artigo em comento um parágrafo terceiro dispondo sobre o Plano Nacional de Cultura, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público.

Na legitimidade passiva, pode-se destacar o próprio Poder Público que, de acordo com a CF (art. 216, § 1º), deve promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, bem como, repetimos, o meio ambiente como um todo.

Não há, ademais, nenhuma restrição para compor o pólo passivo, que poderá incluir qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsáveis pela afronta a esses bens e/ou direitos.

2.4.3. Interesse processual

Há que se questionar, no interesse processual, a necessidade do tombamento[682] prévio a fim de propor ação coletiva em defesa desses bens[683].

Apesar de opinarmos pela dispensa do tombamento como condição para a ação coletiva que vise à defesa desses bens, não consideramos, de outra sorte, ausência de interesse processual quando se pretende obtê-lo para tal fim.

---

[682] "*Tombamento* é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio" (**Hely Lopes Meirelles**, *Direito administrativo brasileiro*, p. 557). Vide artigo 216, § 1º da CF.

[683] **Nelson** e **Rosa Nery** dizem que não constitui óbice para o ajuizamento de uma ação civil pública em defesa do patrimônio histórico-cultural não estar o imóvel tombado (*CPC comentado*, p. 1129). **João Batista de Almeida**, ao se manifestar sobre o tema, diz que "para que sejam protegidos não há necessidade de que sejam tombados, já que o tombamento não é condição da ação. Essencial é que haja interesse público na preservação de determinado bem" (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 41). Nessa linha, **Voltaire de Lima Moraes**, para quem "... a inexistência de tombamento não impossibilita o ajuizamento de ação civil pública objetivando a tutela desses bens culturais. Assim, cabe ao Poder Judiciário dizer (...) se o bem possui ou não valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico" (*Bens jurídicos, legitimidade passiva e foro competente*, p. 846). Não pensam diferente **Hely Lopes Meirelles** (*Mandado de segurança* ..., p. 173) e **Hugo Nigro Mazzilli** (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 202).

O rito será o ordinário, podendo adaptar-se às especificações previstas na lei da ação popular, bem como no sistema processual civil coletivo.

2.5. Ação coletiva e ordem econômica e economia popular[684]

A Constituição Federal fundamenta a democracia na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. O art. 170, por sua vez, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, em prol da ordem econômica e financeira, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

As Leis nºs 8137/90[685], 8176/91 e 10.149/00 trataram de estabelecer as infrações contra a ordem econômica.

A Lei nº 8.884/94, conhecida como *lei antitruste*, também trata das formas de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e vem orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º)[686].

---

[684] **Elias de Oliveira** define a economia popular como "resultante do complexo de interesses econômicos domésticos, familiares e individuais, embora como *fictio juris*, constituindo *in abstrato* um patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em sociedade" (*Crimes contra a economia popular*. Rio: Freitas Bastos, 1952, p. 9, *apud* **José Geraldo Brito Filomeno**. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 89).

[685] A Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, fala dos delitos contra a ordem econômica, tributária e ainda contra as relações de consumo.

[686] O CADE está incumbido de apurar as infrações contra a ordem econômica e impor as sanções administrativas (arts. 23 e 24).

Essa lei prevê as ações ou omissões consideradas infratoras da ordem econômica, independentemente da existência de culpa, tais como limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; exercer de forma abusiva posição dominante.

As Leis nºs 1.521/51, 3.290/57 e 6.649/79 cuidam dos crimes e das contravenções contra a economia popular[687].

A lei da ação civil pública que, inicialmente, dispunha sobre a proteção por infração à ordem econômica, hoje, conforme a redação dada pela medida provisória n. 2180-35/01, acrescentou a economia popular.

2.5.1. Possibilidade jurídica do pedido

[687] "Crime contra a economia popular é todo o fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas. As entidades criminais que ele define podem ser classificadas como monopólios, artifícios, fraudes ou abusos contra a economia popular, usura, tanto pecuniária como real. Consideram-se crimes contra a economia popular as ávidas concentrações capitalistas, o arbítrio dos interesses coligados, a opressão econômica, a artificial desnormalização dos preços, os lucros onzenários, o indevido enriquecimento de alguns em prejuízo do maior número de outros, as 'arapucas' para captação de dinheiro do povo, as cláusulas leoninas nas vendas a prestações, o viciamento dos pesos e medidas e, em geral, as burlas empregadas em detrimento da bolsa popular" (**José Geraldo Brito Filomeno**, *Manual de direitos do consumidor*, p. 230).

"São dessa natureza, por exemplo: sonegação ou remessa de venda de mercadoria (...), venda de mercadoria com fraude no peso ou na composição (...), adulteração de gêneros e mercadorias (...), transgressão de tabelas de preços (...), fraude em sorteios (...), fraude em pesos e medidas (...), a usura pecuniária ou real (...)" (**João Batista de Almeida**, *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 46).

José Geraldo Brito Filomeno mostra a diferença entre os crimes contra a economia popular e os de estelionato, previstos no código penal: "... ao contrário do estelionato, em que as vítimas são certas, determinadas, no mencionado delito contra a economia popular, as vítimas são incertas, indeterminadas, utilizando o tipo em questão inclusive o termo povo, como sendo o lesado por tais práticas no caso elencadas apenas a título exemplificativo, e não taxativo. (...) Em segundo lugar, enquanto que no estelionato a vantagem obtida efetivamente consuma o delito, admitindo-se por certo a tentativa por ser delito eminentemente material, de resultado concreto, no crime do inciso IX do artigo 2º da lei de crimes contra a economia popular o próprio tentar já consuma o delito" (*Manual de direitos do consumidor*, p. 89).

Qualquer ação coletiva contrária à defesa da ordem econômica e da economia popular será tida como ilegal e, naturalmente, oferecerá pedido juridicamente impossível.

A lei antitruste, citada, estabelece que a conquista de mercado que resultar de um processo natural, decorrente de maior eficiência do agente econômico em relação aos competidores, não caracteriza ilícito, o que nos leva a ter por juridicamente impossível o pedido fundado nessa conquista lícita.

2.5.2. Legitimidade das partes

A legitimidade ativa para as ações coletivas reguladas pela lei da ação civil pública, já vimos, envolve todos aqueles arrolados no art. 5º da LACP bem como os que se acrescentam pelo art. 82 do CDC.

A lei antitruste prevê tal legitimidade, em seu art. 29, e acrescenta que os prejudicados, por si ou pelos legitimados, poderão ingressar em juízo para a defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos.

A forma de disciplinar referida legitimidade pode suscitar algumas dúvidas, já que permite aos próprios prejudicados o ingresso em juízo para a defesa dos interesses individuais homogêneos. Mas é essa a interpretação correta ou os prejudicados só poderão entrar com a ação individual?

Entendemos que os prejudicados não têm legitimidade para a ação coletiva, como entendemos igualmente que os co-legitimados para as ações

coletivas poderão propor a ação em defesa de todas as espécies de direitos coletivos e não somente dos direitos individuais homogêneos.

Ademais, não se pode esquecer que essa mesma lei acrescentou o inciso V na lei da ação civil pública (art. 1º), dispondo que, por meio da ação civil pública, reparam-se os danos ocasionados por infração da ordem econômica e da economia popular.

A legitimidade passiva, em princípio, poderá recair sobre qualquer pessoa que praticar atos atentatórios à ordem econômica. No entanto, a legislação antitruste prevê como responsáveis as empresas e seus dirigentes ou administradores, incluídas ainda, como responsáveis solidários, as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico que praticarem infração da ordem econômica. Permite ela igualmente a desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica.

2.5.3. Interesse processual

Restará demonstrado, desde que utilizada para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica[688] bem como recebimento de indenização por perdas e danos sofridos[689].

[688] De acordo com o artigo 20 da Lei 8.884/94, podem ser considerados como infração à ordem econômica os seguintes atos: "a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; d) exercer de forma abusiva posição dominante". E o artigo 21 complementa explicando, através de um extenso rol (incisos I a XXIV), quais condutas que, dentro do que o artigo 2º estabelece, caracterizam infração à ordem econômica.

[689] **Nelson** e **Rosa Nery** ensinam que "basta a existência do fato tipificado como infração da ordem econômica para que surja o dever de indenizar", não havendo necessidade de dano patrimonial efetivo (*CPC comentado*, p. 1102).

Também serão aceitas medidas preventivas a fim de evitar infrações cometidas contra a ordem econômica.

Mas e quanto a outros pedidos?

Para as ações coletivas fundadas nas infrações à ordem econômica, serão possíveis todos os pedidos, já que, considerando a interação entre os sistemas, o direito processual coletivo assim dispõe[690].

3. Ação coletiva e outros direitos difusos e coletivos (portadores de deficiência, idosos, índios)

Vimos que outros direitos podem ser tutelados coletivamente, além dos arrolados no art. 1º da LACP, entre os quais os direitos das pessoas portadores de deficiência, dos idosos e dos índios.

3.1. Os portadores de deficiência

Os portadores de deficiência[691] têm legislação própria – Lei nº 7.853/89 - que, embora surgida após a entrada em vigor da LACP, cuida também de instituir a tutela jurisdicional de interesses difusos ou coletivos dessas pessoas.

[690] Esses os pensamentos de **Nelson** e **Rosa Nery** (*CPC comentado*, p. 1105).

[691] Conforme nos conta **Luiz Alberto David Araújo**, 15% da população brasileira são dotados de deficiência (*A defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência*, p. 644).

Ademais, em seu art. 7º, prevê a aplicação das disposições da lei da ação civil pública, no que couber, às ações coletivas em defesa dos direitos dos portadores de deficiência.

Assim, os direitos dos portadores de deficiência podem ser tutelados individualmente ou por ações coletivas envolvendo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Também, na Lei nº 7.853/89, cuida-se da tutela penal envolvendo as pessoas portadoras de deficiência.

A Constituição Federal regulamenta em diversos dispositivos a proteção aos direitos das pessoas deficientes, como, v.g., a admissão em cargos e empregos públicos (art. 37, VIII), a assistência social (203, V), o ensino especializado (208, III), a habilitação e a reabilitação (203, IV), a igualdade no trabalho (7º, XXXI) e a locomoção e acesso (227, § 2º e 244).

Além disso, uma série de leis estabelece outras regras e direitos para os portadores de deficiência, vindo ao encontro da preocupação do legislador constituinte[692].

3.1.1. Possibilidade jurídica do pedido

[692] Podemos citar, sem pretensão de esgotar, a Lei nº 8.213/91 (assegurando um percentual de vagas nas empresas privadas, para as pessoas portadores de deficiência); a Lei nº 8.742/93 (prevendo o benefício de prestação continuada, caso a pessoa portadora de deficiência não tenha condições de prover sua subsistência); a Lei nº 8.899/94 (sobre o transporte coletivo interestadual da pessoa portadora de deficiência); a Lei nº 10.048/00 (garantindo o atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência); a Lei nº 10.098/00 (também trazendo regras de acessibilidade); a Lei nº 10.226/01 (alterando o Código Eleitoral, para facilitar o acesso nos locais de

Nem é preciso dizer que faltará possibilidade jurídica do pedido à ação coletiva que pretender limitar, restringir, alterar, etc., direitos atribuídos aos portadores de deficiência.

Discute-se a ausência de possibilidade jurídica do pedido naquelas ações coletivas que visam compelir o Poder Público a construir grandes obras ou adaptar os logradouros para facilitar o acesso da população deficiente, uma vez que se estaria invadindo o poder discricionário do administrador.

A nosso juízo, não há impossibilidade alguma. Bem ao contrário, a medida busca apenas o que a própria lei estabelece como direito dessas pessoas. Quanto à interferência na discricionariedade, preferimos discuti-la à frente, em capítulo específico.

3.1.2. Legitimidade das partes

Embora, como vimos, o próprio legislador infraconstitucional (lei dos portadores de deficiência) determine a aplicação da lei da ação civil pública para as ações coletivas em defesa dos deficientes, estabelece no art. 3º serem legitimados para elas o Ministério Público, a União, os Estados, Municípios e Distrito Federal, as associações constituídas há mais de 1 (um) ano, as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

---

votação); a Lei nº 10.845/04 (criando um programa de complementação ao atendimento educacional

Interessante verificar que, enquanto a lei da ação civil pública estabelece para a associação a exigência de 1 ano de constituição e que inclua entre os seus fins institucionais a referida proteção, a lei dos portadores de deficiência faz referência apenas à primeira exigência, no que diz respeito às associações, deixando a segunda para as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. Ao menos, é a impressão que nos dá a redação do art. 3º da lei dos portadores de deficiência.

De qualquer forma, como já tivemos oportunidade de comentar, no que diga respeito ao requisito da pertinência temática, pensamos que deve ser preenchido não só em relação às associações como também às demais pessoas acima citadas, pertencendo a exigência, no entanto, à condição do interesse processual.

Com a entrada em vigor do CDC, em 1990, posterior portanto à lei em comento, ampliou-se o rol de legitimados. Entendemos, pois, que essa ampliação também se aplica às ações coletivas destinadas aos portadores de deficiência[693].

O Ministério Público participará de todas as ações, se não for parte.

Vemos o legislador infraconstitucional permitindo, no § 5º, do art. 3º, o ingresso de outros co-legitimados como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles, o que, a rigor, é mais amplo do que possibilita a lei da ação civil

especializado às pessoas portadoras de deficiência).
[693] No mesmo sentido, **Nelson** e **Rosa Nery** (*CPC comentado*, p. 1165).

pública que, no § 2º, do art. 5º, faculta apenas ao Poder Público e às associações a habilitação como litisconsortes[694].

É de ressaltar também o conteúdo do § 6º, do art. 3º, que prevê a assunção da ação por qualquer legitimado, diante de desistência ou abandono da ação, ao passo que a lei da ação civil pública permite a assunção pelo MP ou por outro legitimado, ocorrendo a desistência por parte da associação.

Estabelece a Lei nº 7853/89 incumbir ao Poder Público e aos seus órgãos assegurar às pessoas portadoras de deficiência ações necessárias à sua proteção e ao exercício de seus direitos. Assim, caso não o façam, poderão, ao lado de outros responsáveis diretos, ocupar o pólo passivo da ação coletiva.

3.1.3. Interesse processual

O interesse processual restará presente e se demonstrará da mesma maneira que outros direitos coletivos, de acordo com a legislação processual coletiva, já que a lei que regulamenta o tema não traz dispositivo específico.

Apenas há que dar destaque ao que dispõe o art. 4º, no § 1º, sujeitando ao duplo grau de jurisdição a sentença que concluir pela carência.

3.2. Os idosos

[694] Não concordamos com tal distinção. Entendemos que todos os co-legitimados podem ingressar como "litisconsortes" dos demais legitimados que propuserem a ação. Já nos manifestamos dessa maneira em *Litisconsórcio e intervenção de terceiros na tutela coletiva*.

A Constituição Federal trata da assistência às pessoas idosas (203, V) e da obrigação dos filhos para com os pais idosos, para ajudar e amparar (229) bem como do dever da família, da sociedade e do Estado no amparo às pessoas idosas.

A Lei nº 8.842/94 regulamenta a política nacional do idoso e se complementa pela Lei nº 10.741, de 01/10/03, que dispõe sobre o estatuto do idoso.

O objetivo da política nacional do idoso é assegurar os direitos sociais dos idosos.

O estatuto do idoso destina-se a regular os direitos assegurados aos idosos.

3.2.1. Possibilidade jurídica do pedido

Qualquer pedido contrário ao que dispõe a Constituição Federal ou ao estatuto do idoso será tido como juridicamente impossível, já que ilícito.

Será juridicamente impossível, por exemplo, o pedido feito por uma associação de idosos pretendendo o direito de tirar a vida dos que já não possam discernir as coisas ou que, por não terem mais vontade de viver, peçam pela própria morte.

3.2.2. Legitimidade das partes

A política nacional do idoso estabelece como dever dos órgãos e entidades públicas a promoção de ações em defesa dos direitos dos idosos. Assim, gozam tais pessoas de legitimidade ativa e passiva para as ações coletivas envolvendo os direitos coletivos – todas as espécies – dos idosos. Entretanto, ainda que a lei referida assim não estabelecesse, gozariam dessa legitimidade pelo que dispõem as regras para as ações coletivas.

Não é pacífico, contudo, referido entendimento, já que encontramos julgados entendendo pela ilegitimidade do MP, v.g., em defesa de direitos individuais indisponíveis dos idosos, antes da entrada em vigor do estatuto, *in verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (...).*
> *1. (...).*
> *2. Deve prevalecer o entendimento manifestado na decisão agravada, segundo a qual o aresto embargado deu provimento ao recurso especial de autoria do Estado do Rio Grande do Sul sob o fundamento central de que a ação foi ajuizada antes da vigência da lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), a qual passou a autorizar o Ministério Público a ajuizar ações civis públicas com o fito de proteger direito individual indisponível no caso de pessoa idosa (...)*[695].
>
> *O MP só tem legitimidade para entrar com ação judicial em favor de idosos após a entrada em vigor do Estatuto do Idoso. Com esse entendimento, a Segunda Turma do STJ acolheu recurso do Estado*

[695] Ag. Rg. nos Embargos de Divergência no REsp n. 666376, 1ª T. STJ, j. 12/12/2005, rel. Min. José Delgado, DJU 20/02/2006, p. 196.

> *do Rio Grande do Sul contra decisão do TJ gaúcho, que havia reconhecido que o MP-RS poderia propor ação civil a fim de obrigar o Estado a fornecer medicamentos a Wilma Helda Erthal. A decisão deve-se ao fato de a ação ter sido ajuizada antes da entrada em vigor do estatuto.*
> *No STJ, o governo gaúcho sustentou que o Estatuto do Idoso não poderia ser aplicado porque é de 1/10/2003 e a ação foi proposta em setembro de 2003, Além disso, baseado no artigo 43 do estatuto, afirmou que o MP só tem legitimidade para defender direito individual de idoso se este estiver desamparado pelos familiares, o que não ocorria. Os argumentos foram acolhidos (RESP 664978)*[696].

No que diz respeito à legitimidade do Ministério Público, ela é expressa na lei que diz competir ao *parquet* a instauração do inquérito civil e da ação civil pública, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis dos idosos.

Ademais, antes da entrada em vigor do estatuto do idoso, o Ministério Público já detinha legitimidade para a defesa dos idosos, conforme a Constituição Federal e legislação processual civil coletiva.

Não procedem, portanto, os julgados, nem se trata de questão de ilegitimidade, mas de assunto a discutir em sede de interesse processual.

Ainda, a legitimidade do *parquet* não retira a dos demais legitimados coletivos. Aliás, a esse respeito, o estatuto do idoso também é expresso (art. 74, § 1º: "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros...") e, no art. 81, já no capítulo que confere proteção coletiva aos idosos, elege como legitimados, concorrentemente, o

[696] *Tribuna do Direito*, set./2005, p. 27.

Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a Ordem dos Advogados do Brasil e as Associações legalmente constituídas há pelo menos 1 ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa.

Parece não haver grandes novidades em relação ao rol de legitimados coletivos. A própria Ordem dos Advogados do Brasil, que, em princípio, parece inovar referida legitimidade, inclui-se nas expressões 'entidades de classe' e 'autarquias', partes, como vimos, dos legitimados ativos para as ações coletivas.

De qualquer modo, o MP participará, se não for parte, sempre como fiscal da lei (art. 75) e assumirá a causa, diante de desistência dos demais legitimados (art. 81, § 2º).

A legitimidade passiva será de todas as pessoas que ferirem, desrespeitarem ou simplesmente ameaçarem os direitos das pessoas idosas. De acordo com a Constituição Federal e com o art. 3º do estatuto do idoso, é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público[697] assegurar ao idoso a efetivação dos seus direitos. Logo, todos os mencionados anteriormente poderão ocupar o pólo passivo de uma ação coletiva caso não garantam a devida proteção aos idosos.

3.2.3. Interesse processual

[697] "Assim, poderá ser ajuizada ação coletiva para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos; ação coletiva visando a um adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos (...); ação coletiva para fornecimento de medicamentos; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade), conforme art. 38, II e III, do Estatuto

No art. 69 do estatuto do idoso, estabelece-se a aplicação subsidiária do procedimento sumário do CPC, respeitando os prazos diferenciados previstos no próprio estatuto.

Haverá interesse em pedir que o procedimento tramite com prioridade, de acordo com o que dispõe o art. 71 do estatuto. Tal interesse permanece ainda que o idoso venha a falecer, estendendo-se em benefício do cônjuge supérstite ou companheiro, se também idosos.

Nos anteprojetos brasileiros de código de processo civil coletivo, vimos, há previsão de prioridade de processamento das ações coletivas, salvo quando não houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a proteger.

No que diz respeito à previsão de legitimidade do MP para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública também para a proteção dos direitos individuais indisponíveis do idoso (art. 74 e 81 do estatuto), entendemos que faltará interesse processual ao Ministério Público caso pretenda defender direito individual 'puro' por meio de uma ação coletiva.

Há capítulo específico na legislação sobre a proteção coletiva dos direitos dos idosos regulando as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados aos idosos, o que não impede outros pedidos (arts. 79 e 82).

Outro regramento a que se deve dar destaque, para a análise do interesse processual, refere-se ao disposto no parágrafo único, do art. 82, que estabelece a

---

do Idoso, etc" (**Robson Renault Godinho**, *O ministério público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos*

utilização da ação mandamental, regida pelas normas do mandado de segurança, contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público que lesem direito líquido e certo previsto no estatuto.

Pergunta-se: faltará interesse processual se a ação mandamental não se reger pelas regras que disciplinam o mandado de segurança? Pensamos que as regras devem ser aplicadas em conjunto, de forma a sempre beneficiar os idosos. Assim, devem ser aplicadas a lei do mandado de segurança e o estatuto do idoso, bem como a legislação processual coletiva (LACP + CDC).

Outro aspecto importante refere-se à proibição de concessão de liminar contra o Poder Público, com a necessidade de justificação prévia. Para o idoso, porém, prevalecerá tal proibição? Isso não fere o próprio estatuto do idoso, que determina prioridade?

Teremos oportunidade de comentar mais minuciosamente essa restrição ao falarmos do mandado de segurança coletivo. De qualquer forma, pensamos que haverá situações em que a medida liminar deverá ser concedida *inaudita altera pars*, segundo o caso concreto. Ao que parece, estando os interesses dos idosos em questão, a medida, nessas condições, provavelmente será concedida.

3.3. Os índios

---

idosos, p. 628-629).

A Constituição Federal ocupa-se dos direitos dos indígenas em capítulo próprio (capítulo VIII).

A Lei nº 6.001, de 19.12.1973[698], refere-se ao estatuto do índio, que, apesar de anterior à atual Constituição Federal, foi por ela recepcionada.

O Ministério Público dispõe de legitimidade para defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, de acordo com o inciso V, do art. 129, da CF.

3.3.1. Possibilidade jurídica do pedido

A Constituição Federal reconhece alguns direitos aos índios, como sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231).

O § 6º deste artigo dispõe serem nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas e, ainda, a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, salvo relevante interesse público da União.

Assim, uma ação coletiva que tenha exatamente esse fim será tida por juridicamente impossível.

[698] Há um projeto de lei em andamento pretendendo substituir essa legislação (Projeto 7.099/2006, apensado ao 1.610/96).

O parágrafo faz a ressalva ‘caso haja interesse público da União’ e complementa dizendo que, diante disso, não haverá direito à indenização ou de ações contrárias à União, salvo quanto às benfeitorias.

Portanto, em princípio, teria pedido juridicamente impossível a ação que pretendesse receber essa indenização. Consideramos, todavia, referida ressalva inadequada e contrária à garantia do acesso à justiça.

3.3.2. Legitimidade das partes

Mediante ação coletiva, os direitos dos índios podem ser tutelados por todos os legitimados coletivos.

O Ministério Público, como se não bastasse, vimos, recebe autorização constitucional específica para tanto, mas, ainda que não a recebesse, teria amparo no próprio teor constitucional (‘defesa de direitos difusos e coletivos’ - art. 129) e na legislação processual coletiva (LACP + CDC).

Na Constituição Federal, ainda, vemos o legislador atribuir legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações, para o ingresso em juízo em defesa de seus direitos e interesses, com a intervenção necessária do MP.

Os índios, no entanto, como já tivemos oportunidade de comentar, não terão legitimidade para defender interesses coletivos quando agirem sozinhos ou em litisconsórcio.

Encontramos, no estatuto do índio, no capítulo que se refere à defesa das terras indígenas, o art.35, que determina ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas; o art. 36, que declara competir à União adotar medidas administrativas, ou judiciais, por intermédio do MP Federal, para a proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitem; o art. 37, que prevê serem os grupos tribais e as comunidades indígenas partes legítimas para a defesa de seus direitos, com a assistência do MP Federal ou do Órgão de Proteção ao Índio.

A legitimidade passiva, em princípio, não sofre restrições, valendo destacar a legitimidade passiva da União, que deverá demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas, cuja omissão poderá conduzi-la ao pólo passivo de uma ação coletiva.

Também, no estatuto do índio, é de dar destaque ao art. 2º, que atribui à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, a proteção das comunidades indígenas e a preservação de direitos.

3.3.3. Interesse processual

Não encontramos regras específicas em torno do interesse processual em uma ação coletiva que envolvesse direitos dos indígenas. Assim, tudo quanto já foi dito sobre a aplicação do direito processual coletivo, inclusive sobre o procedimento, deve igualmente aplicar-se a essas ações coletivas.

4. Ação coletiva e os investidores dos mercados mobiliários

A Lei nº 7.913/89 foi o primeiro diploma brasileiro a regulamentar ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos.

Não pretendemos com isso afirmar que seja impossível propor uma ação coletiva envolvendo investidores de mercados mobiliários que se refira a direitos difusos ou coletivos, ao invés dos individuais homogêneos[699].

O objetivo de referida legislação é prevenir ou obter a reparação de danos ocorridos aos investidores do mercado mobiliário.

4.1. Possibilidade jurídica do pedido

A lei não contém nenhuma proibição expressa de pedidos envolvidos nesta ação coletiva. Assim, para preencher a condição da possibilidade jurídica do pedido, basta que não se pretenda obter algo ilícito ou impossível.

4.2. Legitimidade das partes

[699] **Nelson** e **Rosa Nery** comentam: "a lei regula a ACP, coletiva, para a tutela dos direitos difusos e coletivos dos investidores no mercado de valores mobiliários" (*CPC comentado*, p. 1169).

"Daí a possibilidade de proteção de interesses coletivos ou difusos, com pedido em juízo para impedir, v.g., a edição de atos normativos ou a implementação de medidas administrativas no mercado de valores mobiliários, que venham a atingir os atuais ou futuros investidores; bem como a possibilidade de, já tendo sido praticados os referidos atos e consumada a lesão aos investidores, formulação de pedido de tutela ressarcitória. Nessa última hipótese vem configurada a defesa de interesses individuais homogêneos" (**Ricardo de Barros Leonel**, *Manual de processo coletivo*, p. 130).

A legislação, embora fale da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação, determina a aplicação da LACP, o que, faz-nos crer, legitima todos os demais legitimados coletivos[700].

Os legitimados passivos serão todos os que, de algum modo, lesarem ou, ao menos, ameaçarem os investidores dos mercados mobiliários, não havendo qualquer restrição para o pólo passivo.

No entanto, o legislador infraconstitucional deixa algumas evidências sobre a composição desse pólo ao dizer que as medidas judiciais deverão ocorrer quando houver, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta que se utilizarem de informações relevantes, ainda não divulgadas no mercado ou por quem as detenha, ou, ainda, por quem quer que as tenha obtido por intermédio de tais pessoas, a operação de compra e venda dos valores mobiliários. As medidas estendem-se ainda àqueles que omitirem informações relevantes ou prestarem de forma incompleta, falsa ou tendenciosa, se estavam obrigados a fazê-lo.

4.3. Interesse processual

Muito embora a legislação fale em medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos (preventivas) ou obter ressarcimento (reparatórias) de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado (art.

[700] **Sérgio Shimura** fala da legitimidade apenas do MP, conforme a lei (*O papel da associação na ação civil pública*, p. 155). **Nelson** e **Rosa Nery**, em sentido contrário, pensam que a legitimação não seja exclusiva do MP, podendo a ação ser ajuizada por qualquer dos co-legitimados (*CPC comentado*, p. 1169).

1º), entendemos que não faltará interesse processual em formular outros pedidos que não esses[701].

A própria lei, ao expor as ações que podem gerar esse interesse processual, usa a expressão "especialmente quando decorrerem" de operações fraudulentas, prática não eqüitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários, compra ou venda de valores mobiliários, com divulgação de informações sigilosas, omissão de informação relevante ou prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa (art. 1º, incisos I, II e III).

O que elimina a dúvida de constituir-se de um rol exemplificativo.

No mais, aplica-se o disposto nas regras processuais coletivas.

5. Ação coletiva e as crianças e adolescentes

A Constituição Federal não descuidou dos direitos das crianças e dos adolescentes. Ao contrário, destinou o capítulo VII à proteção dos seus direitos, estabelecendo como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes.

A Lei nº 8.069/90 trouxe o estatuto da criança e do adolescente.

[701] "A defesa dos direitos difusos e coletivos dos investidores no mercado de valores mobiliários deve ser feita de forma ampla (...). Assim, pode o MP propor não só ações visando evitar o prejuízo ou reparar o dano, mas toda e

Esse diploma tem regras da natureza material (civil, penal, administrativa) e processual e se ocupa das ofensas aos direitos das crianças e dos adolescentes e das medidas judiciais para protegê-los, valendo destacar o art. 6º, que determina, na interpretação do estatuto, sejam levados em conta os direitos coletivos relativos às crianças e aos adolescentes.

5.1. Possibilidade jurídica do pedido

Por serem os direitos das crianças e dos adolescentes indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis, qualquer pedido em ação coletiva que vise desrespeitar essa natureza será considerado impossível juridicamente.

Assim, v.g., uma ação coletiva, proposta por uma associação de mães, requerendo o direito de seus filhos menores trabalharem, em lugar de ir à escola; uma ação coletiva proposta por uma associação de escolas pedindo autorização para aplicar castigos nas crianças, tais como, o uso da palmatória, manter as crianças viradas para a parede durante a aula, ajoelhá-las no milho, etc.

Esses pedidos seriam juridicamente impossíveis, pois ilícitos ou contrários ao que o ordenamento estabelece.

5.2. Legitimidade das partes

---

qualquer ação que tenha por finalidade a proteção de algum direito difuso, coletivo ou individual homogêneo dos investidores ..." (**Nelson** e **Rosa Nery**, *CPC comentado*, p. 1170).

No estatuto, há autorização expressa para o Ministério Público promover a ação coletiva em defesa da criança e do adolescente. Além disso, para as ações coletivas, além do Ministério Público, que, a menos que seja autor, participará sempre como fiscal da lei, são legitimados concorrentemente a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as Associações legalmente constituídas há um ano e que incluam entre os seus fins a defesa dos interesses protegidos pelo estatuto.

Resta saber se haverá legitimidade para aqueles que estão no rol dos legitimados para as ações coletivas em geral (art. 5º LACP + 82 CDC), já que o próprio estatuto determina a aplicação subsidiária da LACP, que, por sua vez, já vimos, integra-se com o CDC.

Assim, além dos mencionados na Lei 8.069/90, também teriam legitimidade as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica?

Entendemos que sim, já que a legislação processual coletiva (LACF + CDC + CF) deverá ser aplicada também às ações coletivas em defesa das crianças e dos adolescentes, em conjunto com as regras de natureza processual contidas no estatuto da criança e do adolescente.

Cumprirá então conjugar as leis e compatibilizá-las. Naquilo que a legislação processual coletiva geral contrariar o estatuto, deverá prevalecer o estatuto, que é lei mais específica, a menos que a lei geral conduza a um resultado mais justo aos interesses protegidos.

No que diz respeito à legitimidade ativa, portanto, não há, a nosso ver, nenhuma incompatibilidade em unir as duas regras para ampliar a legitimidade prevista no ECA[702].

Mesmo no que se refira aos direitos individuais homogêneos, pensamos que todos os demais co-legitimados e não somente o Ministério Público têm legitimidade para as ações coletivas relativas aos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes. Não é o que todos pensam, no entanto[703].

Ainda, é de dar destaque à Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/96 –, que prevê, no art. 5º, a possibilidade de qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e de o Ministério Público provocarem o Poder Público a fim de fazer valer o direito de acesso ao ensino fundamental.

Os juízes, bem sabemos, embora lhes seja vedada a iniciativa da ação, poderão, caso tomem conhecimento de fatos que ensejem a ação civil, remeter peças ao Ministério Público para que tome as providências cabíveis.

---

[702] **Josiane Rose Petry Veronese**, ao escrever sobre os direitos coletivos da criança e do adolescente diz que, mesmo o estatuto tendo se espelhado na LACP, distribuiu a legitimação apenas entre o Ministério Público, o Poder Público e as associações (*Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*, p. 125).

[703] **Adão Bomfim Bezerra**, do Ministério Público de Goiás, entende que "o ECA, em seu art. 210, ao elencar os legitimados para a ação civil concorrentemente com o Ministério Público, limitou-se às ações fundadas em interesses coletivos e difusos, coerentemente com a linha adotada pela Lei 7.347, de 24.7.85. Isto faz concluir que a única legitimação para a ação civil fundada em direito individual relativo à infância e à juventude é estabelecida com exclusividade para o Ministério Público, ao cotejo da regra de legitimação do art. 210 c/c o art. 201, V, do ECA, consonantemente com o art. 127, caput, da CF, mesmo que a indisponibilidade seja por inferência legal, isto é, se algum interesse relativo à infância e à juventude não for indisponível conceitualmente, sê-lo-á por ficção legal" (*Comentários ao capítulo VII do estatuto da criança e do adolescente*, p. 703).

Os legitimados passivos, em tese, serão todas as pessoas físicas ou jurídicas que, de qualquer forma, ferirem os direitos das crianças e dos adolescentes.

A família, a comunidade e a sociedade em geral, bem como o Poder Público[704], têm o dever de assegurar tais direitos. Logo, também poderão ocupar o pólo passivo de uma ação coletiva envolvendo crianças e adolescentes.

Os estabelecimentos de ensino, público ou particular, devem dar tratamento igual às crianças e adolescente, bem como, respeitá-los e manter os pais ou responsáveis a par dos critérios pedagógicos, além de respeitar os valores culturais, artísticos e históricos do contexto social da criança e do adolescente, sob pena de responderem coletivamente por isso.

Os hospitais e outros estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos ou particulares, também são obrigados a manter registro das atividades que desenvolvem, mediante prontuários, bem como identificar o recém-nascido, por meio de registro, além de proceder a exames sobre o recém-nascido, fornecer declaração do nascimento e manter alojamento para que o neonato permaneça junto à mãe. Assim, caso descumpram tais medidas, poderão ser sujeitos passivos de ações coletivas em defesa desses direitos.

As emissoras de rádio e televisão devem exibir para as crianças e adolescentes, no horário apropriado, programas com finalidades educativas,

[704] **Adão Bomfim Bezerra** diz que os Municípios recebem atribuições em todas as atividade previstas no art. 208 do Estatuto, o que o leva a crer que "..., a questão da legitimidade passiva para as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referente ao não oferecimento ou oferta irregular das atividades elencadas no artigo em comento, aponta no sentido do Município" (*Comentários ao capítulo VII do estatuto da criança e do adolescente*, p. 705).

artísticas, culturais e informativas. Além disso, todos os espetáculos devem ser apresentados ou anunciados com o aviso da classificação, sob pena de responderem individual ou coletivamente pelos danos causados.

Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de vídeo deverão fazer a correta classificação e informar sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destina, ou poderão sofrer ações em virtude desse desrespeito.

As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado às crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a respectiva advertência, sem o que arcarão os editores, a quem também incumbe cuidar para que as capas com conteúdo pornográfico sejam protegidas por embalagem opaca, com as responsabilidades legais.

Ademais, essas publicações nunca podem exibir ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, de tabaco, de armas e munições.

Serão ainda responsabilizados os estabelecimentos em que se explore bilhar ou sinuca, casas de jogos ou congêneres, que permitirem a entrada e permanência de crianças e adolescentes.

Ademais, o legislador expressa que podem ocupar o pólo passivo a autoridade pública bem como agente no exercício de função pública (§ 2º, art. 212).

5.3. Interesse processual

O interesse processual para uma ação coletiva envolvendo os direitos de crianças e adolescentes, obviamente, restará demonstrado, primeiramente, se estivermos diante dessa categoria de pessoas. Assim, faltará interesse processual à parte que pretender defender "uma criança" ou "um adolescente" ou "crianças e adolescentes" que, na verdade, não se enquadrarem nesta condição (até 12 anos - crianças; entre 12 e 18 – adolescentes ou, excepcionalmente, entre 18 e 21 anos[705]).

O interesse adequação, em parte, vem previsto na própria legislação que menciona poderem ser utilizadas todas as ações em defesa dos interesses protegidos no estatuto. Logo, o tipo de pedido e procedimentos devem ser adequados para atender e proteger as crianças e os adolescentes, de acordo com o que se visa prevenir ou punir.

No entanto, considerando a prioridade a dar aos processos envolvendo crianças e adolescentes, acrescentada ao fato da prioridade das ações coletivas, temos que o ideal é adotar o procedimento mais célere possível[706], o que, por certo, resultará em acolhimento do interesse processual.

---

[705] **Roberto Barbosa Alves**, do Ministério Público de São Paulo, comenta a polêmica em torno desta faixa etária, em virtude do novo código civil, que reduziu a capacidade civil dos 21 para os 18 anos; para alguns, diante disso, o ECA estaria revogado neste aspecto, mas, para o autor, isso não procede, "vistas as especialidades do Estatuto em relação ao código civil" (*Comentários ao artigo 2º, parágrafo único, do estatuto da criança e do adolescente*, p. 21-23).

[706] "Considerando que os direitos da criança e do adolescente representam a única categoria a contar com garantia constitucional da prioridade absoluta e que a validação dos seus interesses constitui-se em alicerce na construção da cidadania, extraem-se da sua natureza e da urgência em coibir danos irreparáveis ou de difícil reparação os fundamentos básicos da cognição sumária caracterizadora dos procedimentos disciplinados pelo

Ademais, o pedido de concessão de liminares[707] nessas ações não deve sofrer restrições e dificilmente não restará caracterizado o interesse processual para ele.

Ainda, quando se discute o interesse processual nas ações coletivas que visam à tutela de crianças e/ ou adolescentes, surge dúvida quanto à categoria dos direitos individuais homogêneos, que não foram mencionados no ECA.

Para nós, o problema não existe, pela integração entre os diplomas processuais coletivos. Importa ainda ter presente que o CDC, que trouxe a espécie dos direitos individuais homogêneos[708], é posterior ao ECA.

Decisão judicial sobre o tema, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada para que o Estado e o Município forneçam todo o necessário para tratamento de drogadição a jovem cujos pais não podem arcar com tais despesas, incluindo-se em programas especializados. R. sentença de extinção do feito, acolhendo argüição de inconstitucionalidade do art. 201, V, do ECA - Apelação ... – Admissibilidade – É equivocado o raciocínio de que o Ministério Público não possa manejar ação civil pública para proteção de direitos individuais de crianças e adolescentes, mormente quando se dirijam a garantir-lhes a saúde (...)*[709].

Estatuto da Criança e do Adolescente" (**Paulo Afonso Garrido de Paula**, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, p. 98).

[707] O Art. 216, § 1º, do ECA, dispõe: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio da ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu".

[708] **Paulo Afonso Garrido de Paula**, ao comentar a defesa dos direitos individuais das crianças e dos adolescentes, diz que somente o MP poderá fazê-la, enquanto os órgãos do Poder Público e as associações só terão legitimidade para os direitos coletivos e difusos das crianças e dos adolescentes (*Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, p. 108).

[709] Ap. Cív. n. 116.969-0/6 – Santos, Câmara Especial TJSP, j. 06/06/2005, v.u., Juis nº 44.

6. Ação coletiva e improbidade administrativa

Vimos que os atos que caracterizam improbidade administrativa podem ser apurados e punidos por meio de ação coletiva.

São atos de improbidade administrativa, de acordo com a lei que os regula (8.429/92), aqueles que findarem em qualquer vantagem patrimonial indevida (enriquecimento ilícito)[710] bem como aqueles que causem lesão ao erário, por ação ou omissão, dolosa ou culposa[711], e que ensejem perda patrimonial, desvio,

[710] "Art. 9º (...), e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV – utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

XII – usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei".

apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres[712] e, ainda, os que atentem contra os princípios da administração pública e violem, por ação ou omissão, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade ou lealdade[713],

---

[711] **José Emmanuel Burle Filho**, visualizando uma inconstitucionalidade, não concorda com essa parte da lei que fala em culpa. Para o autor, apenas a conduta dolosa, de má-fé, desonesta é que pode se enquadrar como um ato de improbidade (*Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa*, p. 300-301). **Alexandre de Moraes** acompanha a opinião do autor (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 2625).

[712] "Art. 10 (...), e notadamente:
I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;
II – permitir ou concorrer para que a pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;
IV – permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;
V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;
VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;
VII – conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
VIII – frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;
IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
XI – liberar verba pública sem a estreita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades ".

[713] "Art. 11 (...), e notadamente:
I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
IV – negar publicidade aos atos oficiais;
V – frustrar a licitude de concurso público;
VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço".

Ainda, conforme nos informa **Gregório Assagra de Almeida**, a Medida Provisória nº 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, fez modificações na Lei nº 8.429/92 e acrescentou o inciso VIII ao artigo 11, "de forma a

em razão de atos praticados por qualquer agente público, servidor ou não, em virtude do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade.

Tais atos deverão ser praticados nas entidades da administração direta, indireta ou fundacional da União, Estados, DF e Municípios, empresas incorporadoras do patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. Ainda, nas entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual.

A legislação que regulamenta o tema é a Lei nº 8.429/92[714], que não pode ser desprezada, embora as regras do processo coletivo devam ser aplicadas[715].

A Constituição Federal, em seu art. 37, contribuiu com o legislador infraconstitucional, estabelecendo as bases para a administração pública agir, mediante a observância de princípios como o da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência.

---

passar a considerar como ato de improbidade a instauração temerária de inquérito policial ou procedimento administrativo, bem como a propositura de ação civil, criminal ou de improbidade administrativa, atribuindo a outrem fato de que sabe inocente, ..." (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 596).

[714] Veio ao encontro da norma constitucional, que estabelece, no artigo 37, § 4º: "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".

Interessante mencionar ainda que o estatuto da cidade (Lei 10.257.2001) traz um rol extenso sobre atos do prefeito que, se praticados, enquadram-se como de improbidade administrativa (art. 52).

[715] **Teori Albino Zavascki** entende que a lei de improbidade administrativa traz uma ação com caráter eminentemente repressivo, prestando-se a aplicar sanções, visto ocorrência de ilícitos, sendo diferente da ação civil pública e da ação popular (*Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 105).

Verifiquemos, no conjunto dessas legislações, como podem ser preenchidas as condições da ação.

6.1. Possibilidade jurídica do pedido

Apesar de a legislação mencionar culpa ou dolo, há quem opine pela impossibilidade jurídica do pedido quando a ação fundar-se em condutas meramente culposas[716].

Não pensamos assim. Não só pela letra clara da lei, mas ainda pela responsabilidade objetiva que deve nortear os atos da administração, conforme previsão constitucional (art. 37), dispensando-se até, em certos casos, a culpa.

Ademais, a legislação coletiva, não se duvida, também tem por base a responsabilidade objetiva.

A jurisprudência se divide. Há julgados opinando pela imprescindibilidade da má-fé como outros que se satisfazem com as condutas meramente culposas. Vejamos, *in verbis*:

> *AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.*
> *1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, (...).*
> *2. (...).*
> *3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco*

[716] **José Emmanuel Burle Filho**, *Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa*, p. 304.

para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.
4. (...).
5. (...).
6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos (...).
7. (...).
8. (...).
9. (...).
10. (...).
11. Recursos especiais providos[717].

Ainda, em sede de impossibilidade jurídica do pedido, há a vedação expressa para pedidos envolvendo acordos, transações ou conciliações[718] nas ações principais, bem como nas cautelares, em virtude de atos de improbidade administrativa.

Aplicar-se-á essa vedação às ações coletivas?

[717] REsp n. 480387-SP, 1ª T. STJ, j. 16/03/2004, rel. Min. Luiz Fux, DJU 24/05/2005, p. 163.

No mesmo sentido, Ap. Cív. nos Embargos Infringentes n. 146.591-5/1 – São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 01/09/2003, m.v., rel. Des. Guerrieri Rezende, Juis nº 44.

[718] "Há posicionamento entendendo ser possível um Termo de Ajustamento para ressarcimento do dano (parcelamento)" (**Gianpaolo Poggio Smanio**, *Interesses difusos e coletivos*, p. 106).

A legislação processual coletiva, no que diz respeito aos acordos, conciliações e transações, foi flexível, já que admitiu o compromisso de ajustamento, que tanto pode ser tomado extrajudicialmente como judicialmente.

Portanto, para as ações coletivas que discutam atos de improbidade administrativa, também caberá o compromisso de ajustamento, não sendo juridicamente impossível a homologação em juízo nem tampouco a execução do acordo realizado extrajudicialmente.

6.2. Legitimidade das partes

A legitimidade ativa para as ações coletivas envolvendo atos de improbidade administrativa sofre divergências doutrinárias[719] e jurisprudenciais[720] porque a lei que regulamenta o assunto determina, no art. 17, que a ação será proposta pelo Ministério Público[721] ou pela pessoa jurídica[722]

[719] **Ricardo de Barros Leonel** entende que a legitimidade para as demandas fundadas na lei de improbidade é mais restrita que a da lei da ação civil pública, pois, para ele, somente o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público lesadas é que podem propor a ação coletiva envolvendo a improbidade administrativa (*Manual do processo coletivo*, p. 143). Nesse sentido, **Gregório Assagra de Almeida** (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 453) e **José Marcelo Menezes Vigliar** (*Tutela jurisdicional coletiva*, p. 119). Não pensa diferente **Suzana Henriques da Costa**, que, ao escrever sobre o tema, diz que a legitimidade para a ação que envolve a improbidade é mais restrita (*Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa por meio de ação civil pública e ação de improbidade administrativa*, p. 579). **Fábio Ramazzini Bechara** e **Wallace Paiva Martins Júnior** não reconhecem a legitimidade dos legitimados do art. 5º da LACP, restringindo ao Ministério Público e à pessoa jurídica (*Legislação especial – Interesses difusos e coletivos – Ação civil pública – Inquérito civil – Improbidade administrativa – Consumidor – Meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61 e *A Lei da improbidade administrativa*, p. 49, *justitia* 58/174, p. 46-55, respectivamente).

[720] "..., estão legitimados a ajuizar ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, só o *Parquet* ou a pessoa jurídica interessada, nesse rol não incluído o cidadão" (Ap. Cív. n. 232.758-5/4 – São Simão, 5ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 18/12/2003, v.u., rel. Des. Xavier de Aquino, Juis nº 44).

[721] **Nelson** e **Rosa Nery** ensinam que "a legitimidade do MP decorre da CF 129 III, não podendo a lei infraconstitucional modificá-la. O MP pode ajuizar qualquer tipo de ação na defesa do patrimônio público e social e não apenas a de reparação do dano" (*CPC comentado*, p. 1660).

[722] **Gianpaolo Poggio Smanio** diz que a pessoa jurídica afetada pelo ato de improbidade se desdobra em: "a. órgãos da administração direta; b. órgão da administração indireta ou fundacional; c. empresa ou entidade para cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual; d.

interessada, podendo a Fazenda Pública promover as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público, ao passo que é maior o rol de legitimados para ações coletivas.

Entendemos que todos os legitimados coletivos podem propor ação coletiva em virtude de atos de improbidade administrativa. Afinal, a Lei nº 8.429/92, ao estabelecer uma legitimidade, não pode pretender restringi-la no que se refira às ações coletivas, que devem ser norteadas pelas regras processuais coletivas. A lei da ação civil pública, por sua vez, ao estabelecer o rol de legitimados para a ação coletiva, diz que todos poderão propor ações coletivas para a defesa de quaisquer direitos difusos e coletivos.

Ademais, o cidadão[723] tem legitimidade para propor ação coletiva em virtude de atos de improbidade administrativa, já que a ação popular lhe atribui tal legitimidade[724].

Apenas, há que observar, se a ação for proposta pelo cidadão, ela seguirá o trâmite da ação popular, ao passo que, sendo o Ministério Público ou qualquer

---

empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; e. empresa incorporada ao patrimônio público" (*Interesses difusos e coletivos*, p. 100).

Nelson e **Rosa Nery** dizem que a pessoa jurídica de direito público também tem direito de propor a ação de indenização (*CPC comentado*, p. 1660).

[723] **Gianpaolo Poggio Smanio** entende que nem o cidadão nem as associações têm legitimidade para a ação coletiva de improbidade administrativa (*Interesses difusos e coletivos*, p. 105).

[724] **Pedro da Silva Dinamarco** posiciona-se contrário à utilização da ação civil pública para a defesa do erário público; para ele, somente através de ação popular se podem anular atos lesivos à moralidade administrativa, principalmente no que se refere à proteção do erário público (*Ação civil pública*, p. 18).

outro legitimado coletivo, tratar-se-á de ação coletiva, que deverá observar os procedimentos da legislação processual coletiva (CF + LACP + CDC + LIA)[725].

Para piorar, há até discussão acerca da legitimidade do Ministério Público na ação coletiva que envolva o erário público, muito embora a lei que regulamenta a improbidade seja expressa, conforme já mencionamos. Entre os outros instrumentos, contam-se a Lei 8.625/93, a própria lei da ação civil pública e, por fim, a Constituição Federal.

Os argumentos da inconstitucionalidade baseiam-se principalmente em estar o MP, nesta hipótese, fazendo às vezes da ação popular[726] e, ainda, no impedimento do MP de defender o Estado[727].

---

[725] Encontramos uma decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, compreendendo que a lei de improbidade é substancial, enquanto a lei da ação civil pública, como lei instrumental, será aplicada para as ações coletivas que envolvam a proteção do patrimônio público, dos princípios da administração pública, bem como para atos de improbidade administrativa (REsp n. 510150-MA, 1ª T. STJ, j. 17/02/2004, rel. Min. Luiz Fux, DJU 29/03/2004, p. 173).

[726] **Pedro da Silva Dinamarco** diz que essa legitimidade é inconstitucional, pois "estar-se-ia outorgando legitimidade para o Ministério Público pleitear a tutela dos bens objeto de ação popular" (*Ação civil pública*, p. 218 e nota 148 da mesma página). **Hely Lopes Meirelles** diz que a ação civil pública não deve ser utilizada para a defesa do erário, por pertencer tal objeto à ação popular (*Mandado de segurança ...*, p. 176).

"O Ministério Público ostenta clara ilegitimidade quando pleiteia o que pode vir a ser objeto de ação popular" (AI n. 274.440-1/6 , TJSP, j. 18/3/1996, Juis nº 44).

[727] **Pedro da Silva Dinamarco** vai por esse caminho e explica que não se deve confundir o interesse primário com o interesse secundário. O primeiro, de acordo com o autor, refere-se ao bem geral, enquanto o último ao interesse da administração. A conclusão, para ele, é que a ação civil pública visa ao interesse público primário, sendo que a defesa do erário público nada mais significaria do que a representação do Estado em juízo, ferindo o inciso IX, do art. 129, da CF, que proíbe a representação judicial de entidades públicas (*Ação civil pública*, p. 219 e 220). **Sérgio Shimura** explica: "o que se veda ao Ministério Público é a 'representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas'(...), isto é, a defesa dos interesses imediatos da pessoa jurídica de direito público, como estrutura político-administrativa da Fazenda Pública, uma vez que esta já conta com seus respectivos procuradores, situação que não se equipara à defesa da sociedade como um todo, consubstanciada no *patrimônio* ou *erário*" (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 70-71). **José Marcelo Menezes Vigliar**, com uma visão diferenciada, discute a legitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público, por meio de ação coletiva. Diz o autor: "Assenta-se tal entendimento, *grosso modo*: (a) na premissa de que a defesa do patrimônio público constitui atividade exclusiva dos órgãos legitimados à representação das entidades públicas, sendo que tal função acha-se vedada expressamente ao Ministério Público; (b) no fato da existência de uma demanda apropriada para a defesa do patrimônio público, qual seja, a *ação popular*, de iniciativa exclusiva do cidadão". De qualquer modo, opina o autor pela inquestionável legitimidade do MP nessas situações, citando, inclusive, o posicionamento majoritário da jurisprudência (*Tutela jurisdicional coletiva*, p. 152-160).

Ora, não fazem sentido referidas argumentações. Primeiramente, há muitos outros interesses que tanto podem ser tutelados pela ação popular como pela ação coletiva proposta pelo Ministério Público e a legislação não estabeleceu exclusividade para uma ou outra[728]. Bem sabemos que o que as difere, basicamente, é quem pode propô-las; ademais, numa segunda argumentação, o Ministério Público, quando propõe ação coletiva em defesa do erário público, não está diretamente defendendo os interesses do Estado, mas da sociedade e do patrimônio que pertence a ela[729].

A maioria das decisões que encontramos são favoráveis à legitimidade do Ministério Público na defesa do erário público[730], muito embora não tenha

[728] "AÇÃO – Condições – Ação civil pública – Cabimento – Previsão da Lei n. 7.347/85, em seu artigo 1º - Equivocada a tese de que a reparação de dano ao patrimônio municipal só é possível através de ação popular – Defesa do patrimônio público – Aplicação das sanções de Improbidade administrativa (artigo 12, Lei n. 8.429/92) – Interesse de agir que se verifica" (Ap. Cív. n. 205.426-5/7 – Garça, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 28/05/2003, v.u., rel. Des. Paulo Travain, Juis nº 44).

[729] No mesmo sentido: **Hugo Nigro Mazzilli** (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 184-189 e também em *Inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos*, p. 35-38, *justitia* 53/156), **Ada Pellegrini Grinover** (*Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*, p. 142), **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Interesses difusos e coletivos*, p. 80, RT 747, p. 67-99) e **Marino Pazzaglini Filho** (*A improbidade administrativa e a reforma do estado*, p. 103, RT 747, p. 100-107).

E, ainda, conforme citado por **Hugo Nigro Mazzilli**, o STJ acabou por pacificar o entendimento de que o MP está legitimado à defesa do patrimônio público, através de ação coletiva (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 189).

[730] REsp n. 815332-MG, 1ª T. STJ, j. 04/04/2006, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 05/05/2006, p. 177; Ag. Reg. n. 627849-SP, 2ª T. STJ, j.16/06/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 08/08/2005, p. 243; Ag. Reg. n. 599716-MT, 1ª T. STJ, j. 03/03/2005, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 28/03/2005, p. 196; Ag. Reg. no Ag. Reg. no Ag. Ins. n. 493575, 1ª T. STJ, j. 08/04/2003, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 23/06/2003, p. 252; Ag. Reg no Rec. Extraordinário n. 244217, 1ª T. STF, j. 25/10/2005, rel. Min. Eros Grau, DJU 25/11/2005, p. 009; Ag. Reg. no Rec. Extraordinário n. 372658/SP, 2ª T. STF, j. 29/11/2005, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 03/02/2006, p. 075; Ag. Reg. no Rec. Extraordinário n. 368060-SP, 1ª T. STF, j. 06/09/2005, rel. Min. Eros Grau, DJU 28/10/2005, p. 048; Emb. Decl. no Ag. Inst. n. 497618-SP, 2ª T. STF, j.17/05/2005, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 17/06/2005, p. 072; Ag. Reg. no Ag. Inst. n. 491081-SP, 2ª T. STF, j. 20/04/2004, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 07/05/2004, p. 041; Ap. Cív. n. 242.010-5/0 – Cotia, 4ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 20/05/2004, v.u., rel. Des. Viana Santos, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 251.502-5/6 – Presidente Prudente, 2ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 22/06/2004, v.u., rel. Des. Alves Bevilacqua, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 199.445-5/7 – São José do Rio Preto, 1ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 11/05/2004, v.u., rel. Des. Roberto Bedaque, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 225.012-5/4 – São Paulo, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 31/03/2004, v.u., rel. Des. Teresa Ramos

passado despercebido o sentido contrário[731].

No que se refere à legitimidade passiva[732], temos que os agentes públicos, servidores ou não, ou seja, todos aqueles que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º, podem ser sujeitos passivos de uma ação coletiva envolvendo atos de improbidade administrativa,

---

Marques, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 231.244-5/1 – Presidente Bernardes, 3ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 10/02/2004, v.u., rel. Des. Gama Pellegrini, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 206.839-5/9 – Presidente Prudente, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 23/04/2003, v.u., rel. Des. Antonio Rulli, Juis nº 44; Ag. Inst. n. 302.622-5/9 – Assis, 7ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 31/03/2003, v.u., rel. Des. Prado Pereira, Juis nº 44; Ag. Inst. n. 4338, 3ª Vara Cível Comarca Londrina, 6ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Antonio Lopes de Noronha, publicação 07/02/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 17491, 2ª Vara Cível Foz do Iguaçu, 3ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Jorge Wagih Massad, publicação 07/08/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 5268, 5ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Antonio Gomes da Silva, publicação 19/06/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 012039000554, 2ª Câmara Cível TJES, j. 09/03/2004, rel. Des. Alinaldo Faria de Souza, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 034980000201, 3ª Câmara Cível TJES, j. 10/02/2004, rel. Des. Jorge Góes Coutinho, Juis nº 44.

[731] "Processual civil – Legitimidade de parte – Ação Civil Pública – Leis 7.347/85 e 8.078/90 – Reparação de danos – Municipalidade de Marília/SP – Ilegitimidade do MP – Precedentes.

Questão relativa à legitimidade de parte é passível de exame de ofício, não podendo o Tribunal 'ad quem' furtar-se de apreciá-la sob alegação de preclusão.

A Lei 7.347/85 confere legitimidade ao MP para propor a ação civil pública nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela lei 8.078/90.

Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o MP legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico" (RSTJ, 65/353).

Pedro Aurélio Maríngolo também cita uma decisão de 1º grau na qual o MM juiz opinou pela impossibilidade jurídica do pedido em uma ação proposta pelo Ministério Público envolvendo a improbidade administrativa, já que referida ação seria incompatível com a ACP: "O atrelamento da ação de responsabilidade civil por improbidade administrativa da Lei 8.429/92, para a qual o Ministério Público também tem legitimidade ativa, com a ação civil pública da Lei 7.347/85, tal como feito na petição inicial que se examina, é absolutamente descabido, por incompatíveis as duas ações, ..." (*Ação civil pública – interesses individuais – carência*, p. 378).

[732] **Gianpaolo Poggio Smanio** esquematiza os agentes que podem praticar atos de improbidade administrativa da seguinte maneira: "a. Agentes públicos. b. Servidores públicos (estatutários, celetistas ou remanescentes de outros regimes). c. contratados: particulares exercendo transitoriamente funções estatais, sem vínculo profissional (ex.: representantes da sociedade civil em conselhos ou comissões de licitação, jurados, mesários de eleição etc). d. Agentes políticos. e. Equiparados: são os não servidores e não agentes públicos que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta" (*Interesses difusos e coletivos*, p. 100).

O Tribunal de Justiça de São Paulo incluiu no conceito de agente público os notários (Ap. Cív. n. 294.787-5/0 – São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, j. 17/12/2003, v.u., rel. Des. Ricardo Lewandowski, Juis nº 44).

bem como todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta[733].

Houve um julgado que opinou pela legitimidade passiva da empresa estatal que, no curso da ação, foi privatizada, não acolhendo alegação de ilegitimidade superveniente[734].

As pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, por força do que estabelece o § 3º, do art. 17, da lei de improbidade, tanto poderão abster-se de contestar o pedido como poderão atuar ao lado do autor[735]. O que nos conduz à seguinte interpretação: contestando ou não o pedido, mas deixando de atuar ao lado do autor – será litisconsorte passiva; abstendo-se de contestar e atuando ao lado do autor – será litisconsorte ativa; ambas, no entanto, figuras do litisconsórcio facultativo.

---

[733] Há quem chame de ato de improbidade *próprio*, quando praticado pelo próprio agente público, e ato de improbidade *impróprio* ou *por equiparação*, quando praticado por terceiro (**Marino Pazzaglini Filho**, **Márcio Fernando Elias Rosa** e **Waldo Fazzio Júnior**, *Improbidade administrativa*, p. 47). **Teori Albino Zavascki** diz que o ato será enquadrado como de improbidade se tiver a participação de um agente público, já que, "se o terceiro induz ou concorre para a prática do ato ou dele se beneficia, ficará, ele também, sujeito às penas correspondentes. Todavia, não se tipifica como ato de improbidade o que for praticado apenas por terceiro, sem nenhuma participação, nem mesmo indireta, de agente público" (*Processo coletivo*, p. 114).

[734] Embargos de Declaração no REsp n. 487287, 2ª T. STJ, j. 20/03/2003, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 26/05/2003, p. 296.

[735] **Nelson** e **Rosa Nery** entendem que a pessoa jurídica pode "assumir a posição que lhe convier, que entender mais correta na ação de improbidade administrativa" (*CPC comentado*, p. 1660).

Pazzaglini, **Rosa** e **Fazzio** dizem que "somente pode a pessoa jurídica assumir qualquer dos pólos da relação jurídica de direito material controvertida se demonstrado o interesse público naquele posicionamento, não sendo admitida a assunção desarrazoada ou desmotivada. Assim, *verbi gratia*, contestar o pedido apenas para a defesa pessoal do agente público jamais será admitido, podendo significar para quem ordenar a indevida postura processual o cometimento de outro ato de improbidade (artigo 11, caput)" (*Improbidade administrativa*, p. 215).

6.3. Interesse processual

No art. 17, fala-se em procedimento ordinário para a ação principal, que deverá ser proposta dentro de 30 dias da efetivação da medida cautelar.

Restaria em ausência de interesse processual a ação coletiva que tivesse por objeto a improbidade administrativa, mas sem a precedente utilização da via cautelar?[736].

Pensamos que não. Entendemos que outros procedimentos poderão ser utilizados, desde que úteis ao fim para o qual a lei foi criada, bem como, observando toda a legislação processual coletiva, que não faz restrições. Importa lembrar que ela deve ser aplicada ao processo coletivo envolvendo a improbidade administrativa[737].

---

[736] **Rogério Lauria Tucci** diz que a propositura da ação coletiva envolvendo a improbidade administrativa está condicionada pela precedência de medida cautelar. Essa opinião se deve certamente ao fato de também entender que a ação de reparação de danos por atos de improbidade administrativa não se confunde com a ação civil pública, possuindo aquela âmbito mais amplo (*Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário*, p. 40 e 42).

[737] Não é o que pensa **Suzana Henriques da Costa**, para quem nem todas as questões que envolvam a improbidade administrativa podem ser tuteladas por ação civil pública, já que os instrumentos processuais não se confundem. A autora apresenta as seguintes conclusões: "(i) havendo lesão à moralidade administrativa, com ou sem respectiva lesão ao patrimônio pecuniário do Estado, é cabível a ação de improbidade; (ii), por outro lado, havendo lesão ao patrimônio público pecuniário do Estado, com imoralidade administrativa, é cabível tanto a ação de improbidade administrativa, quanto a ação civil pública, podendo o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada, entes legitimados para a propositura de ambas as demandas, optarem pelo mecanismo que entenderem mais conveniente (trata-se de objeto comum às duas leis); (iii) havendo lesão ao patrimônio público sem imoralidade ou, eventualmente, nos casos em que o ato de improbidade se encontrar prescrito (...), é cabível a ação civil pública, pelo menos por autoria do Ministério Público, por permissão expressa constitucional; (iv) por fim, se o caso for de lesão ao patrimônio público em seu sentido não pecuniário, é cabível a ação civil pública, a ser proposta por qualquer dos legitimados previstos pelo art. 5º, da Lei 7.347/85; (v) nesse último caso e em qualquer outro caso em que direito difuso, coletivo ou individual homogêneo esteja sendo objeto de ação civil pública, a imoralidade administrativa, desde que constitua desvio de poder, pode ser trazida como fundamento da alegada lesão ou ameaça de lesão" (*Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa por meio de ação civil pública e ação de improbidade administrativa*, p. 583). É como se posiciona também **Hely Lopes Meirelles** (*Mandado de segurança* ..., p. 214). **Teori Albino Zavascki**, igualmente, diz que a ação de improbidade "... é uma ação de dupla face: é repressiva-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressiva-punitiva, no que se refere às demais sanções. Quanto ao primeiro aspecto, ela é semelhante à ação civil pública comum; mas quanto ao segundo aspecto, ela assume características incomuns e inéditas, sem similar em nosso sistema processual civil. O seu objeto específico, de aplicar sanções

O § 3º deste artigo, como já citamos, determina a aplicação do disposto no art. 6º, § 3º, da lei da ação popular, quando a ação por atos de improbidade tiver sido proposta pelo Ministério Público, ou seja, prevê a possibilidade de a pessoa jurídica, cujo ato seja objeto de impugnação, abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, no caso, o Ministério Público, desde que isso se afigure útil ao interesse público.

Logo, entendemos que faltará interesse processual se não restar demonstrada essa utilidade. Muito embora o legislador mencione que ela será avaliada pelo próprio representante legal ou dirigente da pessoa jurídica, pensamos que a análise final deverá ser feita pelo juiz que, como dissemos, poderá não aceitar tal atuação conjunta por faltar interesse processual.

Há até quem entenda que, intervindo a pessoa jurídica, sem necessidade, estará ela incorrendo em novo ato de improbidade administrativa[738].

Há que destacar também que, apesar de o § 3º tratar da aplicação dessa regra somente para as hipóteses em que a ação foi proposta pelo Ministério Público, como consideramos que os demais legitimados coletivos também podem propô-la, a regra, conseqüentemente, a eles se estende.

Faltará interesse processual à ação coletiva que pretenda defender direitos coletivos ou individuais homogêneos, tendo por causa de pedir um ato de improbidade administrativa?[739].

---

substancialmente semelhantes às impostas nas infrações penais, não só a afasta dos padrões civis comuns, como a aproxima necessariamente da ação penal" (*Processo coletivo*, p. 114-115).

[738] Conforme nota anteriormente citada (vide nota 733).

Entendemos que não, já que a ação coletiva por atos de improbidade administrativa, assim como a ação popular, muito embora, via de regra, defenda direitos difusos, nada impede que os coletivos ou individuais homogêneos, conforme o pedido e a causa de pedir feitos, estejam presentes.

Faltará interesse processual a uma ação coletiva que visa ao ressarcimento do erário, em virtude de esse pedido poder ser feito em ação popular?[740].

Como já nos manifestamos, não vemos ausência de interesse processual, pois é possível sim que ambas as ações apresentem pedidos no mesmo sentido, envolvendo o erário. Apenas, nessa hipótese, visualizamos uma conexão entre as ações.

É de dar destaque, ainda, ao ensinamento de **Teori Albino Zavascki**, ao dizer que "(...) a ação de improbidade não comporta pedido isolado de condenação ao ressarcimento de danos ao erário. Para essa espécie de pretensão, já existe a ação civil pública regida pela Lei 7.347/85, que oferece meios muito mais adequados e eficientes". Complementa o autor "(...) a ação de improbidade destina-se prioritariamente a aplicar penalidades e não a recompor patrimônios. Assim, o pedido de ressarcimento de danos, na ação de improbidade, não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de

---

[739] **Gregório Assagra de Almeida** entende que a probidade administrativa é um direito difuso (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 452). **Hugo Nigro Mazzilli** diz que a defesa da probidade administrativa não envolve os interesses transindividuais e sim um interesse público primário (bem geral da coletividade) (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 175). **Sérgio Shimura** diz que a Lei 8.429/92 configura modalidade de interesse difuso (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 40).

[740] Há julgados entendendo que sim: "Para se obter a restituição ao erário municipal de dinheiro desviado por prefeito, a via processual cabível é a ação popular e não a ação civil pública, porquanto a primeira visa à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, e a

pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito"; e conclui: "Relativamente a esse pedido acessório, portanto, há de se dar, no que couber, o tratamento processual próprio da ação civil pública, especialmente no que diz respeito ao regime da coisa julgada, (...)"[741].

Quando falamos de ação coletiva de improbidade administrativa, estamos tratando da ação que pretende punir o agente que praticou atos ímprobos, considerando a ilegalidade desses atos e, se houver, a conseqüente reparação dos danos.

Assim, a lei de improbidade administrativa, justamente por abordar um tema que envolve interesses da coletividade, traz regras tanto de natureza material como processual e a ação coletiva ou ação civil pública, ao ser proposta, utilizará todo o arsenal de leis processuais coletivas, incluindo a LIA, para atingir o fim visado, qual seja, desconstituir o ato de improbidade, retornar, se for o caso, as coisas ao *statu quo ante* e, subsidiariamente, reparar os prejuízos havidos.

Questiona-se, por fim, a necessidade do prejuízo, ou se a mera ilegalidade já se caracterizaria como ato de improbidade.

Como vimos, há autores entendendo faltar interesse processual às ações de improbidade nas quais não se verificou prejuízo ou que referido prejuízo não tenha sido comprovado.

---

segunda destina-se à proteção de determinados direitos e interesses difusos ou coletivos previstos em lei específica" (RT 716/253).

[741] *Processo coletivo*, p. 115.

Outros, contrariamente, como nós, visualizam a mera ilegalidade como fundamento suficiente para a ação de improbidade.

As decisões judiciais também estão divididas.

Vejamos como se vem manifestando o Superior Tribunal de Justiça a respeito, *in verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – OMISSÃO A RESPEITO DA LEGALIDADE OU ILEGALIDADE DO ATO DE CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO – AFERIÇÃO DE DANO AO ERÁRIO, MÁ-FÉ – DOLO OU CULPA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA.*
> *1. (...).*
> *2. A aferição da inocorrência de prejuízo ao erário, má-fé, dolo ou culpa do administrador, por se tratar de questão subjacente e acessória, não pode ser feita antes do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato administrativo, taxado de ímprobo.*
> *3. Tal impossibilidade se torna evidente quando se observa que, de acordo com a jurisprudência dessa Corte, o ato de improbidade se configura a partir de sua ilegalidade, independentemente de prejuízo ao erário, má-fé, dolo ou culpa do agente administrativo.*
> *4. (...)*[742].
>
> *RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO.*
> *1. Não há de confundir ato de improbidade administrativa com lesão ao patrimônio público, porquanto aquele insere-se no âmbito de valores morais em virtude do ferimento a princípios norteadores*

[742] REsp n. 617851-MG, 2ª T. STJ, j. 06/02/2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 19/12/2005, p. 327.

> *da atividade administrativa, não se exigindo, para sua configuração, que o ente público seja depauperado (...)*[743].

> *AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. SERVIDORES CONTRATADOS SEM CONCURSO PÚBLICO PELO EX-PREFEITO. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA QUE PRESCINDE DA EFETIVA LESÃO AO ERÁRIO (...)*[744].

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na maioria das vezes, vem-se manifestando em sentido contrário. É o que percebemos nos julgados abaixo, *in verbis*:

> *Só se tem, nos autos, presunção de danos – Estes teriam que ter sido comprovados, não o foram, sequer houve referências quanto ao tanto. – O alegado prejuízo, ou lesão, constitui-se no salário contratual percebido pelos apelantes pelos seus serviços prestados – Não há falar-se em lesividade, já que lesivo é todo o ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração*[745].

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Contratação de advogada sem licitação – Pretensão de ressarcimento com fundamento nos artigos 159 e 1.518 do Código Civil – Ausência de comprovação de lesividade ao patrimônio público – Sentença de carência de ação – Recurso do autor improvido*[746].

---

[743] REsp n. 731109-PR, 2ª T. STJ, j. 02/02/2006, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 20/03/2006, p. 253.

[744] REsp n. 711732/SP, 1ª T. STJ, j. 28/03/2006, rel. Min. Luiz Fux, DJU 10/04/2006, p. 139.

[745] Ap. Cív. n. 242.010-5/0 – Cotia, 4ª Câmara de Direito Público, j. 20/05/2004, v.u., rel. Des. Viana Santos, Juis nº 44.

[746] Ap. Cív. n. 284.682-5/2 – Guarujá, 1ª Câmara de Direito Público, j. 26/04/2005, v.u., rel. Des. Oscarlino Moeller, Juis nº 44.

Outros julgados, nesse sentido: Ap. Cív. n. 247.037-5/9 – Monte Alto, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 12/05/2004, v.u., rel. Des. Teresa Ramos Marques, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 223.051-5/7 – Lucélia, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 15/12/2004, v.u., rel. Des. José Santana, Juis nº 44.

Outras vezes, no entanto, julga no sentido que vem julgando o STJ, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa – A regra de reserva (artigo 11 da Lei Federal n. 8.429/1992) não exige dano material para o Erário, nem enriquecimento do administrador público – basta a simples infração aos princípios que devem nortear a atividade administrativa pública (artigo 37, caput, da Constituição Federal/88) para configurar a ilicitude – A lei tutela a probidade na vida pública e a simples inobservância desses preceitos, por si só, implica em improbidade na administração, passível de punição, independentemente de que ocorra, repita-se, diminuição material do patrimônio público ou enriquecimento de seu administrador – Os artigos 9º e 10 da Lei Federal n. 8.429/1992 exigem a diminuição patrimonial do Poder Público, mas o artigo 11 do mesmo diploma não contém essa exigência – É que se o agente público, por ação ou omissão, violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, cometerá a ilicitude, sendo o elenco ali contido de natureza 'numerus apertus', pois o legislador usou a expressão 'notadamente'- Regra de reserva – Artigo 11, Lei Federal n. 8.429/1992 (Apelação Cível n. 214.225-5/0-00) – (...)*[747].

O Tribunal de Justiça do Paraná, em uma decisão encontrada, abriu mão da lesividade, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIA ADEQUADA, EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA, QUE SÃO INTERESSES DIFUSOS (...). A LESIVIDADE COMPROVADA É DESINFLUENTE E NÃO SE CONSTITUI REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA A PROPOSITURA DA*

[747] Ap. Cív. n. 237.754-5/2 – Junqueirópolis, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 10/03/2004, v.u., rel. Des. Geraldo Lucena, Juis nº 44; no mesmo sentido: Ag. Inst. n. 292.651-5/5 – Cândido Mota, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 12/02/2003, rel. Des. Geraldo Lucena, Juis nº 44.

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA, POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, (...)*[748].

Para concluir, necessário mencionar, em sede de interesse processual, algumas decisões judiciais em ação civil pública por ato de improbidade, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ajuizamento pelo Ministério Público em face de Prefeito Municipal, por alegado ato de improbidade administrativa consistente na realização de contratações e pagamentos de funcionários sem o regular concurso público. Circunstância de ter o Tribunal de Contas aprovado as contas do Prefeito e dado por regulares contratações mencionadas, o que não impede a propositura da ação para fim proposto. Descabida a extinção em primeiro grau do processo por alegada falta de interesse de agir*[749].

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ex-Prefeito – Atribuição especial por prerrogativa de função – Inexistência - Natureza civil da ação – Cassação de mandato eleitoral – Parte não ocupante de cargo político – Condições da ação – Ajuizamento pelo Ministério Público com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa – Cabimento – Tutela de interesse difuso concernente à moralidade administrativa – Alegações de inépcia e carência por ilegitimidade, rejeitadas – (...) – Conduta que causa insignificante impacto social, constituindo mera irregularidade, não está abrangida pela Lei de Improbidade Administrativa, que se destina a reprimir ações de corrupção ou malversação de dinheiro público que gerem reprovável prejuízo social – Recursos providos para julgar improcedente a ação*[750].

---

[748] Ap. Cív. n. 17491, 2ª Vara Cível Foz do Iguaçu, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Wagih Massad, publicação 07/08/2000, Juis nº 44.

[749] Ap. Cív. n. 271.377-5/0 – Marília, 4ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 18/08/05, v.u., rel. Des. Ferreira Rodrigues, Juis nº 44.

[750] Ap. Cív. n. 270.329-5/5 – Pirajuí, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 11/05/2005, v.u., rel. Des. José Santana, Juis nº 44.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Notória especialização amplamente comprovada nos autos – Preliminares de ilegitimidade ativa, impossibilidade jurídica do pedido, cerceamento de defesa e inadequação da via eleita, afastada – Mérito – Inexigibilidade de licitação – Inviabilidade da competição – (...) – Segundo o art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição – Preliminares afastadas, recursos dos réus providos e improvido o recurso do autor[751].

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ressarcimento – Licitação – Inépcia – Possibilidade Jurídica – Legitimidade de Parte do Ministério Público – Interesse de agir – Imprescritibilidade – Sentença extintiva sem conhecimento do mérito. O pedido de declaração de nulidade do contrato não é incompatível com o pedido de ressarcimento parcial, uma vez que a ilegalidade nem sempre contamina totalmente a prestação do serviço ou a execução da obra – O Ministério Público é parte legítima para promover ação de interesse de toda a coletividade – a ação de ressarcimento ao mérito, em razão de prejuízo decorrente de ilícito praticado pelo agente público, é imprescritível por força do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal – Dado provimento aos recursos[752].

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Contratação sem licitação para a prestação de serviços de estudos de impacto ambiental para a duplicação de rodovia – Pretensão à invalidade da avença e devolução dos valores pagos – Preliminares – Ilegitimidade ***ad causam*** *ativa, ausência de interesse de agir, inadequação da via eleita, pedido incerto e indeterminado, necessidade de intimação do DNER e cerceamento de defesa – Não ocorrência – Preliminares rejeitadas*[753].

---

[751] Ap. Cív. n. 280.379-5/0 – Guarujá, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 04/05/2005, v.u., rel. Des. Antonio Rulli, Juis nº 44.

[752] Ap. Cív. n. 225.012-5/4 – São Paulo, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 31/03/2004, v.u., rel. Des. Teresa Ramos Marques, Juis nº 44.

[753] Ap. Cív. n. 203.250-5/9 – São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 02/04/2003, v.u., rel. Des. Geraldo Lucena, Juis nº 44.

O próprio legislador se incumbiu, no § 11 do art. 17 da lei que disciplina os atos de improbidade administrativa, a dizer que o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito se reconhecida, em qualquer fase do processo, a inadequação da ação de improbidade.

Evidente que, nesse caso, a carência ocorrerá por falta de interesse processual, muito embora o legislador não esclareça a inadequação mencionada.

7. Ação coletiva e os tributos, as contribuições previdenciárias[754], o fundo de garantia por tempo de serviço e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados

7.1. Possibilidade jurídica do pedido

A lei da ação civil pública veda expressamente a utilização da via coletiva para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional, já que os beneficiários podem ser individualmente determinados[755].

Assim, em princípio, faltaria possibilidade jurídica ao pedido[756] que, formulado em uma ação coletiva, fosse veículo de referidos direitos.

---

[754] A súmula 321 do STJ estabelece: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes".

[755] Parágrafo Único do Artigo 1º, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Antes de a MP ser aprovada, já encontrávamos decisões nesse sentido, entendendo não ser viável a ação coletiva em matéria de tributos (REsp n. 134744-MG, 2º T. STJ, j. 18/08/99, DJU 11/10/99; REsp n. 202643/SP, 1ª T. STJ, j. 04/05/99, DJU 21.06.99).

Parece que os fundamentos de tal vedação acompanham a pretensão descabida de proibir igualmente as ações coletivas para as operações bancárias[757]. No entanto, para os que acolhem essa proibição, ela estaria vinculada principalmente, ao fato de as relações bancárias não serem de consumo[758], enquanto as outras proibições, além de não se enquadrarem como de consumo, ao fato de, como mencionamos, permitirem a determinação dos beneficiários.

---

[756] **Rogério Lauria Tucci** opina pela impossibilidade jurídica do pedido, caso se pretenda utilizar a ação civil pública com enquadramento nesse parágrafo (*Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário*, p. 31).

[757] O tema estava em discussão no STF e foi julgado em 07/06/2006, sendo que, por nove votos a dois, foram reconhecidas como de consumo as relações bancárias.

Ricardo de Barros Leonel, ao comentar o tema, entende que, independentemente de se entrar na discussão de direito material, ou seja, "... se questões bancárias e tributárias comportam ou não a classificação como relação de consumo, e admitindo-se que não sejam caracterizadas como tal – estando, destarte, fora do Código do Consumidor -, concluir-se-á, ainda assim, que estas hipóteses comportam a tutela coletiva. (...) Aceitando-se que qualquer questão envolvendo clientes de bancos ou contribuintes em caráter individual homogêneo não seja relação de consumo, ter-se-á a identificação de interesses individuais homogêneos fora da Lei 8.078/90. Isto não impede a tutela coletiva, pois as normas relacionadas à proteção coletiva aplicam-se num sistema de interação recíproca. Há possibilidade de defesa de todo e qualquer interesse individual homogêneo que não seja enquadrável no sistema do consumidor. O sistema admite, portanto, a proteção jurisdicional de todo e qualquer interesse metaindividual (difusos, coletivos e individuais homogêneos) relativo a qualquer matéria" (*Manual do processo coletivo*, p. 184).

Nelson Nery Jr. diz que os bancos são comerciantes de produtos e também prestadores de serviços e por isso podem ser considerados fornecedores para o CDC (*Aspectos relevantes do código de defesa do consumidor*, p. 79).

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo já tinha reconhecido como de consumo as relações bancárias (Ag. Inst. n. 024049015415, 3ª Câmara Cível, j. 22/08/2005, rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, Juis nº 44).

[758] É como se posicionou **Humberto Theodoro Júnior** (*Ação civil pública – Operação bancária de caderneta de poupança – Inaplicabilidade de ação civil pública – Inocorrência de relação de consumo – Direitos individuais homogêneos – Carência de ação e coisa julgada*. Parecer publicado na Revista Forense, vol. 339, p. 209-227 e na RT 747, p. 111-134). No mesmo sentido, **Athos Gusmão Carneiro**, para quem os contratos bancários não são caracterizados como relações de consumo (*Depósito bancário em caderneta de poupança. Não incidência do Código de Defesa do Consumidor. Questão da legitimidade para a propositura de ação coletiva*, p. 260) e **Paulo Brossard**, que proferiu parecer sobre a ilegitimidade do Ministério Público para propor ação em defesa dos consumidores de serviços bancários, entendendo não serem de consumo as referidas relações (*Competência do Ministério Público para a defesa do consumidor de serviços bancários*, p. 76).

As questões que se colocam são:

- É constitucional referido artigo?[759]
- Caso os beneficiários não possam ser determinados individualmente, aplicar-se-á referida regra?

- Deixará de haver tutela coletiva sempre que for possível determinar individualmente os beneficiários? O direito deixará de ser individual homogêneo?

- É possível propor ação que pretenda defender direitos difusos ou coletivos, ainda que verse sobre questões tributárias?

Ora, primeiramente, parece-nos inconstitucional referido artigo, que estará ferindo o próprio princípio constitucional do acesso à justiça. As ações coletivas, relembremos, foram criadas justamente para evitar demandas excessivas que afetem um número considerável de pessoas (ainda que determináveis) ou que atinjam toda a coletividade e até para aquelas que tutelam direitos essencialmente individuais, mas que, devido à sua origem comum, podem ser protegidos em conjunto (coletivamente).

As demandas que mais sobrecarregam o Judiciário são justamente as que têm em um dos pólos as pessoas jurídicas de direito público. Vedar então tais

---

[759] **Gregório Assagra de Almeida** vê como inconstitucional a medida provisória, já que fere o princípio constitucional do direito de ação, bem como o princípio da não-taxatividade da ação civil pública (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 307 e 594). Nesse sentido, **Luiz Manoel Gomes Júnior** (*Curso de Direito Processual Coletivo*, p. 92). Não pensa diferente **Hugo Nigro Mazzilli,** para quem tal medida é inconstitucional por impedir o acesso à justiça (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 117). Para **Américo Bedê Freire**

ações coletivas equivale a proibir o próprio acesso à justiça e a efetividade da jurisdição.

Ademais, as ações coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos estariam todas ameaçadas, já que, em princípio, tratando-se de direitos individuais homogêneos, ainda mais por serem essencialmente individuais, haverá, em tese, a possibilidade de determinação dos sujeitos.

No entanto, os tribunais brasileiros parecem estar convencidos da constitucionalidade da vedação. É o que constatamos em uma decisão dada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, a qual opinou pela legitimidade do Ministério Público na defesa de direitos individuais homogêneos, desde que se refiram a uma relação de consumo, mas nunca a questões tributárias, que não se caracterizam como aquelas. A mesma opinião é dada em relação aos outros legitimados[760].

O Superior Tribunal de Justiça parece acompanhar a linha de pensamento do STF e vem opinando, na maioria das vezes[761], pela *ilegitimidade do MP*, ou

---

Júnior, o dispositivo fere os princípios da proporcionalidade e do acesso à justiça (*Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*, p. 69).

[760] Recurso Extraordinário n. 195.056-1-PR, Pleno STF, j. 9/12/99.

Outras decisões no mesmo sentido: Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 248191-SP, 2ª T. STF, j. 01/10/2002, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 25/10/2002, p. 064; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 382298-RS, 2ª T. STF, j. 04/05/2004, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 28/05/2004, p. 053; Recurso Extraordinário n. 196184-AM, 1ª T. STF, j. 27/10/2004, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 18/02/2005, p. 006.

[761] Já que encontramos julgados favoráveis à legitimidade do MP ou a de outros legitimados para a propositura de ações envolvendo a discussão de tributos; porém, todos referentes a ações propostas anteriormente à MP nº 2.180-35: REsp n. 530201-RS, 1ª T. STJ, j. 09/09/2003, rel. Min. José Delgado, DJU 20/10/2003, p. 229; REsp n. 528227-MT, 1ª T. STJ, j. 20/11/2003, rel Min. Luiz Fux, DJU 19/12/2003, p. 352; REsp n. 505303-SC, 1ª T. STJ, j. 25/11/2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 19/12/2003, p. 339; Agravo Regimental no Ag. Inst. n. 537124, 1ª T. STJ, j. 16/12/2003, rel. Min. José Delgado, DJU 05/04/2004, p. 208; REsp n. 530808-MG, 1ª T. STJ, j. 01/04/2004, rel. Min. Luiz Fux, DJU 02/08/2004, p. 314; REsp n. 574410-MG, 1ª T. STJ, j. 01/06/2004, rel. Min. Luiz Fux, DJU 05/08/2004, p. 192.

de outros legitimados, na propositura de ações que pretendam discutir a cobrança de tributos[762]. Por vezes, julga também como *impossibilidade jurídica do pedido*. A justificativa baseia-se principalmente em que tais interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis e envolvem contribuintes, que não são considerados consumidores[763].

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo parece estar mais maleável. Encontramos um acórdão que reformou a sentença que extinguira o feito sem apreciação do mérito, por ausência de interesse processual, por entender que o Ministério Público pode promover ação civil pública "*objetivando a cessação da inclusão do montante devido de ICMS por energia elétrica na base de cálculo do próprio imposto e obrigação genérica de ressarcimento aos contribuintes dos valores recebidos indevidamente, (...)*"[764].

O mesmo não se pode dizer do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que segue a linha do STF e do STJ[765].

---

[762] A súmula 44 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo tem o seguinte teor: "Na defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em matéria tributária".

[763] AgRg no REsp n. 515270, 1ª T. STJ, j. 14/10/2003, rel. Min. José Delgado, DJU 17/11/2003, p. 220; REsp n. 139297-RS, 2ª T. STJ, j. 14/06/2005, rel. Min. Castro Meira, DJU 15/08/2005, p. 225; REsp n. 264180-SP, 2ª T. STJ, j. 16/06/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 22/08/2005, p. 187; Embargos de Declaração no AgRg no REsp n. 636292, 1ª T. STJ, j. 09/08/2005, rel. Min. Denise Arruda, DJU 05/09/2005, p. 208; REsp n. 762839-SP, 1ª T. STJ, j. 18/08/2005, rel Min. Francisco Falcão, DJU 07/11/2005, p. 146; REsp n. 761340-SC, 1ª T. STJ, j. 23/08/2005, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 05/09/2005, p. 319; REsp n. 576333-RS, 2ª T. STJ, j. 23/08/2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 26/09/2005, p. 301; REsp n. 516914-PE, 1ª T. STJ, j. 08/11/2005, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 19/12/2005, p. 214; REsp n. 308745-ES, 2ª T. STJ, j. 17/11/2005, rel. Min. Castro Meira, DJU 28/11/2005, p. 243; REsp n. 521807-SC, 1ª T. STJ, j. 06/12/2005, rel. Min. Denise Arruda, DJU 01/02/2006, p. 433; REsp n. 648551-SP, 2ª T. STJ, j. 07/02/2006, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 20/03/2006, p. 236; REsp n. 799712-PA, 2ª T. STJ, j. 07/02/2006, rel. Min. Castro Meira, DJU 20/02/2006, p. 328; REsp n. 729399-SP, 1ª T. STJ, j. 21/03/2006, rel. Min. Luiz Fux, DJU 03/04/2006, p. 254.

[764] Ap. Cív. n. 252.897-5/4 – Pitangueiras, 9ª Câmara de Direito Público, j. 11/08/2004, v.u., rel. Des. Antonio Rulli, Juis nº 44; de outra sorte, encontramos decisão desse tribunal opinando pela ilegitimidade do MP nas ações coletivas envolvendo a discussão de tributos: Ag. Inst. n. 376.053-5/8 – Viradouro, 6ª Câmara de Direito Público, j. 06/12/2004, v.u., rel. Des. Rebello Pinho, Juis nº 44.

Mas não é só a matéria tributária que está na linha de vedação desses tribunais: questões previdenciárias também não são consideradas de consumo, daí não poderem ser tuteladas por meio de ações coletivas. O argumento é o mesmo: os beneficiários podem ser identificados e individualizados, logo, não há que falar em direito individual homogêneo[766]. Além do mais, não existe relação de consumo[767].

É a hipótese do julgado, *in verbis*:

> *RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.*
> *1. Na linha da fundamentação desenvolvida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, ao apreciar hipóteses semelhantes a esta, assentou orientação de que, 'tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública.*
> *2. Recuso especial provido.*
> *(REsp nº 419.187/PR, relator p/ acórdão do Ministro Gilson Dipp, DJU de 8/9/2003).*

---

[765] Ap. Cív. n. 024950163451, 3ª Câm. Cível, j. 01/03/2005, rel. Des. Rômulo Taddei; Ap. Cív. n. 011990314020, 2ª Câm. Cível, j. 30/03/2004, rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon; Ap. Cív. n. 017000000228, 4ª Câm. Cível, j. 03/11/2003, rel. Des. Amim Abiguenem; Ap. Cív. n. 049000000148, 4ª Câm. Cível, j. 20/10/2003, rel. Des. Amim Abiguenem; Ap. Cív. n. 052039000113, 2ª Câm. Cível, j. 23/09/2003, rel. Des. Antônio Carlos Antolini; Remessa ex-offício n. 021980142240, 2ª Câm. Cível, j. 25/11/2003, rel. Des. Alinaldo Faria de Souza (Juis nº 44).

Encontramos, no entanto, um julgado em sentido contrário: Remessa ex-offício n. 063019000106, 1ª Câm. Cível, j. 02/09/2003, rel. Des. Annibal de Rezende Lima, Juis nº 44.

[766] REsp n. 416962-SC, 6ª T. STJ, j. 16/12/2003, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 12/12/2005, p. 425; REsp n. 146483-PR, 6ª T. STJ, j. 05/02/2004, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 15/03/2004, p. 307.

[767] REsp n. 487619, 6ª T. STJ, j. 19/02/2004, rel. Min. Paulo Gallotti, DJU 27/03/2006, p. 352; AgRg no REsp n. 576856, 5ª T. STJ, j. 28/09/2004, rel. Min. Felix Fischer, DJU 08/11/2004, p. 279.

O que nos parece é que os tribunais vinculam a proibição não exatamente à previsão legal, mas à nota de disponibilidade do direito individual e à natureza da questão, ou seja, o que pode ou não ser enquadrado como relação de consumo. Tanto é assim que eles mesmos dizem nos seus julgados que, mesmo antes da edição da Medida Provisória 2.180/01, já se posicionavam nesse sentido, *in verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPUGNANDO EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA, MESMO EM PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA MP 2.180/01, QUE INTRODUZIU O PARÁGRAFO ÚNICO NO ART. 1º DA LEI 7.347/85. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*[768].

A variação maior, no entanto, se faz no motivo da extinção. Às vezes, fala-se em ilegitimidade para justificar a extinção por carência, outras, em impossibilidade jurídica do pedido. Como já foi dito, entretanto, prevalecem os entendimentos: não-enquadramento na categoria de direitos individuais homogêneos, a presença de disponibilidade e determinabilidade dos sujeitos ou, também, a ausência de uma relação de consumo.

Mas estariam mesmo tais assuntos sempre e somente vinculados aos direitos individuais homogêneos?[769]. Não se poderia falar em direito coletivo, envolvendo questões tributárias, previdenciárias, etc? E ainda que se tratasse só de individuais homogêneos, que há de errado com serem divisíveis? Ou disponíveis? Ou determinados os seus sujeitos? Afinal, essas são características dos direitos individuais homogêneos.

[768] REsp n. 684721-MS, 1ª T. STJ, j. 28/03/2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 10/04/2006, p. 135.

Em trabalho anterior, manifestamo-nos por essa compreensão. Ora, parece lógico concluir que sempre que se fala de direito coletivo, seja difuso, coletivo ou, ainda, individual homogêneo, fala-se de relevância social e interesse coletivo, portanto. Interessante uma decisão do STJ, com exatamente essa colação, *in verbis*:

> *Na essência, a ação civil pública, que versa sobre interesses individuais homogêneos, não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. Pelo simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já é indisponível, o que basta para legitimar (...)*[770].

Outro aspecto muito utilizado pelos tribunais está em não serem as relações contribuinte X fisco de consumo[771]; mas, desde quando somente as relações de consumo podem ser objeto de ações coletivas? Ou ainda, desde quando somente as relações de consumo podem ser tuteladas por meio de ações coletivas que envolvam direitos individuais homogêneos?

Quanto às questões bancárias, muitos tribunais vinham-se posicionando no sentido de não aceitá-las como relações de consumo[772]. Com o julgamento pelo STF, porém, o perfil dessas decisões será outro. Vamos aguardar.

---

[769] **Teori Albino Zavascki**, ao comentar o artigo, diz que ele se destina somente a restringir demandas coletivas para a tutela de direitos homogêneos (*Processo coletivo*, p. 188).

[770] Embargos de Declaração no REsp n. 599598, 1ª T. STJ, j. 08/03/2005, v.u., rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/03/2005, p. 191.

[771] "... é pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual 'contribuinte e consumidor não se equivalem; o Ministério Público está legalmente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, mas não do contribuinte' (REsp 252.803/SP, Rel Min. Peçanha Martins, DJ de 14.10.2002)" (Embargos de Declaração no REsp n. 536120, 2ª T. STJ, j. 03/02/2004, rel. Min. Franciulli Netto, DJU 29/03/2004, p. 183).

[772] Diferentemente, se a discussão girasse em torno de cláusulas abusivas nos contratos bancários, essas sim reconhecidas como de consumo (AgRg no REsp n. 441999-DF, 3ª T. STJ, j. 16/03/2006, rel. Min. Ari

A nosso ver, com laivos de cavilação, levantou-se, na mesma linha de inconstitucionalidade, discussão sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, que pretende inserir o §2º, ao art. 105 da CF, a fim de dar competência ao Superior Tribunal de Justiça para definir o alcance territorial das decisões proferidas nas ações civis públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos dos seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados.

Mais um absurdo legislativo. Por que será que as ações coletivas sofrem tantas perseguições[773]? Conviria refletir.

7.2. Legitimidade das partes

Para nós, todos os legitimados[774] poderão propor as ações coletivas, ainda que para tutelar direitos individuais homogêneos, inclusive quando digam respeito a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS, etc.

Pargendler, DJU 08/05/2006, p. 184; AgRg no REsp n. 625251-DF, 4ª T. STJ, j. 07/03/2006, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 24/04/2006, p. 401).

[773] Interessante, após usarmos o termo 'perseguições', termos encontrado um artigo com o seguinte título: '*As investidas contra as ações civis públicas*'; nele, a autora, além de comentar as medidas provisórias que pretendem restringir a utilização das ações coletivas, também critica essa proposta: "A proposta de Emenda Constitucional nº 358/05 comete o mesmo erro crasso verificado na mencionada Lei nº 9.494/97 ao confundir jurisdição e efeitos da sentença com competência do órgão jurisdicional, em flagrante afronta à sistemática constitucional no que toca ao processo civil e ao acesso à justiça, garantindo tão-somente, a evidente força dos grandes grupos econômicos e políticos perante o cidadão e o próprio Estado brasileiro, em claro enfraquecimento, em última análise, do próprio Poder Judiciário Nacional" (**Marilena Lazzarini**, *As investidas contra as ações civis públicas*, p. 159-162).

[774] Importante citar opinião de **Cássio Scarpinella Bueno**: "... justamente em função da clara e inequívoca presença do elemento público atrás da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público para questionar determinados lançamentos tributários (a relação jurídica de direito tributário é materialmente de direito público)

Os legitimados passivos provavelmente serão as pessoas jurídicas de direito público, responsáveis pelos lançamentos e cobranças de tributos, contribuições previdenciárias, FGTS, etc.

7.3. Interesse processual

Como afirmamos, as decisões judiciais variam quando se trata de apontar a condição da ação desrespeitada, ao propor uma ação coletiva cujo objeto sejam os tributos, as contribuições previdenciárias, etc., havendo as que opinaram pela ausência do *interesse processual*, vista a proibição legal.

Para nós, a vedação só poderia existir se não houvesse interesse público[775] em ajuizar tais ações, mas há. O fato de discutirem direitos de pessoas que, em princípio, possam ser individualizadas não lhes retira o aspecto social.

Por isso, bem ensina **Cássio Scarpinella Bueno**:

> "S*e há interesse público na hipótese do ajuizamento de determinadas ações individuais – interesse público qualificado pela presença do Estado em juízo e de todos os valores que ele representa -, em ações coletivas que também tratam do direito público material parece haver um interesse*

é que, a meu ver, seria impossível negar a legitimidade àquele órgão na sua iniciativa" (*Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização*, p. 35).

[775] **José Eduardo Faria**, ao discutir a definição do interesse público, conclui seu trabalho com as seguintes questões: "Quando se trata, por exemplo, de corrupção municipal, estadual ou federal é fácil falar do interesse público na defesa de alguns valores morais, mas se está agindo reativamente ao ato de corrupção. O difícil é saber como agir ativamente a partir, por exemplo, de uma política tributária com sensibilidade social, não voltada somente à estabilização da moeda. Para se discutir a Constituição do ponto de vista da aplicação e eficácia de seus direitos sociais, não de sua vigência, depende-se do orçamento, pois sem ele não se tem a sua aplicação. Questões como essas acabam relativizando o conceito de interesse público" (*A definição do interesse público*, p. 90).

público subjacente qualificado ou reforçado ou, até mesmo, dobrado. Isto porque há o interesse público decorrente da presença do Estado (do Poder Público) em juízo e também há o interesse público que caracteriza as ações coletivas como um todo porque seus destinatários, por definição, coincidem com uma coletividade. Mais do que nunca, trata-se, aqui, da realização do próprio Estado Social, Democrático e de Direito tal qual concebido pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988"[776].

Portanto, perfeitamente adequada e útil a via coletiva para solucionar conflitos dessa natureza.

Os demais aspectos que norteiam a condição do interesse processual deverão ser preenchidos observando o caso concreto e as regras para os processos civis coletivos.

8. Ação coletiva e o controle dos atos administrativos

Os poderes administrativos discricionários é que vão gerar os atos administrativos discricionários, ou seja, aqueles atos que podem ocorrer ou não, conforme análise da administração, que deverá, dentre algumas opções, adotar a que considera mais oportuna e conveniente.

[776] *Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização*, p. 37.

Já não é o que pensa **Ives Gandra da Silva Martins**, que, ao ser consultado pela Prefeitura de Lençóis Paulista sobre a viabilidade da ação civil pública contra a cobrança do IPTU, posiciona-se contrário a ela, já que esses direitos seriam individuais disponíveis e divisíveis, mostrando-se a via eleita inadequada (*Ação civil pública é veículo imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis* – consulta, p. 19-32).

Vê-se, portanto, que a discricionariedade envolve juízo de valor, mas não como poder absoluto.

Daí, para discutir o que se propõe, a importância de entender e dividir os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários.

Hely Lopes Meirelles explica que, no poder vinculado, o agente fica inteiramente preso ao enunciado da lei, ou seja, a liberdade do administrador é mínima. Por outro lado, esclarece o mesmo autor, dificilmente haverá um ato administrativo totalmente vinculado, já que a administração sempre encontrará aspectos sobre os quais realizar opções. O poder discricionário, por sua vez, equivale à liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.

Conclui o autor: "Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo"[777].

Odete Medauar ensina que "*há **poder vinculado**, também denominado **competência vinculada**, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica*". No que diz respeito ao poder discricionário, diz ser "*a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis*". E conclui:

[777] *Direito administrativo brasileiro*, p. 117-120.

"*... ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário. Melhor parece levar em conta o aspecto predominante no exercício do poder, mencionando-se decisão ou medida em que predomina o poder vinculado ou o poder discricionário*"[778].

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

"*Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes na razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente*".

Sintetiza o autor:

"*Visível que a noção de discricionariedade não é predicável de um ato propriamente dito, mas da competência que o agente disporá, **in concreto**, para proceder a uma avaliação concernente às condições de sua expedição ou conteúdo*".

Daí concluir o autor ser a discricionariedade inevitavelmente relativa, sendo os motivos, a finalidade e a causa do ato indicados na lei nos limites estabelecidos para o exercício da discrição administrativa. No que refere à vinculação, demonstra o autor:

"*A lei (...) em certos casos, regulada dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista*"[779].

Diante do exposto, em nosso entender, tanto os atos vinculados como os atos discricionários da administração não só poderão como deverão ser questionados, tanto em ações individuais como em ações coletivas[780]. Tratando-se de ações coletivas, poderão ser discutidos em ação popular[781] ou em ação coletiva em defesa de direitos difusos, coletivos ou até individuais homogêneos.

8.1. Possibilidade jurídica do pedido

Discute-se a possibilidade jurídica de efetuar pedidos que visem interferir na discricionariedade[782] do Poder Público, já que, para muitos, a conveniência e

---

[778] *Direito administrativo moderno*, p. 123-124.
[779] *Curso de direito administrativo*, p. 891-922.

[780] "Cabe ao judiciário identificar o valor histórico e estético do bem, independentemente do critério administrativo" (RJTJSP, 114/38).

[781] Destaque para o artigo 2º da lei da ação popular, que estabelece os parâmetros para nulidade dos atos abusivos.

[782] Nessa seara, discute-se a interferência nos atos discricionários e nos atos vinculados. No entanto, conforme bem nos ensina o administrativista **Celso Antonio Bandeira de Mello**, independentemente de se tratar de uma ou outra categoria, o administrador sempre deverá atentar-se à norma (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 32-33). **Odete Medauar**, do mesmo modo, diz que hoje se encontra respaldo na própria constituição para um controle jurisdicional mais amplo sobre as atividades administrativas, mas essa ampliação não deve ser de tal modo que leve à substituição do administrador pelo juiz (*Direito administrativo moderno*, p. 464). **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** ensina que a discricionariedade sofreu uma evolução e o princípio da

a oportunidade da Administração não estarão sujeitas ao controle judicial nem pelo cidadão, nem por qualquer outro legitimado coletivo[783].

---

legalidade sofreu ampliações, passando de formal para material, o que resultou numa diminuição da discricionariedade da administração pública (*Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*, p. 183). Nesse sentido, **Floriano Azevedo Marques**, para quem a discricionariedade está diretamente ligada ao princípio da legalidade (*Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*, p. 191). **Nelson Nery Júnior** ensina que "hoje não se pode mais falar em ato puramente vinculado ou puramente discricionário. Há, sempre, um misto de cada característica nos atos administrativos. Mas sempre que uma *questão de direito* estiver envolvida nos fatos que embasaram o ato administrativo, se permite sua revisão pela via judicial; (...) toda vez que o ato administrativo, ainda que discricionário, ofender princípios jurídicos, pode haver revisão pelo Poder Judiciário" (*Mandado de segurança contra ato de instituição de ensino particular superior – Competência – Legitimidade passiva* – parecer, p. 218-219). **Diomar Ackel Filho**, nesse sentido, vê a discricionariedade não como um poder, mas um dever jurídico orientado pela legalidade e pelos princípios que direcionam a atividade administrativa (*Discricionariedade administrativa e ação civil pública*, p. 55). **João Antunes dos Santos Neto** ensina que "... o Poder Judiciário pode, mais do que simplesmente investigar a conformação do ato ou decisão administrativa à lei, ir além e perquerir mesmo acerca da legitimidade da ação administrativa discricionária. (...) Ao admitir-se, pois, a investigação da legitimidade do uso da discricionariedade, admite-se, via reflexa, o estabelecimento de limites à atuação administrativa, ..." (Da *anulação ´ex officio´ do ato administrativo*, p. 82-83).

[783] **Gregório Assagra de Almeida** diz que o legislador constituinte não estabeleceu nenhuma exceção aos atos administrativos discricionários e, caso referidos atos causarem lesão ou simples ameaça aos direitos coletivos, nada impede que se vise tutelá-los via ação popular (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 420). **Luzia Nunes Dadam** ensina que "não pode o juiz (...) indeferir a petição inicial de ação popular ou extinguir o processo por impossibilidade jurídica do pedido, alegando a 'priori' não caber apreciação judicial do mérito administrativo do ato discricionário" (*Ação popular: controle jurisdicional e razoabilidade*, p. 55-56). **Rodolfo de Camargo Mancuso** também entende não haver usurpação do Poder Executivo quando o Poder Judiciário decide questão envolvendo o Poder Público. Primeiramente, os cidadãos, como legitimados ativos, estão, na verdade, fazendo jus ao que se chama de *democracia participativa*. Declara o autor: "O inaceitável é que, a pretexto de 'resguardar' a 'boa ordem da Administração', se reprima a participação desses *legítimos* titulares do direito público subjetivo à proba e eficiente gestão da coisa pública". Na seqüência, menciona exemplo de julgamento feito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, ao apreciar a ação civil pública proposta pelo Ministério Público, contra o Estado e o Município, a fim de obter decisão que determinasse aos Poderes Públicos a prestação de assistência social básica à população de rua na Capital do Estado, entendeu não haver impossibilidade jurídica do pedido por não haver violação da CF, uma vez que a própria Lei Maior menciona caber ao Judiciário a aplicação do direito, sem razão para falar em opção da administração, a qual cessa ante o texto expresso da lei. Na sentença recorrida, foram estabelecidos os seguintes fundamentos, pelo MM. Juiz Paulo Guilherme Amaral Toledo: "... não implica em indevida ingerência na esfera de discricionariedade da Administração pois a conveniência e oportunidade da atuação administrativa não autorizam a inércia ou omissão no cumprimento dos deveres constitucionalmente estabelecidos e tampouco permitem que os Poderes Públicos deixem de prestar os serviços essenciais à comunidade". Ao concluir, sugere o autor, que se encontre o "logos de lo razonable" para harmonizar o papel do Judiciário com o dos outros poderes. Sugere ainda que os outros poderes se desincumbam de suas atribuições, a fim de evitar a interferência do Judiciário (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 126-129 e 247-252). **João Bastista de Almeida**, da mesma maneira, entende que é possível utilizar a ação civil pública para implementação das políticas públicas (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, p. 73). No mesmo sentido, **Márcio Flávio Mafra Leal** (*Ações coletivas: ...*, p. 112-117). **Hugo Nigro Mazzilli** diz que a ação civil pública se presta também para questionar políticas públicas e exemplifica: "... não se pode afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública que vise a compelir o administrador a dar vagas a menores nas escolas ou a investir no ensino, a propiciar atendimento adequado aos postos públicos de saúde, a assegurar condições de saneamento no município etc. O que não se há de admitir é o uso da ação civil pública ou coletiva para administrar em lugar do governante" (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 92 e 118). **Lucia Valle Figueiredo** diz que, "(...): se a administração tem um dever negativo e o descumpre, é razoável requerer que, junto com a determinação judicial do não-fazer, sejam

Essa a opinião de **Pedro da Silva Dinamarco**, que diz que, todas as vezes que os autores de ações coletivas pretenderem invadir o campo da discricionariedade administrativa, a demanda deverá ser considerada juridicamente impossível[784].

---

viabilizados ..." (*Ação civil pública – gizamento constitucional*, p. 539-540). **Álvaro Luiz Valery Mirra** pensa que deve ser admitida "a extensão do controle jurisdicional sobre as omissões da Administração Pública ..." (*Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 373). **Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior** diz ser a ação civil pública apta para discussões envolvendo a implementação de política pública (*A ação civil pública como instrumento ...*, p. 174). Em sentido contrário, **Paulo Salvador Frontini** entende ser ilegal e inconstitucional o ajuizamento de ação civil pública nos casos em que se configura pedido de sentença, o que significará interferência do Poder Judiciário no âmbito do Poder Executivo, já que, de acordo com ele, "não pode o Judiciário substituir o administrador empresarial para dizer que deve tomar esta ou aquela postura de gestão", caso em que estará havendo violação ao princípio da separação de poderes de preceito fundamental da Constituição (*Ação civil pública e separação dos poderes do estado*, p. 745-752). **Sérgio Cruz Arenhart** concorda com o controle pelo Poder Judiciário, já que, segundo ele, "... o sistema adotado no Brasil não é o da 'separação dos poderes', mas sim o do 'balanceamento dos poderes', podendo o magistrado interferir tanto nas políticas públicas como nos atos administrativos discricionários, mas respeitando os limites do bom senso" (*As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, p. 504-525). **Kazuo Watanabe** lembra que hoje, com a possibilidade "de controle da moralidade dos atos praticados pelos administradores, o Judiciário entra também, em certa medida, no exame do mérito do ato administrativo, o que altera profundamente os limites até hoje estabelecidos para o controle jurisdicional dos atos da Administração. Há a considerar, por outro lado, que o descumprimento das políticas públicas, tal seja a sua gravidade, pode muitas vezes ser enquadrado como uma ilegalidade manifesta" (*Processo civil de interesse público: Introdução*, p. 21). Seguindo essa linha de pensamento, **Carlos Alberto de Salles** (*Processo civil de interesse público*, p. 39-73). **Floriano Azevedo Marques** concorda com o controle feito pelo Judiciário quanto à discricionariedade da administração (*Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*, p. 195). **Hamilton Alonso Jr**. ensina que, por ter a ação coletiva um objeto amplo, a conveniência e oportunidade da administração deverá ser acompanhada: "Se a conclusão for no sentido de que a alternativa de não agir representa ofensa aos direitos fundamentais, havendo condições para uma atuação positiva, haverá base para propositura da ação. O mesmo se diga se ao agir houver preterição de valores significativos ao Estado Democrático de Direito e a 'conveniência e oportunidade' administrativa contemplar valor insignificante no quadro valorativo dominante no seio social e normativo" (*A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*, p. 215). **Ronaldo Porto Macedo Júnior**, ao escrever sobre as ingerências do judiciário nas políticas públicas, entende que a ação civil pública é um mecanismo de debate da justiça social, em particular das políticas públicas, excelente instrumento de luta política e não apenas da implementação de direitos patrimoniais (*Ação civil pública, o direito social e os princípios*, p. 565).

[784] O autor menciona as seguintes decisões, para reforçar sua opinião: 1. "Há alguns anos, dezenas ou centenas de candidatos do disputado vestibular da Fuvest ingressaram em juízo impugnando o critério de correção da prova da primeira fase (prova de múltipla escolha). O Judiciário, na grande maioria das vezes, julgou improcedentes as demandas por entender tratar-se do próprio mérito do ato administrativo (...)"; 2. "Já se tornou bastante conhecido um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo onde foi reconhecida a impossibilidade jurídica de se pleitear, em ação civil pública ambiental, que a Prefeitura do Município de Oriente fosse obrigada a construir sistemas de tratamento de esgotos ou de contenção de detritos e tratamento, antes de serem lançadas às águas fluviais. Conforme consta do acórdão, 'não podem os juízes e Tribunais assomar para si a deliberação de prática de atos de administração, que resultem sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-lo'. 'Podia e devia a Administração Municipal dosar prevalências, usando seus recursos financeiros, em assim entendendo, para outros campos, sabido que são várias as urgências a que devem atender as Prefeituras' "; 3. "(...) tal pretensão não encontra respaldo na legislação, havendo de se lhe reconhecer a impossibilidade jurídica. Não existe dispositivo legal que determina a contratação de empregado, buscando reduzir suposto risco de dano ao meio

Não pensa diferente **Cândido Rangel Dinamarco**[785], para quem a interferência na esfera discricionária dos atos administrativos conduz à impossibilidade jurídica do pedido.

Arruda Alvim parece assumir uma posição menos radical, ao escrever sobre 'os limites existenciais ao controle jurisdicional dos atos administrativos'. Ressalta o autor os limites de atuação da administração, tais como a observância do princípio da legalidade, a realização do fim público e a necessária fundamentação do ato administrativo e, por outro lado, fixa o *modus agendi* do Judiciário, que deverá "identificar o âmbito do mérito, em que se terá alojado o 'desempenho' do poder discricionário"[786].

A jurisprudência se divide. Assim, tanto encontramos julgados opinando pela *impossibilidade jurídica do pedido*[787] como pela

---

ambiente. Acrescente-se que a medida visada representa intervenção na gestão da apelante, sociedade de economia mista. Se julgada procedente a ação, configurar-se-ia invasão pelo Judiciário, de atribuições que não lhe são inerentes' (JTJ, 189/22)" (*Ação civil pública*, p. 190, p. 193, nota 60, p. 194, nota 62 e p. 195).

[785] *Litisconsórcio necessário – controle jurisdicional do ato administrativo* – parecer, p. 173-191.

[786] "Identificado este âmbito, o juiz não pode sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade no lugar daquele do administrador. E como fundamento primário e fundamental disso está o próprio princípio da separação dos poderes" (*Os limites existenciais ao controle jurisdicional dos atos administrativos*, In Mandado de Segurança, Direito Público e tutela coletiva, p. 431-442 e também na Revista de Processo nº 99, p. 151-160).

[787] "É pacífico que ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade do agir administrativo, mas não de sua conveniência ou oportunidade. A perquirição sobre a legalidade abrange a própria legitimidade dos atos, no sentido da capacidade e competência para exercê-los.

No caso, o que se pretende é compelir três Municipalidades a efetivarem obras para saneamento (...). Ante esse texto, a questão que se coloca é a seguinte: o Poder Público pode ser compelido a executar obras para impedir esse tipo de poluição? A resposta é que há impossibilidade jurídica à pretensão à obrigação de fazer; positiva, porque ocorrerá, necessariamente, invasão das atribuições próprias dos Executivos municipais, quanto à oportunidade e conveniência das obras (...).

A hipótese consubstancia , na verdade, pedido juridicamente impossível, por descaber ao Judiciário condenar a Administração (direta ou indireta) a executar obra pública. Não há lei nesse sentido e o ordenamento constitucional, estruturado na divisão de Poderes, não permite a ingerência, o que proporcionaria a questão da inconstitucionalidade de tal legislação, se existente. Não se trata, em suma, de controle de legalidade, mesmo porque é sistematicamente incompatível uma lei ou a interpretação de uma lei, com o significado que lhe quer

possibilidade[788].

Há julgados que falam na presença ou ausência do *interesse processual*[789], ao invés de enquadrarem na condição da possibilidade jurídica do pedido. Por fim, há até aqueles que mencionam *a legitimidade*[790] para justificar a ação coletiva. Excepcionalmente, encontramos decisões de mérito, julgando a ação improcedente, pela ingerência indevida do Poder Judiciário nos atos administrativos[791].

---

emprestar o Ministério Público ..." (EI n. 217.788-1, 5ª Câm. Cív. TJSP, j. 5.10.1995, rel. Des. Marcus Andrade, JTJ, LEX 181/206).

Outro julgado, nesse sentido: "Ação civil pública. Esgoto doméstico. Ação visando ao tratamento prévio dos detritos lançados nas águas de rios. Ato administrativo que necessita de exame de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Impossibilidade de invasão de tal esfera pelo Poder Judiciário" (JTJ 143/14).

Outros julgados, pela *impossibilidade jurídica do pedido*: REsp n. 208893-PR, 2ª T. STJ, j. 19/12/2003, rel. Min. Franciulli Netto, DJU 22/03/2004, p. 263; Ap. Cív. n. 310.008-5-0 – Cafelândia, 11ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 07/06/2005, v.u., rel. Des. Ricardo Dip, Juis nº 44; Ag. Inst. n. 4787, 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa, 5ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Cyro Crema, publicação 27/03/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 16440, 3ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Nerio Spessato Ferreira, publicação 07/02/2000, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 029029000055, 4ª Câm. Cível TJES, j. 23/03/2004, rel. Des. Manoel Alves Rabelo, Juis nº 44.

[788] "Ação civil pública visando o tratamento de detritos lançados nas águas de rio - Município de (...) – Previsão de tratamento constante na Lei Orgânica do Município – Prevalência do interesse da coletividade sobre o alegado exame de conveniência e oportunidade pela Administração - Possibilidade Jurídica do Pedido – Sentença de carência reformada, para prosseguimento da ação, com vista à apreciação do mérito da causa" (Ap.Cív. n. 246.776-1 , 7ª Câm. Dir. Público TJSP, j. 22/5/1997, rel. Des. Jovino de Sylos, JTJ, LEX 203/20).

Outros Julgados, opinando pela *possibilidade jurídica do pedido*: REsp n. 778.244, 1ª T. STJ, j. 18/10/2005, rel. Min. Francisco Falcão; REsp n. 429570-GO, 2ª T. STJ, j. 11/11/2003, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 22/03/2004, p. 277.

[789] AgRg no REsp n. 620677, 1ª T. STJ, j. 07/06/2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 27/06/2005, p. 245; Ap. Cív. n. 278.801- 5/8 – São Paulo, 3ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 26/04/2005, v.u., rel. Des. Magalhães Coelho, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 242.155-5/0 – Ribeirão Preto, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j.11/08/2004, v.u., rel. Des. Yoshiaki Ichihara, Juis nº 44; Ap. Cív. n. 202.528-5/0 – Diadema, 1ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 27/05/2003, v.u., rel. Des. Scarance Fernandes, Juis nº 44.

[790] Ap. Cív. n. 231.136-5/9 – Ribeirão Preto, 8ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 03/12/2003, v.u., rel. Des. Toledo Silva, Juis nº 44.

[791] Ap. Cív. n. 215.273-5/6 – Ribeirão Preto, 5ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 14/08/2003, v.u., rel. Des. Xavier de Aquino, Juis nº 44; Ag. Inst. n. 391.576-5/4-00 - Cravinhos, 7ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 10/09/2005, v.u., rel. Des. Walter Swensson, Juis nº 44; Ag. Inst. n. 115.246-0/6 – Pedregulho, Câmara Especial TJSP, j. 21/03/2005, v.u., rel. Des. Ruy Camilo, Juis nº 44; Remessa ex-officio n. 038009000548, 2ª Câm. Cível TJES, j. 26/08/2003, rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Juis nº 44; Remessa ex-officio n. 052009000051, 1ª Câmara Cível TJES, j. 10/06/2003, rel. Des. Annibal de Rezende Lima, Juis nº 44.

Há até uma Súmula do STF (473) estabelecendo aos atos administrativos censura judiciária somente pelo aspecto da legalidade.

De nossa parte, se já não restou claro, opinamos pela possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos, ainda que sejam os vinculados, não visualizando hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o Poder Judiciário tem função distinta da do Poder Executivo, incumbindo-lhe a análise e julgamento de todas as situações geradoras de conflitos na sociedade que forem remetidas ao seu crivo, com parcimônia e independência, direcionando-se para o fim maior de seu papel no Estado Democrático de Direito, qual seja, fazer justiça, seja ela qual for.

8.2. Legitimidade das partes

A legitimidade, como mencionamos, se o ato administrativo estiver sendo questionado em ação popular, será do cidadão; se estiver sendo discutido em uma ação coletiva, que não a popular, então qualquer legitimado poderá propô-la.

A ação recairá, naturalmente, sobre os responsáveis pelo ato administrativo, seja por suas ações ou omissões, não havendo restrições, em princípio, quanto à formação desse pólo passivo.

8.3. Interesse processual

Haverá interesse processual[792] em propor uma ação coletiva para analisar atos administrativos considerados discricionários?

Por todo o exposto, sim. O ato discricionário, como pudemos perceber, envolve juízos de valor, não como poder absoluto, mas relativo, principalmente devendo obediência à lei e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

É na observância de referidos princípios que algumas decisões judiciais concedem ou negam determinados pedidos que acabam por interferir na esfera de atuação do Poder Executivo.

Vejamos, por exemplo, as ações que têm por objeto a realização de obras, *in verbis*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA - (...) – Obrigação de fazer – Separação de poderes – É questão tormentosa saber até que ponto pode o*

[792] **Lídia Helena Ferreira da Costa Passos**, ao escrever sobre a discricionariedade administrativa nas ações civis públicas, diz que o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário deve se limitar "à verificação da adequação formal do procedimento administrativo subjacente ao ato questionado, abstendo-se, rigorosamente, do exame da razoabilidade, vantagem para o interesse público, justiça, utilidade ou perniciosidade sociais das medidas implementadas" (*Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas*, p. 494). **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que não há que se confundir as políticas públicas com os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários; "(...), no mais, de ordinário, se um ato é realmente *só* político *(v.g*., adesão a tratado de cooperação internacional) ou se a conduta é realmente *só* discricionária (*v.g*., incentivo governamental para fomento de certo setor da economia), dificilmente se apresentará um histórico de lesão temida ou sofrida, capaz de configurar o *interesse de agir* (necessidade + utilidade) do recurso ao Judiciário". O autor complementa sua idéia com alguns exemplos, através dos quais demonstra que mesmo diante de liberdades que o Poder Público tem, se, com suas opções, atingir direitos fundamentais, valores indisponíveis, haverá interesse para se buscar a via jurisdicional. Conclui o autor: "Hoje já se vai formando um consenso no sentido de que, dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de *efetiva discrição* nos atos e condutas da Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte de (...) *liberdade vigiada*! No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados" (*Controle judicial das chamadas políticas públicas*, p. 774 - 777).

> *Judiciário interferir na gestão da coisa pública, determinando ao Executivo a realização de obras e fixando prazos – A análise da jurisprudência indica uma tendência a deixar à discrição do Executivo a realização de obras de maior vulto ou que envolvam definição mais difusa de prioridades, dele exigindo no entanto a realização de serviços e obras de pequeno vulto – (...)*[793].

Concluindo, entendemos que o Poder Judiciário não fere a repartição e independência dos poderes quando analisa tal questão, pois a lei é o limite dessa independência. Os três poderes se sujeitam a ela e tal fato não poderia ser tratado de modo diferente em relação ao Poder Executivo, o que, aí sim, estaria ultrapassando e ferindo as independências recíprocas entre eles.

Importa não esquecer jamais que são os limites que garantem as liberdades e individualidades.

9. Ação coletiva e o controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade, em nosso ordenamento, é feito de forma concentrada (abstrata) – art. 102, I, da CF, mediante ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade - ou de forma difusa – incidentalmente, num caso concreto.

A primeira questão a responder é: o controle de constitucionalidade das leis se faz por ações coletivas ou a ação utilizada para tal fim é uma ação individual?; a segunda: o fato de a decisão dada em uma ação dessa espécie

[793] Ap. Cív. n. 273.639-5/1 – Ribeirão Preto, 7ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 04/04/2005, v.u., rel. Des. Torres de Carvalho, Juis nº 44.

surtir efeitos *erga omnes*, a torna uma espécie de ação coletiva, necessariamente?[794]

Há quem[795] entenda que a ação coletiva não pode substituir a ação declaratória de inconstitucionalidade.

De fato, as ações não se confundem e muito menos se substituem. Não se deve confundir a ação que pede a inconstitucionalidade da norma com outra ação cujo pedido incidental seja a referida inconstitucionalidade. Apesar disso, em nosso sentir, surtir a decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade seus efeitos *erga omnes* a torna uma ação coletiva, porém, diferenciada, já que a natureza coletiva não deriva apenas dos efeitos da decisão, mas leva em conta a legitimidade e a causa de pedir, bem como o tipo de tutela que se requer.

Nelson e **Rosa Nery** manifestam-se sobre o tema e dizem que o objeto da ADIN é a declaração da inconstitucionalidade e a decisão que a acolher vai surtir efeitos "erga omnes", fazendo com que aquela lei ou ato normativo retire-se do mundo jurídico, enquanto a ação civil pública pode usar referida inconstitucionalidade como fundamento, ou seja, como causa de pedir[796].

---

[794] **Luiz Manoel Gomes Júnior** entende que sim. O autor explica que as ações declaratórias de inconstitucionalidade veiculam pretensões coletivas (difusa) e por isso são ações coletivas (*Curso de direito processual coletivo*, p. 22). Os anteprojetos brasileiros (código processual coletivo) não admitem a utilização das ações coletivas com pedido de declaração de inconstitucionalidade.

[795] **Ricardo de Barros Leonel**, *Manual do processo coletivo*, p. 183.

[796] E acrescentam: "Como a competência para o processamento e julgamento da ADIn é do STF (cf 102, I A), não pode ser feito 'pedido' na ACP de declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Caso isso ocorra, terá havido invasão da competência do STF, cabendo reclamação junto ao Pretório Excelso, cuja competência é do Plenário (...), para que seja preservada essa competência (CF 102 I l e RISTF 156/162)" (*Código de processo civil comentado*, p. 1128). Nesse sentido, **Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida** (*Ação civil pública: Judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade*, p. 111-138).

Já para **Gregório Assagra de Almeida**[797], o controle concentrado da constitucionalidade faria parte de uma categoria do Direito Processual Coletivo que ele denominou de *Direito Processual Coletivo Especial*, ao lado de outra categoria, destinada à tutela dos direitos coletivos diante de conflitos coletivos, chamada de *Direito Processual Coletivo Comum*.

Esse autor, porém, também entende que a ação coletiva para o controle concentrado da constitucionalidade não se confunde com a ação civil pública[798].

No entanto, podem surgir dúvidas quando, em uma ação coletiva, se faz pedido incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) por ter aquela ação coletiva – se envolver, por exemplo, direitos difusos - efeitos *erga omnes*. Considerando que o pedido incidental não faz coisa julgada material, já que é decidido apenas na parte da fundamentação da sentença, mas, considerando, por outro lado, a eficácia *erga omnes* da ação coletiva, como serão os efeitos dessa decisão?

Ricardo de Barros Leonel traz ensinamento sobre o tema, com o qual concordamos, exemplificando com uma ação declaratória de inconstitucionalidade da lei municipal que criou uma taxa indevida e uma ação

[797] "a) *o objeto material do direito processual coletivo comum* é a resolução das lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude – é portanto a proteção de *direito coletivo subjetivo*; b) já *o direito processual coletivo especial* tem como *objeto material* o controle em abstrato da constitucionalidade das leis – é a tutela jurisdicional exclusivamente do *direito objetivo*". O autor exemplifica: "Como figuras típicas de tutela jurisdicional coletiva, previstas na Constituição Federal e pertencentes ao *direito processual coletivo especial*, podem ser citadas: as ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade por ação ou omissão (art. 102, I, a, e 103, § 2º); a ação direta declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º); a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º), que foi regulamentada pela primeira vez somente com o advento da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999" (*Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo de direito processual*, p. 2, 142 e 143).

[798] *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 308.

civil pública com o pedido de restituição aos lesados de taxa indevida, fundamentada no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da norma:

> "*A ação declaratória de inconstitucionalidade, julgada procedente, determina a suspensão da eficácia da lei com efeitos erga omnes, mas não tem o condão de impor a repetição daquilo que foi pago individualmente pelos contribuintes lesados. (...) Na prática, o Município continuaria cobrando determinado tributo, fundado em lei inconstitucional não sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, tendo os lesados (em virtude da não-admissão da demanda coletiva) de recorrer individualmente ao Judiciário para fins de repetição. Assim, sendo pequenos os valores, excluído o acesso à justiça*"[799].

Gregório Assagra de Almeida também esclarece que,

> "*no caso da ação civil pública, a inconstitucionalidade da lei é discutida* ***incidenter tantum****, ou seja, na causa de pedir, de sorte que a decisão sobre ela não produz os efeitos decorrentes da coisa julgada. E mais: o pedido formulado em sede de ação civil pública não é para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público impugnado, mas para a tutela do direito coletivo lesado ou ameaçado de lesão, que poderá, v.g., ser um pedido condenatório de obrigação de fazer ou não fazer. A prevalecer o entendimento acima, estar-se-á fragilizando a proteção dos direitos difusos e coletivos contra ações e omissões que se fundamentem em comandos normativos inconstitucionais*"[800].

[799] *Manual do processo coletivo*, p. 188-189.

[800] *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 308.

Pedro da Silva Dinamarco, nessa mesma linha, diz que "... *a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual pode eventualmente ser alegada incidentalmente em demanda coletiva, especialmente quando tal demanda visar à defesa dos consumidores perante um fornecedor*"[801].

Hugo Nigro Mazzilli, de forma até mais aprofundada, diz que nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja causa de pedir em uma ação civil pública. E esclarece:

> "*Na mesma esteira, nesta ação também é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido,*

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, no mesmo sentido, entende que "... a eficácia da coisa julgada, mesmo que seja *erga omnes*, se restringe ao que foi pedido pela parte (...), ou seja, a lide, não alcançando as questões prejudiciais porventura apreciadas, como seria o caso de alegação de inconstitucionalidade de lei ou de qualquer outro ato normativo ..." (*Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 231).

[801] *Ação civil pública*, p. 279.

"Pode ser alegada também, incidentalmente, a inconstitucionalidade de algum dispositivo da própria Lei da ação Civil Pública, por qualquer das partes, como meio de atingir a proteção ao direito material. Assim, v.g., pode o réu alegar que a legitimidade extraordinária concedida pela Lei de Improbidade Administrativa ao Ministério Público viola o art. 129, inc. IX, da Constituição Federal; ou que o sistema especial da coisa julgada violaria alguma garantia constitucional. (...) Mas diferente é a situação se os efeitos da declaração, ainda que *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade de uma lei, em ação civil pública, produzirem os mesmos efeitos do controle de inconstitucionalidade por ação direta. É o caso da demanda ajuizada em face de uma pessoa jurídica de direito público, para que esta deixe de aplicar determinada lei. Isso significa pedir declaração *in abstracto*, com efeito *erga omnes*, ainda que o autor mascare o pedido e peça a declaração incidental. Se o acolhimento de tal demanda significar a exclusão dos efeitos da lei impugnada (ou de um de seus dispositivos) a todas aquelas pessoas eventualmente sujeitas à coisa julgada, para qualquer situação fática, então estará havendo invasão da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. (...) Por outro lado, tem-se que a ADIn não pode ser utilizada para pedir a declaração de que uma norma *municipal* qualquer violaria a Constituição Federal, diante da ausência de previsão constitucional (v. art. 102, inc. I, alínea a). Daí resulta ser cabível a ação civil pública para impedir a aplicação da lei municipal sob o fundamento de inconstitucionalidade. A via não é inadequada, pois há direitos metaindividuais em jogo e não há outro meio processual cabível para tutelar coletivamente esses direitos. Como a lei diz que todas as espécies de ações são cabíveis para a defesa dos interesses metaindividuais (CDC, art. 83), negar a admissibilidade dessa ação significaria afastar o controle jurisdicional dos interesses metaindividuais, ou seja, resultaria em denegação de justiça" (Pedro da Silva Dinamarco, *op. cit.*, p. 280-282).

mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Da mesma forma, não se impede a utilização de ação civil pública para atacar as chamadas leis de efeitos concretos (sem generalidade abstrata), como uma lei que crie cargos públicos ao arrepio da Constituição.

Nada obsta, ainda, o uso de ação civil pública que vise à obtenção de bem jurídico concreto, transindividual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, sob o fundamento de ser inconstitucional o dispositivo legal que estaria impedindo seu gozo (...).

O que não se tem admitido, porém, é que se use a ação civil pública ou coletiva para atacar, em caráter abstrato, os efeitos ***erga omnes****, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional, (...)*"[802].

O Supremo Tribunal Federal parece estar começando a reconhecer que tais pedidos não se confundem, admitindo o controle incidental nas ações coletivas como mera questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio[803].

Não vem julgando de outra forma o Superior Tribunal de Justiça, que já considerou possível a declaração incidental de inconstitucionalidade na ação coletiva de quaisquer atos normativos ou leis, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas como causa de pedir, e que não se

[802] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 129-130.

[803] Reclamações nºs: 600-0/190-SP; 1.733-8-SP; 664-RJ; 227159-GO; AG.Reg. no Agravo de Instrumento n. 504856-DF, 2ª T., j. 21/09/2004, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 08/10/2004, p. 018; Medida Cautelar na Reclamação n. 2460-RJ, Tribunal Pleno, j. 10/03/2004, rel Min. Marco Aurélio, DJU 06/08/2004, p. 021.

"No entanto, caso a declaração de inconstitucionalidade seja posta como o objeto do pedido, extingue o processo sem julgamento do mérito" (Reclamação n. 2224-SP, Pleno STF, j. 26/10/2005, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10/02/2006, p. 006).

constitua tampouco em hipótese de ludibrio ao sistema de controle constitucional[804].

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo[805].

Há autores, no entanto, contrários a esse controle incidental de constitucionalidade nas ações coletivas[806].

A justificativa principal encontra-se, justamente, em surtirem as decisões dadas em ações coletivas efeitos *erga omnes* e em estarem elas sendo usadas como "fachadas" para a declaração de inconstitucionalidade por órgão não

[804] Embargos de Divergência no REsp n. 511624, 1ª Seção, j. 06/10/2003, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 28/10/2003, p. 186; REsp n. 522827-MT, 1ª T., j. 20/11/2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 19/12/2003, p. 352; REsp n. 493270-DF, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJU 24/11/2003; REsp n. 327206-DF, 1ª Seção, DJU 15/03/2004; Agravo Regimental no AgIns n. 537124, 1ª T., j. 16/12/2003, rel Min. José Delgado, DJU 05/04/2004, p. 208; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 614205-MT, 1ª T., j. 03/03/2005, rel Min. José Delgado, DJU 28/03/2005, p. 196; REsp n. 424288-RO, rel. Min. Felix Fisher, DJU 18/03/2004; REsp n. 557646-DF, 2ª T., DJU 30/06/2004; REsp n. 574410-MG, 1ª T., DJU 05/08/2004; REsp n. 373685-DF, 1ª T., DJU 16/08/2004; Ag. no REsp n. 566862-SP, 3ª T., j. 23/08/2004; REsp n. 439509-SP, 4ª T., DJU 30/08/2004; REsp n. 728406-DF, 1ª T., j. 05/04/2005, rel. Min. José Delgado, DJU 02/05/2005, p. 249; REsp n. 646926, 2ª T., j. 15/12/2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 06/03/2006, p. 318; ED no REsp n. 647592, 1ª T., j. 15/09/2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 24/10/2005, p. 183; REsp n. 457090-DF, 2ª T., j. 07/03/2006, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 25/04/2006, p. 106; AgRg no AgRg no REsp n. 773121-DF, 1ª T., j. 04/04/2006, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 02/05/2006, p. 261; AgRg no REsp n. 570124-DF, 5ª T., j. 07/02/2006, rel. Min. Felix Fischer, DJU 20/03/2006, p. 333; AgRg no AgIns n. 599716, 1ª T., j. 03/03/2005, rel. Min. José Delgado, DJU 28/03/2005, p. 196; AgRg no REsp n. 624241, 1ª T., j. 22/02/2005, rel. Min. José Delgado, DJU 01/07/2005, p. 379.

Mas o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "a ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade" (Recurso Especial n. 106.993-MS, j. 24/3/1998, in **Theotonio Negrão**, *Código de Processo civil e legislação processual em vigor*, nota 4, ao artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública).

[805] Ap. Cív. n. 271.377-5/0 – Marília, 4ª Câmara de Direito Público, j. 18/08/05, v.u., rel. Des. Ferreira Rodrigues; Ap. Cív. n. 203.779-5/2 – Pereira Barreto, 3ª Câmara de Direito Público, j. 17/06/2003, v.u., rel. Des. Laerte Sampaio (Juis nº 44).

[806] **Arruda Alvim**, *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao CDC*. In: MILARÉ, Édis (coord.). Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões

competente para tanto[807].

Há decisões também neste sentido. Vejamos, *in verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE INSTITUIU AUMENTO DE VENCIMENTOS PARA CARGOS. CÂMARA LEGISLATIVA MUNICIPAL.*
> *1. (...).*
> *2. Incabível ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, para declarar, com eficácia **erga omnes**, a inconstitucionalidade de lei municipal que instituiu aumento de subsídios para cargos do Legislativo (...).*
> *3. Incabível a ação civil pública, cuja sentença tenha eficácia **erga omnes**, quando substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade.*
> *4. (...).*
> *5. A fundamentação recursal não logrou comprovar que a alegação de inconstitucionalidade da lei foi alegada em sede de ação civil pública apenas **incidenter tantum**, tendo em vista sua eficácia subjetiva limitada às partes e ao pedido formulado.*
> *6. Agravo Regimental desprovido*[808].
>
> *A SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM EFEITO 'ERGA OMNES', NÃO PODE ENSEJAR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, AINDA QUE 'INCIDENTER TANTUM'* [809].

---

após dez anos de aplicação; **Luiz Manoel Gomes Júnior**, *Curso de direito processual coletivo*, p. 101; **Gilmar Mendes**, *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*, p. 195-205.

[807] Essa a opinião de **Arruda Alvim** (*A Declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Uma hipótese que é representativa de competência exclusiva do colendo STF*, In Mandado de Segurança, Direito Público e tutela coletiva – coleção estudos e pareceres II, p. 419-430). Encontramos outro artigo semelhante do mesmo autor publicado na Revista de processo nº 81, p. 127- 134: *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao código de proteção e defesa do consumidor*.

[808] AgRg no REsp n. 635077, 1ª T. STJ, j. 09/08/2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 05/09/2005, p. 257; no mesmo sentido: AgRg no REsp n. 515270, 1ª T. STJ, j. 14/10/2003, rel. Min. José Delgado, DJU 17/11/2003, p. 220.

[809] Ap. Cív. n. 16589, 4ª Câmara Cível TJPR, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, publicação 13/03/2000, Juis nº 44.

9.1. Possibilidade jurídica do pedido

No que diz respeito à impossibilidade de utilizar a ação coletiva para o controle concentrado, já que a via adequada, a nosso ver, seria mesmo a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, resta saber se a extinção de uma ação coletiva com esses pedidos, feitos pelo controle abstrato, será por falta de possibilidade jurídica do pedido ou por ausência do interesse processual.

Para **Pedro da Silva Dinamarco**, "como o sistema prevê meios para pedir essa declaração (ADIn), a ação civil pública proposta com esse fim deverá ser extinta sem julgamento do mérito por falta de interesse-adequação e não por impossibilidade jurídica da demanda"[810].

Para nós, tampouco se trata de impossibilidade jurídica do pedido, já que não estamos falando de pedido ilícito, nem impossível, nem expressamente proibido. Daí, concordarmos com o autor.

9.2. Legitimidade das partes

[810] *Ação civil pública*, p. 189.

"Mas essa conclusão refere-se apenas às leis em tese, com efeito abstrato. No tocante às leis de efeito concreto, a conclusão é diversa, especialmente porque não se admite ação direta de inconstitucionalidade contra essas espécies de lei" (**Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 281).

Considerando que o pedido de inconstitucionalidade, como vimos, só deve ser feito incidentalmente na ação coletiva, todos os legitimados poderão fazê-lo, sem restrições.

Entendemos que até mesmo o cidadão pode usar como causa de pedir de sua ação popular a inconstitucionalidade da lei.

Os legitimados passivos serão, em princípio, todos, aplicando-se tudo o que já foi dito acerca da legitimidade passiva para as ações coletivas, já que a inconstitucionalidade não será o objeto da ação coletiva, mas tão-somente o seu fundamento, sem alterar a espécie da ação por tal aspecto.

9.3. Interesse processual

O interesse processual fica evidenciado por tudo o que acima expusemos.

Mas, caso se acolhesse a carência, caso se pretendesse utilizar a ação coletiva para declarar a inconstitucionalidade da lei, como pedido, aqui estaria a condição faltante.

10. Mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo apresenta o mesmo objeto que o mandado de segurança individual[811], ou seja, "proteger direito líquido e certo,

[811] Nesse sentido: **Nery** & **Nery**, *Código de processo civil comentado*, p. 82; **Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 273; **Uadi Lammêgo Bulos**, *Constituição Federal Anotada*, p. 309; **Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 21; **Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, *Ações coletivas: a*

não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data,* quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (CF, art. 5º, LXIX).

Ainda, de acordo com a legislação infraconstitucional, sempre que, por ilegalidade ou abuso, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, caberá a impetração do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 1º).

Assim, em princípio, o mandado de segurança coletivo não difere do mandado de segurança individual em sua essência[812], apenas o modo de utilização da garantia é que sofre alguns tipos de alterações. Isso nos leva a

---

tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, p. 205; **Barbosa Moreira**, *Ações coletivas na CF de 88*, p. 196; **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do código de defesa do consumidor e ação popular*, p. 187; **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**, *Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 21 e 104; **José Rogério Cruz e Tucci**, *'Class Action' e mandado de segurança coletivo*, p. 37; **Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior**, *A ação civil pública como...*, p. 78; **Ada Pellegrini Grinover**, *Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*, p. 97; **Calmon de Passos**, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989; **Inácio Carvalho Neto**, *Manual de processo coletivo*, p. 176; **Eduardo Arruda Alvim**, *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, p. 50; **Belinda Pereira da Cunha**, *Antecipação de tutela no código de defesa do consumidor*, p. 154-155; **Celso Ribeiro Bastos**, *Curso de direito constitucional*, p. 241; **Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 147; **J. M. Othon Sidou**, *'Habeas corpus', mandado de segurança, mandado de injunção, 'habeas data', ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos*, p. 256; **José da Silva Pacheco**, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 307; **Ronaldo Lima Santos**, *Sindicatos e ações coletivas*, p. 428; **Athos Gusmão Carneiro**, *O mandado de segurança coletivo como garantia dos cidadãos*, p. 224; **Ivan Lira de Carvalho**, *O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos*, p. 80; **Ovídio Baptista da Silva**, *Mandado de segurança - meio idôneo para a defesa de interesses difusos?*, p. 136; **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de segurança . Ação popular. Ação civil pública. Mandado de injunção. 'Habeas data'. Ação direta de inconstitucionalidade. Ação declaratória de constitucionalidade. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. O controle incidental de normas no direito brasileiro. A representação interventiva*, p. 25.

[812] Não é o que todos pensam, no entanto. Há quem veja no mandado de segurança coletivo um instituto completamente diferenciado do mandado de segurança individual: **Sérgio Ferraz** (*Mandado de segurança-individual e coletivo: aspectos polêmicos*, p. 17, 1996), **Lúcia Valle Figueiredo** (*Perfil do mandado de segurança coletivo*, p. 7. São Paulo: RT, 1989 e *Mandado de Segurança*, p. 29-30, São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 2004), **Antonio Gidi** (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 79), **Alfredo Buzaid** (*Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*, p. 4) e **Teori Albino Zavascki** (*Processo coletivo*, p. 206).

concluir que o mandado de segurança coletivo preenche as condições da ação com algumas modificações em relação às condições para impetração do *writ* individual.

Cumpre ainda ter presente que, muito embora o mandado de segurança coletivo também deva sujeitar-se às regras previstas na Lei nº 1.533/51 e na Lei nº 4.348/64, sujeitar-se-á ainda às regras processuais coletivas[813], começando pela Constituição Federal, que dispõe, no inciso XX do art. 5º, sobre os legitimados ativos para impetração do *mandamus* coletivo.

Assim, estabelecer-se-ão as diferenças e se definirão de outro modo as condições da ação. Vejamos.

10.1. Possibilidade jurídica do pedido

Primeiramente, a própria legislação constitucional veda a utilização do mandado de segurança, se possível utilizar o *habeas corpus* ou do *habeas data*.

Diante da impetração de um mandado de segurança quando havia amparo pelas figuras acima descritas, faltará ao *mandamus* possibilidade jurídica do pedido? Ou será hipótese de ausência de interesse processual?[814].

[813] Ou seja, para o *mandamus* coletivo deverão ser aplicadas as regras do processo coletivo que se encontram na CF, na LACP e no CDC. Com essa opinião coadunam **Nelson Nery Jr**. (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 775) e **Pedro da Silva Dinamarco** (*Ação civil pública*, p. 23).

[814] **Calmon de Passos**, ao escrever sobre as condições do mandado de segurança coletivo, no que se refere à possibilidade jurídica do pedido, diz que "esta 'invenção nacional' carece de maior relevo no tocante ao mandado de segurança coletivo. Não constituindo hipótese de inépcia (impossibilidade relativa), a impossibilidade jurídica sempre envolverá ou um problema de legitimação ou um problema de interesse processual" (*Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*, p. 35).

Entendemos tratar-se de impossibilidade jurídica do pedido, já que é expressa a proibição de formular pedidos, no mandado de segurança, que tenham resguardo por outras garantias constitucionais, quais sejam, o *habeas corpus* e o *habeas data*. Assim, embora apenas a via pareça inadequada, o que restaria em ausência do interesse processual, antes a lei proibiu expressamente que mediante o mandado de segurança se fizessem pedidos para *resguardar a liberdade de locomoção daquele que sofreu ou puder sofrer violência ou coação, vista ilegalidade ou abuso de poder (**habeas corpus**)* ou para *assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público ou para retificar dados, quando não se prefira fazer por processo sigiloso (**habeas data**)*. Logo, para concluir, se não houvesse a proibição expressa, estaríamos na ausência do interesse processual.

Ainda, em sede de possibilidade jurídica do pedido, há que destacar alguns outros pontos. Comecemos pela lei que regulamenta o mandado de segurança. Veda o art. 5º a utilização dessa via quando a abusividade partir de ato recorrível administrativamente, com efeito suspensivo, e não dependa de caução (I); de despacho ou decisão judicial, se houver recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição (II); de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (III)[815].

[815] Na hipótese de ato omissivo, no entanto, entende o STF que a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade (súmula 429).

Diante de tais vedações, faltará possibilidade jurídica do pedido ao mandado de segurança que tiver por objeto as hipóteses acima arroladas? Ou estaremos diante do não-preenchimento da condição do interesse processual?[816].

Pela mesma explicação acima, o pedido será juridicamente impossível.

Há quem diga também que o não-enquadramento no art. 8º[817] da Lei nº 1533/51 leva à extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, já que não seria a via do *mandamus* a adequada[818].

Entendemos, neste caso, tratar-se de falta de interesse processual por inadequação, salvo se o art. 8º for analisado em conjunto com o art. 5º, situação em que é cabível falar de impossibilidade jurídica do pedido.

Há que ressaltar também as súmulas 266 e 268 do STF.

A súmula 266 diz não ser cabível o mandado de segurança contra lei em tese (em abstrato)[819]. Impetrando o *writ* contra referida lei, faltará possibilidade jurídica ao pedido?

---

[816] **Celso Agrícola Barbi** fala em *ausência do interesse de agir* (*Proteção processual dos direitos fundamentais na constituição de 1988*, p. 99).

[817] "Art. 8º. A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta Lei".

[818] A jurisprudência manifesta-se também nesse sentido: "Carência da ação. Mandado de Segurança. Renovação do pedido. Impossibilidade. Se a petição inicial é indeferida, nos termos do artigo 8º da Lei nº 1.533, de 1951, por não ser caso de mandado de segurança, a parte não pode renovar a impetração. Recurso Ordinário improvido" (Recurso n. 6.819 – MG, 2ª T. STJ, j. 20/05/96, DJU 10/06/96, p. 20302).

[819] "Fica ressalvado, contudo, por motivos óbvios, o cabimento do *writ* contra atos normativos de efeitos concretos, i.e., leis em sentido apenas formal, mas que se destinam a disciplinar situações definidas, e contém um resultado administrativo concreto, independendo a produção de seus efeitos de qualquer outro ato, e que são aptas, *ipso facto*, e por si sós, a lesar direitos, como acontece, por exemplo, na seara dos interesses coletivos, com uma Portaria do Ministro do Trabalho e da Previdência Social que fixe a jornada de trabalho de servidores do INSS, ou com um decreto que autorize o desflorestamento de uma determinada área" (**Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 208-209).

Encontramos um julgado com o seguinte teor, *in verbis*:

> *RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA - SINDICATOS – A PROVA DE EXISTÊNCIA E FUNCIONAMENTO HÁ MAIS DE UM ANO – (...) – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO CONTRA LEI EM TESE – CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO ESTADUAL DE TRANSPORTE E HABITAÇÃO – FETHAB – NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA.*
> *1. Doutrina e jurisprudência entendem que se a lei gera efeitos concretos quando é publicada, ferindo direito subjetivo, é o mandado de segurança via adequada para impugná-la*[820].

Apesar de o julgado falar em 'adequação', para nós, caso se compreenda a inviabilidade de discutir lei em tese, estar-se-á diante de um pedido juridicamente impossível.

A súmula 268 entende não ser cabível o mandado de segurança para desconstituir coisa julgada[821]. Diante da utilização do *writ* para esse fim, haverá possibilidade jurídica no pedido?

Não abordaremos as muitas discussões que o tema possibilitaria. Registre-se apenas que, caso os tribunais entendam não ser cabível o MS para tal fim, a ação deverá ser extinta, por impossibilidade jurídica do pedido.

---

[820] ROMs n. 18971-MT, 2ª T. STJ, j. 20/10/2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 14/11/2005, p. 233.

[821] Alguns autores entendem que há possibilidade de impetração diante de decisões que contenham alguma irregularidade que conduza à própria inexistência do ato decisório (**Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ...*, p. 47).

Por fim, há que analisar a falta de possibilidade jurídica do pedido liminar contra atos do poder público no mandado de segurança coletivo[822].

A Lei nº 8.437.92 veda a concessão de liminares contra atos do Poder Público em quaisquer ações quando 'providência semelhante' não puder ser concedida em ações de mandado de segurança vista proibição legal.

Esse art. 1º, ao que parece, pretendeu evitar 'fraudes' por meio do processo, ou seja, impedir que se tente obter por outra via aquilo que a própria lei proíbe alcançar por meio do mandado de segurança.

---

[822] **José Lázaro Alfredo Guimarães** escreve sobre o tema, em *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*. Fazendo um resumo sobre a obra, temos: 1) as liminares são cabíveis, dentre outras hipóteses, nos procedimentos especiais do mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (com natureza de liminar), representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, ação cautelar (com a presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*); 2) Há necessidade de regulação especial para antecipação de tutela, quando deferida contra ato da Administração Pública, com a observância dos seguintes princípios: a) indisponibilidade dos bens públicos, b) impenhorabilidade dos bens públicos e a execução contra a Fazenda Pública mediante expedição de precatório, c) continuidade do serviço público e d) presunção de legitimidade do ato administrativo; 3) Existem proibições legais à concessão de liminar: a Lei 8.437/92 veda a concessão de liminar contra atos do poder público em ação cautelar ou qualquer outro procedimento especial, nas hipóteses em que a mesma providência é proibida em mandado de segurança (Explica o autor: "O escopo prático do dispositivo é impedir que se utilize a via cautelar ou especial como um atalho para se obter o que é vedado no mandado de segurança"); 4) "É possível (...) o legislador impor limitações à concessão de liminares, mas não ao ponto de inibir o direito fundamental à proteção judiciária, que compreende o poder geral de cautela do juiz"; 5) A limitação do § 1º não é aplicável à ação popular e a ação civil pública, que poderão conter pedido liminar, mesmo que o ato impugnado tenha sido praticado por autoridade com prerrogativa de foro; 6) Quanto à exigência legal de que no MSColetivo e na ACP, a liminar só seja deferida após audiência do representante da pessoa jurídica de direito público, não há inobservância do princípio da isonomia, já que a medida proporciona um contraditório prévio, diante de questões envolvendo interesses públicos contrapostos a interesses difusos e coletivos; mas em casos excepcionais o juiz deve afastar a incidência desta regra (*Op. cit., passim*).

Marcelo Abelha Rodrigues escreve sobre a suspensão de segurança na ação coletiva, baseado no que dispõe o parágrafo primeiro do art. 12, da LACP. Segundo o autor, após a edição da medida provisória sobre o tema, a suspensão da segurança pode ser vista da seguinte forma: "Havendo liminar (primeira ou segunda instância), proferida contra o Poder Público, a suspensão de segurança poderá ser pleiteada com fulcro nos ditames do art. 4º, *caput*, da Lei 8.437/1992; tratando-se de suspender a eficácia da sentença (obviamente nos casos em que exista risco de grave lesão) na ação civil pública, o caminho é o art. 4º, § 1º, da Lei 8.437/1992, com as alterações que foram criadas pela Medida Provisória 2.180-35, que por sua vez acabou sendo congelada pela EC n. 32. Para os que sustentam a possibilidade de suspensão da execução provisória do acórdão em última instância na ação civil pública, vale a regra do art. 4º, § 1º, da Lei 8.437/1992, por interpretação da expressão 'enquanto não transitada em julgado a sentença de mérito' " (*Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública – art. 4º da Lei 8.437/1992 e o art. 12, § 1º, da LACP*, p. 372).

No entanto, a interpretação deve ser cautelosa, já que nem tudo o que a lei proíbe obter mediante o mandado de segurança está proibido de conseguir por outras vias, cuja concessão de liminar poderá ser dada, conforme análise do caso concreto.

O § 1º desse artigo ainda impede a concessão de liminar, no juízo de primeiro grau, quando o ato de autoridade impugnado se sujeita, na via do *mandamus*, à competência originária do tribunal.

O § 2º, no entanto, diz que o conteúdo do § 1º não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

O art. 2º prevê que a concessão de liminares, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, quando cabível, será concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

O art. 12 da LACP, por sua vez, diz que o juiz pode conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia.

Não vemos nenhum impedimento para a concessão *inaudita altera pars*, desde que, é claro, não reste em prejuízo irreparável. Tudo deverá ser decidido em cada caso concreto.

A jurisprudência, na maioria, fica ao lado da impossibilidade[823]. Mas há julgados mais maleáveis, admitindo a concessão da liminar sem audiência do representante da pessoa jurídica de direito público[824].

Agora, caso a liminar esteja sendo concedida em face de pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado, ainda que no exercício de função pública, não parece haver motivo para qualquer discussão, seja em sede de mandado de segurança coletivo, seja em sede de ação civil pública (por nós denominada *ação coletiva*)[825].

10.2. Legitimidade das partes

A legitimidade das partes no mandado de segurança coletivo é o aspecto diferencial do mandado de segurança individual.

A Constituição Federal diz que podem impetrar o mandado de segurança coletivo:

- Partido Político com representação no Congresso Nacional;

[823] REsp n. 705586-SP, 1ª T. STJ, j. 18/10/2005, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 19/12/2005, p. 242; REsp n. 736313-MG, 2ª T. STJ, j. 04/04/2006, rel. Min. Castro Meira, DJU 18/04/2006, p. 194; REsp n. 220082-GO, 2ª T. STJ, j. 17/05/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 20/06/2005, p. 182; Ag. Reg. na Petição n. 2066-SP, Tribunal Pleno STF, j. 19/10/2000, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 28/02/2003, p. 007; Ag. Inst. n. 034009000174, 4ª Câmara Cível TJES, j. 19/05/2003, rel. Des. Manoel Alves Rabelo, Juis nº 44.

[824] REsp n. 439833/SP, 1ª T. STJ, j. 28/03/2006, rel. Min. Denise Arruda, DJU 24/04/2006, p. 354; Agravo de Instrumento n. 300.740-5/2 – São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 07/04/2003, v.u., rel. Des. Milton Gordo, Juis nº 44; Agravo de Instrumento em ACP n. 317.696-5/0 – Ubatuba, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 19/03/2003, v.u., rel. Des. Antonio Rulli, Juis nº 44; AI em Ação Civil Pública n. 022029000043, 1ª Câm. Cível TJES, j. 26/11/2002, rel. Des. Arnaldo Santos Souza, Juis nº 44.

[825] A jurisprudência, nesse sentido, também parece ser pacífica, v.g., Ag. Inst. n. 17653, Vara Única da Comarca de Perola, 2ª Câmara Cível TJPR, publicação 19/06/2000, Juis nº 44.

- Organização Sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A partir daí, surgem as discussões:

O partido político poderá representar, além dos interesses dos integrantes do partido, os de outras pessoas não filiadas?[826].

Não encontramos julgados permitindo que, por meio do mandado de segurança coletivo, os partidos políticos defendam interesses da coletividade como um todo. De outra sorte, pudemos localizar alguns limitando a legitimidade para a impetração do *writ* em defesa dos filiados[827].

[826] **José Carlos Barbosa Moreira** diz que o partido político pode defender, através do mandado de segurança coletivo, não só os interesses dos membros, mas também "os de todas as pessoas que sejam destinatárias de algum ponto de programa do partido ..." (*Ações coletivas na CF de 88*, p. 196-197). No mesmo sentido, **Eduardo Arruda Alvim**, para quem os partidos políticos podem impugnar quaisquer interesses, podendo exceder o universo de interesses dos filiados do partido (*Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, p. 51). **José Rogério Cruz e Tucci** diz que "será possível a impetração de mandado de segurança coletivo por partido político, com representação no Congresso Nacional, não só em defesa de interesses de seus filiados, ou seja, da comunidade partidária, como também (...) para a proteção dos membros da comunhão social, desde que pertencentes à determinada categoria ..." (*'Class action' e mandado de segurança coletivo*, p. 41). **Teori Albino Zavascki** diz ser "bem compreensível, pois, e bem adequada à natureza dos Partidos, a sua legitimação para impetrar segurança coletiva, mesmo em defesa de direitos de não-filiados" (*Defesa dos direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 40, RePro nº 78). **Ricardo Castilho** opina pela interpretação ampliativa, podendo defender interesses que não somente o dos seus correligionárias (*Acesso à justiça ...*, p. 112). No mesmo sentido, **Alexandre de Moraes** (*Direito constitucional*, p. 176).

[827] "Quando a Constituição Federal autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizam o mesmo a impetrar o mandado de segurança em nome deles" (MS n. 197-DF, STJ, DJU 20/08/90); "O mandado de segurança coletivo visa a proteger direito de pessoas integrantes da coletividade do impetrante. Distinguem-se, assim, da ação constitucional que preserva direito individual, ou difuso. O partido político, por essa via, só tem legitimidade para postular direito de integrante de sua coletividade" (RMS n. 2423-PR, STJ, DJU 22/11/93).

A doutrina se divide. A maioria[828], no entanto, entende que a legitimidade do Partido Político não deve ficar restrita à defesa dos filiados e que o Partido poderá defender quaisquer direitos coletivos, de qualquer natureza. Compartilhamos desse posicionamento. O Partido Político, apesar de pessoa jurídica de direito privado, recebeu da legislação constitucional e infraconstitucional, como vimos, autorização para defender os interesses gerais da coletividade, que se relacionem com a democracia e com os direitos fundamentais, razão por que não cabe diminuir seu papel na sociedade.

E o partido político sem representação no Congresso Nacional terá legitimidade?

Nesse caso, somos adeptos da interpretação gramatical, ou seja, o Partido Político só terá legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo se tiver representação no Congresso, ainda que apenas de um representante[829].

---

[828] **José Carlos Barbosa Moreira**, *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 197; **Ada Pellegrini Grinover**, *Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*, p. 100; **Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 286; **José Rogério Cruz e Tucci**, *Class action e mandado de segurança coletivo*, p. 41; **Pedro da Silva Dinamarco**, *Ação civil pública*, p. 22; **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**, *Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 114-116; **José Lázaro Alfredo Guimarães**, *As ações coletivas e as liminares ...*, p. 69; **Inácio de Carvalho Neto**, *Manual de processo coletivo*, p. 202; **Alexandre de Moraes**, *Direito constitucion*al, p. 149-150; **José da Silva Pacheco**, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 321-322; **Cássio Scarpinella Bueno**, *A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: CF/88, art. 5º, LXX*, p. 202; **Lúcia Valle Figueiredo**, *Mandado de segurança*, p. 42; **Eduardo Arruda Alvim**, *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, p. 51; **Teori Albino Zavascki**, *Defesa dos direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 40, RePro nº 78.

[829] Essa a opinião de **Nelson Nery Jr.** (*Mandado de Segurança coletivo...*, p. 156).

Mas há quem se manifeste de forma contrária, opinando pela legitimação do partido político ainda que sem representação no Congresso (**Ivan Lira de Carvalho**, *O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos*, p. 83-84).

Quanto às organizações sindicais[830], entidades de classe[831] e associações, poderão estas representar os interesses de pessoas que não são membros integrantes?

Deverá haver pertinência temática com suas finalidades para que tais pessoas sejam consideradas legitimadas para impetrar o *writ*?

É necessária a autorização expressa dos sindicalizados ou associados?

E quanto à constituição há pelo menos 1 ano, é possível dispensá-la?

Respondendo às perguntas, pensamos que, primeiramente, não há necessidade de autorização expressa dos associados ou sindicalizados, já que não se trata da hipótese de representação[832]. Portanto, no que se refere à autorização, ela é desnecessária[833], dado que, não há que confundir

---

[830] **Ricardo Raboneze** destaca a distinção entre a organização sindical e os sindicatos propriamente ditos, mas ressalta que para fins de mandado de segurança coletivo esta diferenciação não tem importância: "... organização sindical – assim considerada em seu arcabouço constitucional e infraconstitucional – e o sindicato – órgão de atuação propriamente dito" (*Mandado de segurança coletivo – Legitimação – Coisa julgada – Execução*, p. 60-61).

[831] **Alfredo Buzaid** define entidade de classe como "... uma sociedade constituída por pessoas que se reúnem livremente para realizar seus objetivos comuns, com observância do estatuto, que rege sua criação e funcionamento ..." (*Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*, p. 108, São Paulo: Saraiva, 1992). Para **Ada Pellegrini Grinover**, a "... expressão entidade de classe indica algo transcendente às entidades representativas de categorias profissionais, para abranger qualquer coletividade de pessoas que se reúnam em torno de objetivos comuns, exatamente no sentido que a *common law* confere às *class actions*" (*Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*, p. 98).

[832] Essa a opinião de alguns autores: **Sérgio Ferraz**, *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*, p. 38, 1996; **Inácio de Carvalho Neto**, *Manual de processo coletivo*, p. 44; **Eduardo Arruda Alvim**, *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, p. 52-53; **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**, *Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 113-114; **José Rogério Cruz e Tucci**, *Class action' e mandado de segurança coletivo*, p. 42; **Rodolfo de Camargo Mancuso**, U*ma análise comparativa entre...*, p. 19; **Hely Lopes Meirelles**, *Mandado de segurança ...*, p. 27.

[833] **Pedro da Silva Dinamarco**, apesar de opinar pela não-exigência de autorização expressa dos substituídos, pende para a necessidade de uma autorização genérica e abstrata, que, segundo ele, deverá estar contida nos estatutos, para a defesa daquele tipo de interesse (*Ação civil pública*, p. 22). **Lúcia Valle Figueiredo** assume

representação com legitimidade nem com substituição[834]. Quando o sindicato ou a associação estiver agindo como representante de seus integrantes, cumprirá haver autorização, dispensável, contudo, para a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, já que a própria legislação processual coletiva não se preocupa com a exigência e ainda porque tal imposição afrontaria a essência da legitimidade coletiva. Pela mesma razão, dispensa-se a relação nominal dos substituídos[835].

Não pensa diferente o Superior Tribunal de Justiça[836], *in verbis*:

---

uma posição diferenciada, ao compreender que, "se nos estatutos da associação já se contiver permissão dos associados para que esta os represente judicialmente, para que a sociedade busque a defesa de seus direitos (entendidos estes direitos não como os individuais dos associados, mas os coletivos) e, desde que não prevista a necessidade de convocação de assembléia, afigura-se-nos despicienda a autorização. Esta já teria sido dada. Doutra parte, se qualquer previsão houver nos estatutos, deverá a associação realizar assembléia para aprovação preliminar dos associados. Este deve ser o correto entendimento da expressão 'estar devidamente autorizada'. A jurisprudência é forte nesse sentido, ..." (*Mandado de segurança*, p. 38). **Teori Albino Zavascki**, apesar de opinar pela dispensa de qualquer autorização, seja individual ou seja de assembléia, afirma que "ao impetrante, substituto processual, incumbirá, no entanto, fixar exatamente o âmbito de sua representatividade e os seus objetivos existenciais, elementos esses indispensáveis para demonstrar o interesse processual, para estabelecer os limites da legitimação e para identificar: a) os substituídos atingidos pela sentença; b) a autoridade impetrada; c) o juízo competente" (*Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 41, RePro nº 78). **Cássio Scarpinella Bueno** entende que a exigência de demonstrar ata de assembléia em que se decidiu pelo ingresso da ação atende a questões de ordem prática e jurídica (*As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 125).

[834] **Thereza Christina Nahas** entende que o sindicato não age como substituto, na impetração do mandado de segurança coletivo, e sim como legitimado para a ação coletiva , ou seja, com legitimação processual autônoma (*Legitimidade ativa dos sindicatos na defesa dos direitos individuais homogêneos no processo do trabalho*, p. 173 e 179).

[835] A juntada da relação nominal descaracterizará a ação como coletiva, evidenciando hipótese de representação: "Não se configura, na espécie, substituição processual, pelo simples fato de que o sindicato, ao juntar o rol dos servidores beneficiários, restringiu a demanda a uma tutela *inter partes*, não se podendo, destarte, classificar a lide dentre aquelas coletivas *lato sensu*, da qual são espécies as que defendem interesses difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos" (REsp n. 672726-RS, 6ª T. STJ, j. 27/10/2004, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 16/11/2004, p. 343).

[836] Decisões nesse sentido: RMS n. 16.137–RJ, j. 26.08.03, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 10.11.2003; REsp n. 132906-MG, 3ª T., j. 06/06/2003, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 25/08/2003, p. 295; REsp n. 530201-RS, 1ª T., j. 09/09/2003, rel. Min. José Delgado, DJU 20/10/2003, p. 229; Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança n. 14849-SP, 5ª T., j. 18/03/2004, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 28/06/2004, p. 342; REsp n. 547690-RS, 5ª T., j. 04/05/2004, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 28/06/2004, p. 396; REsp n. 487202-RJ, 1ª T., j. 06/05/2004, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 24/05/2004, p. 164; REsp n. 489179-BA, 1ª T., j. 29/06/2004, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 23/08/2004, p. 122; REsp n. 624340-PE, 1ª T., j. 9/06/2004, rel. Min. José Delgado, DJU 27/09/2004, p. 260; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 507622-MS, 5ª T., j. 28/09/2004, rel. Min. Laurita Vaz, DJU

> *PROCESSUAL – SINDICATO – LEGITIMIDADE – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – INTERESSES COLETIVOS – INTERESSES INDIVIDUAIS – AUTORIZAÇÃO – DESNECESSIDADE – ART. 5º XXI DA CF – NÃO-INCIDÊNCIA.*
> *I – Quando pedem Mandado de Segurança coletivo, em favor de seus associados, os sindicatos não os representam mas os defendem, como substitutos processuais. Por isso, não dependem de autorização dos substituídos;*
> *II – A defesa dos associados, pelo sindicato, envolve, tanto os interesses coletivos, quanto os individuais da categoria;*
> *III – A legitimação do sindicato, para requerer Mandado de Segurança coletivo, em defesa de seus membros, tem como pressuposto, apenas, a circunstância de a entidade estar 'legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano';*
> *IV – A restrição estabelecida pelo Art. 5º, XXI da Constituição Federal não incide em relação ao sindicato.*

O tema, aliás, já foi até sumulado pelo STF: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes" (Súmula 629).

Apesar de a súmula falar em 'entidade de classe', parece ter sido intenção da Corte Suprema estender referido entendimento às associações e às organizações sindicais[837].

25/10/2004, p. 375; REsp n. 693423-BA, 1ª T., j. 15/09/2005, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 26/09/2005, p. 229; Recurso Especial n. 625078-PB, 5ª T., j. 25/10/2005, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 21/11/2005, p. 277; MS n. 7993-DF, 3ª Seção, j. 09/11/2005, rel. Min. Laurita Vaz, DJU 23/11/2005, p. 155.

[837] "Na segurança coletiva, o sindicato tem legitimação extraordinária, atuando como substituto processual, sem necessidade de autorização expressa" (Ag. Reg. no rec. Extraordinário n. 348973-DF , 1ª T., j. 23/04/2004, rel. Min. Cezar Peluso, DJU, 28/05/2004, p. 038); "As associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano têm legitimidade, como substituto processual, para defender, na via do mandado de segurança coletivo, os interesses dos associados, não cabendo exigir autorização específica para agir" (Recurso Extraordinário n. 364051-SP, 1ª T., j. 17/08/2004, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 08/10/2004, p. 009).

Muito embora a maioria dos julgados decida pela dispensa da autorização, há aqueles que exigem uma espécie de autorização geral, constante do estatuto[838].

O aspecto da *pertinência temática*[839] nos parece importante, merecendo, no caso concreto, análise atenta de sua necessidade, com especificações. Consideramos perfeitamente possível, v.g, que uma associação estabeleça nos seus estatutos finalidade genérica na defesa de interesses coletivos[840].

---

[838] É o que decidiu o STJ, quando do julgamento de um agravo regimental em sede de recurso especial: "A associação, entidade de classe ou entidade sindical, regularmente constituídas e em funcionamento, podem propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses das categorias que representam, independentemente de autorização especial, bastando a constante do estatuto" (AG. no REsp n. 506692-RS, 1ª T., j. 05/10/2004, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 16/11/2004, p. 189). No mesmo sentido, quando do julgamento de um mandado de segurança: "Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o sindicato regularmente constituído e em normal funcionamento tem legitimidade para, na qualidade de substituto processual, postular em juízo em nome da categoria, independentemente de autorização expressa, bastando a existência de cláusula específica no respectivo estatuto. Nesta hipótese, trata-se de legitimação extraordinária, nos termos do art. 5º, LXX, 'b' da Constituição Federal. Precedentes. *In casu*, não há a legitimidade ativa, tendo em vista que o sindicato impetrante não está expressamente autorizado pelo seu estatuto a representar judicialmente os pensionistas dos policiais civis do extinto Território Federal de Rondônia, não existindo qualquer cláusula relativa a referida substituição processual" (Mandado de Segurança n. 7414-DF, 3ª seção, j. 14/05/2003, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 09/06/2003, p. 168).

[839] **Gregório Assagra de Almeida** entende que a legitimidade para a impetração do mandado de segurança depende da pertinência temática com as finalidades associativas (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 287). No mesmo sentido, **Alexandre de Moraes** declara haver necessidade de que o sindicato ou a associação demonstrem pertinência temática com os seus objetivos institucionais (*Direito constitucional*, p. 169). Não pensa diferente **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas** (*Mandado de Segurança – legitimação ativa*, p. 114). **Nelson Nery Jr.**, em um posicionamento mais flexível, entende que tanto o sindicato como as associações podem indicar em seus estatutos outras finalidades, a que ele chama de *secundárias*, ao lado das principais, que são as *primárias* (*Ação civil pública no processo do trabalho*, p. 573-574). **José Lázaro Alfredo Guimarães** diz ser preciso indicar o liame entre a atuação da entidade e o interesse perseguido, mas que esse fato é indicativo do interesse processual (*As ações coletivas e as liminares ...*, p.73). **Eduardo Arruda Alvim** diz ser "necessário que exista correspondência do interesse que se pretende tutelar com os fins institucionais da associação, entidade de classe ou sindicato" (*Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, p. 53).**Teori Albino Zavascki** diz que as entidades só podem defender aquele direito que "guardar relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser (finalidades, programas, objetivo institucional) da pessoa jurídica impetrante", de onde se evidenciará não somente a legitimidade como também o interesse (*Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 39, RePro nº 78).

[840] **Nelson** e **Rosa Nery** pensam assim (*CPC comentado*, p. 1138).

Há decisões nesse sentido, mas a maioria exige a pertinência temática específica[841].

De qualquer forma, a discussão da pertinência, já o dissemos, direciona-se ao interesse processual e não à *legitimatio ad causam*.

A constituição há pelo menos um ano aplica-se não só às associações como aos sindicatos[842] e entidades de classe. Em contrapartida, a dispensa não poderá ocorrer em relação a todas elas, na impetração do mandado de segurança coletivo, visto o disposto na Constituição Federal.

Há decisões judiciais também que opinaram pela extinção do processo por ilegitimidade, por falta de comprovação de existência jurídica da entidade de classe[843]. Tomamos por acertada a decisão[844], contanto que o órgão julgador tenha dado oportunidade de juntada da prova e tal exigência não tenha sido cumprida.

---

[841] "As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencialidade com os fins institucionais do Sindicato demandante" (REsp n. 487202-RJ, 1ª T. STJ, j. 06/05/2004, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 24/05/2004, p. 164).

[842] "Para poder impetrar mandado de segurança coletivo o sindicato precisa estar constituído há mais de um ano" (**Nelson** e **Rosa Nery**, *CPC comentado*, p. 1138).

[843] É o que pensou o STJ no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança, pela 6ª Turma, julgado em 18/08/2005, tendo por relator o Min. Teori Albino Zavascki, com publicação no DJU em 12/09/2005, p. 369, e, também, no julgamento de dois Recursos Especiais, ao opinar pela ilegitimidade do sindicato, por não estar o mesmo registrado no Ministério do Trabalho (584474-BA, 5ª Turma, j. 16/09/2004, rel. Min. Laurita Vaz, DJU 11/10/2004, p. 372 e 503963-DF, 5ª Turma, j. 20/05/2003, rel. Min. Felix Fischer, DJU 30/06/2003, p. 310).

[844] A dúvida é apenas de enquadramento: pensar talvez em descumprimento de pressupostos processuais em lugar da condição de legitimidade.

Há que questionar, também, se é necessário que a pretensão veiculada no mandado de segurança pela entidade de classe, organização sindical ou associação veicule toda a categoria.

Pensamos que não existe tal necessidade. Diz expressamente o legislador constituinte que podem defender os interesses individuais e coletivos da categoria, mas não 'de toda a categoria'[845].

A maioria das decisões judiciais parece direcionar-se nesse sentido[846]. Encontramos, porém, um julgado que opinou pela ilegitimidade do sindicato que pretendia defender o interesse de três dos seus filiados, *in verbis*:

---

[845] Tal é o teor da Súmula 630 do STF: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria".

[846] "O respectivo sindicato, regularmente constituído e em normal funcionamento, tem legitimidade para impetrar ação de mandado de segurança coletivo, ainda que esteja visando uma parte de seus representantes, sendo desnecessária, na hipótese, a autorização expressa" (REsp n. 304188-RS, 1ª T. STJ, j. 18/11/2003, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 28/04/2003, p. 238); "As associações e sindicatos possuem legitimidade ativa para impetrarem mandado de segurança coletivo, mesmo quando defendam interesse de parte da categoria, desde que se tratem de interesses coletivos e atinentes à expressiva maioria dos associados e sindicalizados" (RO no MS n. 15624-PR, 6ª T. STJ, j. 15/09/2005, rel. Min. Paulo Medina, DJU 03/10/2005, p. 330); "Possibilidade de defesa de interesses de apenas alguns associados, desde que não sejam divergentes dos interesses do restante da categoria" (RO no MS n. 19803-MG, 6ª T. STJ, j. 23/08/2005, rel. Min. Paulo Medina, DJU 10/10/2005, p. 437); "O Sindicato tem legitimidade ativa para ajuizar mandado de segurança em nome de seus filiados impedidos de participar do processo seletivo. Conflito inexistente com os demais filiados que participaram do concurso" (Recurso Extraordinário n. 284993-ES, 2ª T. STF, j. 15/02/2005, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 04/03/2005, p. 036); "Tratando-se de mandado de segurança coletivo, a CF não o limitou à defesa dos interesses que cubram somente todos os membros ou associados das entidades previstas em seu art. 5º LXX. Admite-se, portanto, o remédio heróico diante do universo que pode atingir todos os associados ou parte deles" (RT 661/66); "Os direitos resguardáveis pelo mandado de segurança coletivo transferidos à titularidade de sindicatos, entidades de classe ou associações não serão exclusivamente os de toda classe ou categoria, porque essa contenção do instituto sequer se concilia com a letra da cláusula constitucional, que alude aos interesses dos integrantes dessas organizações, não aos interesses que envolvam todos esses membros ou, mesmo, da 'classe' como pessoa distinta, absorvendo claramente os interesses de parte dessa comunidade, desde que com abrangência suficiente para assumir a condição de coletivos ('acidentalmente coletivos')" (RT 657/74).

Não é como se posiciona **Hely Lopes Meirelles**: "..., o mandado de segurança coletivo não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns filiados de partido político, de sindicato ou de associação, mas sim da categoria, ou seja, da totalidade de seus filiados, que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender em juízo" (*Mandado de segurança* ..., p. 25).

> *Carece de legitimidade o Sindicato, no entanto, para impetrar o **writ** para defesa de direito subjetivo, individual de três dos seus filiados, como **in casu***[847].

Também pensamos que, para ser beneficiada da decisão proferida no *writ* coletivo, a pessoa não precisa necessariamente ser associada, bastando que pertença àquela categoria, àquela classe ou àquele grupo[848].

Em uma decisão judicial, o Superior Tribunal de Justiça mandou estender os efeitos da coisa julgada a todos os poupadores daquele Estado e não somente aos vinculados à associação proponente da ação coletiva[849].

Interessante ainda decisão que opinou pela ilegitimidade do sindicato, visto prejuízo para parcela dos sindicalizados, *in verbis*:

> *Na hipótese, onde eventual concessão da ordem impetrada por entidade sindical possa trazer prejuízo para uma parcela dos sindicalizados, é de ser confirmada a decisão que extinguiu o feito por ilegitimidade ativa*[850].

---

[847] Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 19548-MS, 5ª T. STJ, j. 05/05/2005, rel. Min. Felix Fischer, DJU 01/07/2005, p. 571.

[848] Esse também o entendimento do STJ: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 435851-PE, 1ª Turma, j. 06/05/2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 19/05/2003, p. 130; REsp n. 132502-RS, 4ª Turma, j. 26/08/2003, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 10/11/2003, p. 193; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 651038-PR, 3ª Turma, j. 03/08/2004, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 23/08/2004, p. 237; no entanto, em outro julgamento, o STJ opina pela necessidade da filiação: Ag. no REsp n. 672810-PR, 1ª Turma, j. 19/05/2005, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 01/07/2005, p. 410.

[849] "Porquanto a sentença proferida na ação civil pública estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15/06/87 e 15/01/89, a eles devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada, e não somente aos poupadores vinculados à associação proponente da ação" (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 601827-PR, 3ª T. STJ, j. 21/10/2004, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 22/11/2004, p. 339).

[850] RO no MS n. 19935-SP, 5ª T. STJ, j. 15/09/2005, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 17/10/2005, p. 321.

Ainda, em sede de legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança coletivo, resta a dialética: será que os demais legitimados terão legitimidade ativa para impetrar o mandado de segurança coletivo?

Alguns autores[851] entendem que os demais legitimados também podem impetrar o mandado de segurança coletivo. Concordamos. O mandado de segurança coletivo é uma espécie de ação coletiva e, portanto, pode ser impetrado por todos os demais legitimados.

[851] **Nelson Nery** fala na legitimidade do Ministério Público para a impetração do *mandamus* (*O ministério público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo*, p. 246). **Gregório Assagra Almeida** diz que o Ministério Público é legitimado para impetrar o mandado de segurança coletivo, já que o art. 127 da Constituição Federal o autoriza, bem como aos demais legitimados coletivos, e que o rol do inciso LXX, da CF, é apenas exemplificativo (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 273, nota 517, p. 279 e p. 286). **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**, na mesma direção, opina pela legitimidade do MP para a impetração do mandado de segurança coletivo (*Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 105). Nessa linha, **Sérgio Ferraz** (*Mandado de Segurança - individual e coletivo: aspectos polêmicos*, p. 80.) e **Hugo Nigro Mazzilli** (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 205) falam em legitimidade do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público, para o mandado de segurança coletivo. **Eduardo Arruda Alvim** opina pela legitimidade de todos os co-legitimados na impetração do mandado de segurança coletivo (*Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, p. 54). **Celso Antônio Pacheco Fiorillo**, **Marcelo Abelha Rodrigues** e **Rosa Maria Andrade Nery** acompanham essa idéia (*Direito processual ambiental brasileiro*, p. 198-200). **Lúcia Valle Figueiredo** admite também a impetração pelo Ministério Público (*Partidos políticos e mandado de segurança coletivo*, p. 39). **José Antônio Remédio** aponta ainda a legitimidade do Ministério Público (*Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 523). **Teori Albino Zavascki** diz que o rol dos legitimados a impetrar segurança coletiva constitui um núcleo mínimo de legitimação, que não deve e não pode ser reduzido ou limitado pelo legislador ordinário (*Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 41, RePro nº 78). **Teresa Cristina de Deus** entende que "..., a Constituição Federal, ao regular a legitimidade ativa nos mandados de segurança coletivos de forma não taxativa, mas exemplificativa, teria seguido de perto as diretrizes consolidadas em nosso direito positivo desde a edição da Lei 7.347/85 e aperfeiçoada pela Lei 8.078/90, que instituiu um rol heterogêneo de entidades legítimas para defenderem interesses coletivos *stricto sensu*" (*Mandado de segurança coletivo*, p. 175).

Outros, no entanto, restringem a legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança coletivo ao rol da Constituição Federal. Nesse sentido: **Pedro da Silva Dinamarco** (*Ação civil pública*, p. 21), **José Lázaro Alfredo Guimarães** (*As ações coletivas e as liminares ...*, p. 71), **Christianine Chaves Santos** (*Ações coletivas & coisa julgada*, p. 123, nota 275), **José Rogério Cruz e Tucci** (*'Class action' e mandado de segurança coletivo*, p. 49-50), **Luiz Alberto Gurgel de Faria** (*Mandado de segurança coletivo: legitimação e interesse*, p. 38), **Luiz Fernando Bellinetti** (*Mandado de segurança coletivo*, p. 210), **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ...*, p. 200) e **Sérgio Shimura**, que diz que as pessoas jurídicas de direito público não têm legitimidade para ajuizar mandado de segurança coletivo (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 84).

Os tribunais se dividem quanto à legitimidade além do previsto na Constituição e o STF já se posicionou pela ilegitimidade de um Estado-membro da Federação[852].

Quanto às pessoas físicas que, indiretamente, sofreram danos ou restrições em seus direitos, em virtude da ilegalidade e da abusividade, entendemos ainda que poderão ingressar como assistentes simples, mas não como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais, já que não teriam a legitimidade para o mandado de segurança coletivo, salvo se a ação estiver discutindo direitos individuais homogêneos, quando deverá ser aplicada a regra do art. 94 do CDC.

A legitimidade passiva será do agente coator[853], ou seja, da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público[854], não da pessoa jurídica de direito público, propriamente dita, como defendem alguns[855].

---

[852] RT 669/215.

[853] Nesse sentido, **Gregório Assagra de Almeida** (O*p. cit*., p. 283) e **Inácio de Carvalho Neto** (*Manual de processo coletivo*, p. 208).

Cândido Rangel Dinamarco diz ser a autoridade coatora aquela que tenha poder decisório e não necessariamente quem praticou materialmente o ato (*As partes no mandado de segurança – Impetrante. Impetrado. Personalidade jurídica e personalidade judiciária. Assistente simples e litisconsorcial. Litisconsorte*, p. 208).

[854] **Gregório Assagra de Almeida** destaca a evolução da legislação nesse aspecto, ao permitir a impetração do mandado de segurança também contra atos de pessoas jurídicas de direito privado, mas na função do poder público. O autor apresenta, no entanto, ressalva, no que se refere aos atos de mera gestão, os quais não serão abarcados. A permissão é, portanto, somente para os atos de império (*Direito processual coletivo*, p. 284).

[855] **Sérgio Ferraz** (*Mandado de segurança – individual e coletivo, aspectos polêmicos*, p. 52).

Como autoridade[856], podemos destacar os representantes ou administradores das entidades autárquicas e pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público.

> *A autoridade que deve figurar como coatora na impetração é aquela que praticou a ação ou omissão lesiva ao direito do impetrante, bem como detém poderes para corrigir a ilegalidade*[857].

Como dissemos acima, alguns autores defendem a legitimidade passiva da pessoa jurídica de direito público. Preferimos entender que, quando muito, a pessoa jurídica poderá compor o pólo passivo em litisconsórcio facultativo ou ingressar posteriormente como assistente litisconsorcial, mas nunca integrar sozinha esse pólo, o que, a nosso ver, conduzirá à extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta da condição da legitimidade passiva[858].

---

[856] "..., autoridade pública, para efeitos de sujeito passivo em sede de *mandado de segurança*, é todo aquele que tem poder para determinar o cumprimento e ao mesmo tempo a suspensão do ato comissivo ou omissivo impugnado. Portanto, aqueles que praticam meros atos executórios, mesmo que integrantes da administração pública, não podem ser sujeitos passivos no *mandamus*" (**Gregório Assagra de Almeida**, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 282-283).

Nessa linha, **Hely Lopes Meirelles** diz ser preciso distinguir a autoridade pública do simples agente público; sendo que, para o autor, somente a autoridade pública, que é detentora do poder de decisão, é legitimada passiva, enquanto o agente público pratica meros atos executórios e, por isso, não responde ao mandado de segurança; para fins de mandado de segurança coletivo, ensina o autor, "consideram-se atos de autoridade não só os emanados das autoridades públicas propriamente ditas como, também, os praticados por administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais e, ainda, os de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas, como são os concessionários de serviços de utilidade pública ..." (*Mandado de Segurança* ..., p. 33-34).

"Não é autoridade coatora a que não pode corrigir o ato inquinado de ilegal" (STJ, **Theotonio Negrão**, *CPC e legislação processual em vigor*, nota 47 do artigo 1º da Lei do Mandado de Segurança, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998).

[857] Mandado de segurança n. 8701-DF, 3ª Seção STJ, j.12/03/2003, rel. Min. Felix Fischer, DJU 28/04/2003, p. 170.

[858] **Gregório Assagra de Almeida** entende que o legitimado passivo é a autoridade coatora, que atuará como legitimada extraordinária. Para o autor, "nada impede que a pessoa jurídica de direito público, ao tomar conhecimento da demanda, ingresse em juízo como assistente litisconsorcial da autoridade coatora, até porque a Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, dispõe em seu art. 3º: 'As autoridades administrativas, no prazo de 48 horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou

O que acontecerá se a autoridade for indicada erroneamente?

O processo será extinto sem apreciação do mérito, por falta da condição da legitimidade *ad causam*. No entanto, nada impede que o juiz determine a correção do pólo passivo antes de decidir pela extinção do processo.

Poderão outras pessoas compor o pólo passivo?

Não só poderá como deverá compor o pólo passivo no mandado de segurança coletivo toda pessoa a quem afete a concessão da segurança, ou seja, todo beneficiado pelo ato abusivo.

10.3. Interesse processual

É na análise do interesse processual que também se verificará a necessidade pela via coletiva para a impetração do mandado de segurança.

Essa necessidade do *mandamus* coletivo restará demonstrada desde que se insurja contra ilegalidade ou abuso de poder e vise à proteção de direitos coletivos (quaisquer)[859] líquidos e certos[860].

---

entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder' " (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 283, nota 534).

[859] Há quem entenda que a utilização do mandado de segurança coletivo só é viável quando envolva os direitos individuais homogêneos e não as demais espécies de direitos coletivos. Essa é a opinião de **Athos Gusmão Carneiro** (*O mandado de segurança coletivo como garantia dos cidadãos*, p. 226). O autor diz ser inadmissível a utilização do mandado de segurança coletivo para proteção dos direitos difusos (*O mandado de segurança coletivo e suas características básicas*, p. 38). Da mesma opinião, **Ovídio Baptista da Silva** (*Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesses difusos?*, p. 144). **Uadi Lammêgo Bulos** diz que os direitos difusos não podem ser objeto de mandado de segurança coletivo, por não poderem ser comprovados

documentalmente na petição inicial, visto a amplitude (*Constituição Federal anotada*, p. 312). **Hely Lopes Meirelles** também exclui os direitos difusos do alcance do mandado de segurança coletivo (*Mandado de segurança ...*, p. 26). O mesmo autor afirma que o mandado de segurança coletivo "não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns filiados de partido político, de sindicato ou de associação, mas sim da categoria, ou seja, da totalidade de seus filiados, que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender em juízo" (*Mandado de segurança ...*, p. 25). **José Rogério Cruz e Tucci** entende que o mandado de segurança coletivo se presta somente para a tutela dos direitos coletivos (sentido restrito) (*Class action e mandado de segurança coletivo*, p. 40-50). **Celso Ribeiro Bastos** parece considerar o mandado de segurança útil apenas para os direitos coletivos no sentido restrito, ao declarar que "o elemento nuclear do mandado de segurança coletivo reside no objeto, que há de consistir na defesa de um direito coletivo. Entende-se por direito coletivo aquele que afeta todo um agrupamento de pessoas, unificadas por uma situação fática assemelhada, assim como definidas por um traço jurídico, que permite apartá-las e isolá-las enquanto grupo. É, enfim, o interesse global de uma categoria. O que se quis foi facilitar o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados sem necessidade de mandado especial" (*Curso de direito constitucional*, p. 241). **Lúcia Valle Figueiredo** entende que tanto os direitos difusos como os coletivos em sentido restrito podem ser objeto do mandado de segurança coletivo (*Breves reflexões sobre o mandado de segurança no novo texto constitucional*, p. 24); a autora fala nos direitos coletivos e difusos, mas não faz menção aos individuais homogêneos; embora, fale da possibilidade do Ministério Público impetrar o mandado de segurança coletivo para a defesa dos direitos indisponíveis (*Mandado de segurança*, p. 33 e 43). **Milton Flaks** limita a utilização do *writ* coletivo à defesa dos direitos subjetivos dos grupos, classes ou categorias (*Instrumento de defesa coletiva dos contribuintes*, p. 46). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que o mandado de segurança coletivo só tutela interesses coletivos (*Ação civil pública*, p. 23). **Teori Albino Zavascki** diz que somente os interesses individuais podem ser objeto do mandado de segurança coletivo : " O que há de novo é apenas uma forma de defesa coletiva de direitos individuais, e não uma forma de defesa de direitos coletivos. Se o propósito, no mandado de segurança coletivo, tivesse sido o de viabilizar a tutela de direitos coletivos, não se poderia compreender que entre os legitimados a utilizá-lo não estivesse o Ministério Público, (...). Sua exclusão, na verdade, evidencia mais uma vez que o mandado de segurança coletivo é instrumento de defesa de direitos individuais, defesa que, em princípio, é incompatível com as atribuições constitucionais do Ministério Público (CF, art. 127)" (*Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 39, RePro nº 78); em trabalho posterior, complementa o autor: "... não há como negar que a grande e primordial inovação produzida pelo inciso LXX do art. 5º da Constituição foi a de transformar o mandado de segurança em instrumento, não propriamente para tutela de direitos coletivos, e sim para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais" (*Processo coletivo*, p. 211).

Nesse sentido, em alguns casos, a Jurisprudência: "No que concerne ao objeto protegido pelo mandado de segurança coletivo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS nº 21.291 (AgRG)-DF, Relator o Sr. Ministro Celso de Mello, decidiu que a segurança coletiva visa a proteger, apenas, interesses que configurem direitos subjetivos. O meu entendimento pessoal a respeito do tema é diverso. No voto que proferi quando do julgamento do citado MS º 21.291 (...), deixei expresso o meu entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos. Fiquei vencido, entretanto" (Voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE n. 181.438-SP, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 162, p. 1108 ss, dez/1997).

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas não só considera viável a impetração do *writ* coletivo para todas as categorias de direitos coletivos, como até exemplifica a utilização do *mandamus* numa hipótese de direitos difusos: "uma entidade associativa de defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico, artístico e paisagístico, munida de pareceres e laudos técnicos, pode muito bem atacar um ato administrativo – digamos, um decreto – de Prefeito Municipal autorizador da demolição de um prédio tombado pelo Patrimônio Histórico Nacional – v.g., um próprio (sic) municipal - para construção de um novo terminal rodoviário" (*Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 107, 111 e 112). No mesmo sentido, **Luiz Manoel Gomes Júnior** (*Curso de direito processual coletivo*, p. 20), **Antonio Gidi** (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 79) e **José da Silva Pacheco**, para quem, embora, em princípio, pudesse parecer que o mandado de segurança não tivesse utilidade para os direitos difusos, por não poderem os mesmos se configurar como direitos líquidos e certos, na verdade, "tendo a Constituição de 1988 declarado, expressamente, os direitos e deveres individuais e coletivos, como se vê da epígrafe do Capítulo I do seu Título II; e tendo enunciado, literalmente, que 'todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado' (art. 225), parece-nos que, não só cada pessoa residente no País tem esse direito líquido e certo, mas todos ou cada grupo intermediário da sociedade" (*O mandado de segurança e*

Diante de tais afirmações, parece que faltará interesse processual se o mandado de segurança coletivo for impetrado a fim de defender direitos líquidos e certos individuais[861] e vice-versa[862].

---

outras ações constitucionais típicas, p. 312-313). Acompanhando essa linha, **José Antonio Remédio** (*Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 482-483). Outros autores confirmam a utilidade do mandado de segurança coletivo para todas as espécies de direitos coletivos: **Ada Pellegrini Grinover** (*Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*, p. 100), **Celso Agrícola Barbi** (*Mandado de segurança na Constituição de 1988*, p. 7-12), **Ivan Lira de Carvalho** (*O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos*, p. 84), **Teresa Arruda Alvim Wambier** (*Apontamentos sobre as ações coletivas*, p. 278), **Alexandre de Moraes** (*Direito constitucional*, p. 177), **Ricardo Castilho** (*Acesso à justiça ...*, p. 115) e **Teresa Cristina de Deus** (*Mandado de segurança coletivo*, p. 171).

[860] Pela corrente majoritária, direitos líquidos e certos equivalem à condição de incontestabilidade dos fatos alegados e os próprios fatos alegados constitutivos do direito cuja tutela jurisdicional se pretende, respectivamente.

Interessante ainda mencionar, acerca dos direitos líquidos e certos, opinião de **José Afonso da Silva**: "O requisito do *direito líquido e certo será sempre exigido quando a entidade impetra o mandado de segurança coletivo na defesa de direito subjetivo individual*. Quando o sindicato usá-lo na defesa de *interesse coletivo* de seus membros e quando os partidos políticos impetrarem-no na defesa *de interesse coletivo difuso* exigem-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta" (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 461).

Luiz Fernando Bellinetti fala em impossibilidade jurídica do pedido, ao se referir às condições de certeza e liquidez (*Mandado de segurança coletivo*, p. 215).

Sérgio Ferraz, diz que a liquidez e a certeza equivalem a uma condição especialíssima que, diante da ausência, conduzirá a extinção do processo com julgamento do mérito (*Mandado de segurança - individual e coletivo*: *aspectos polêmicos*, p. 25).

[861] **Nelson Nery Jr.** entende que o mandado de segurança coletivo também pode ser impetrado para defesa dos direitos individuais: "... o instituto constitucional do mandado de segurança coletivo se presta à tutela dos direitos *individuais*, *difusos* e *coletivos*, ..." (*Mandado de Segurança Coletivo – Instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – Partidos políticos – Legitimidade ad causam* - parecer, p. 152). Acompanhando o autor, **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**, para quem inclusive os direitos individuais puros – desde que indisponíveis - podem ser defendidos pelo MP em mandado de segurança, porém, nesse caso, não será o coletivo (*Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa*, p. 104 e 106).

[862] Houve a extinção de um mandado de segurança individual, por falta de interesse processual, já que na compreensão do Superior Tribunal de Justiça o direito que os impetrantes estavam tentando defender era de interesse de toda a categoria e não apenas dos impetrantes, sendo a via correta, portanto, a do MSColetivo: "Os impetrantes alegam direito individual respaldados no fato de que poderiam integrar o processo para a formação de lista objetivando o preenchimento de vaga no Tribunal de Contas, acaso fosse declarada nula a nomeação do recorrido, efetivada de forma livre pelo Executivo; (...). A pretensão dos impetrantes está voltada para toda categoria, esta sim diretamente interessada na imposição perseguida. Para tal desiderato, em tese, a via adequada seria o mandado de segurança coletivo ou mesmo a ação popular ou a ação civil pública, nunca o *mandamus* individual, visto não vislumbrada a ofensa a direito líquido e certo, máxime, na esfera individual" (RO no MS n. 17822-RJ, 1ª T. STJ, j. 01/03/2005, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 04/04/2005, p. 167).

Assim, o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado diante de atos de autoridades que não observarem a legislação (em sentido amplo) ou - em virtude do cargo ou função que exercem - extrapolarem em suas ações ou, ainda, deixarem de observar ou adotar medidas necessárias para proteger direitos coletivos incontestavelmente desrespeitados.

Uma vez caracterizados, portanto, a ilegalidade ou o abuso de poder, conceder-se-á a ordem buscada, julgando-se o mandado de segurança pelo seu mérito.

O art. 6º da Lei nº 1.533/51 estabelece o preenchimento de determinados requisitos (arts. 282 e 283 do CPC) para a elaboração da petição inicial e a juntada de determinados documentos e o art. 8º determina o indeferimento da inicial quando não for caso de mandado de segurança ou faltar algum requisito previsto na lei. Resta saber que tipo de indeferimento será esse.

O código de processo civil diz que a petição inicial será indeferida, dentre outras hipóteses (art. 295), diante da inépcia da inicial, quando as partes forem ilegítimas ou quando o autor carecer de interesse processual. A inépcia, por sua vez, poderá ocorrer diante de pedido juridicamente impossível (parágrafo único).

Assim, diante da petição inicial do mandado de segurança coletivo que não preenche os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC, estaremos diante de indeferimento, não porque falte à ação alguma condição, mas simplesmente porque a própria legislação processual civil diz que o não-preenchimento desses requisitos levará ao indeferimento da inicial (art. 284, parágrafo único). No

entanto, ao verificarmos as hipóteses de indeferimento da inicial, no art. 295, não encontramos a repetição da regra. De qualquer forma, por uma interpretação lógico-sistemática, chegamos a essa conclusão.

Quanto ao indeferimento da petição inicial por não se tratar de mandado de segurança, conforme discussão no item anterior (legitimidade), entendemos equivaler à falta de possibilidade jurídica do pedido (nas hipóteses do art. 5º) e à ausência de interesse processual (nesta hipótese).

Ademais, ainda em sede de interesse processual, o procedimento será sempre o sumaríssimo especial[863], previsto na própria lei, sem permissão de dilação probatória. Assim, pretender conduzir o mandado de segurança por outro rito levará ao não-preenchimento da condição do interesse processual.

No entanto, não é de olvidar que, ao lado do procedimento traçado na própria legislação que regulamenta o mandado de segurança, também se observem as regras processuais coletivas em conjunto com as do processo civil individual.

Há que observar ainda que a apreciação do mérito do *mandamus* somente poderá ocorrer diante de provas suficientes. No caso de dúvida, o juiz extinguirá

[863] **Gregório Assagra de Almeida** bem resume o procedimento do mandado de segurança: "Petição inicial em duas vias acompanhada de prova documental que não deixe dúvidas sobre os fatos alegados; despacho de recebimento ou decisão de indeferimento; concessão ou não da liminar; notificação da autoridade coatora para prestar informações no prazo de dez dias; vista ao Ministério Público para dar seu parecer no prazo de cinco dias; conclusos para sentença no prazo de cinco dias" (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 277). Para **José Rogério Cruz e Tucci**, o mandado de segurança coletivo tem natureza de ação de conhecimento predominantemente constitutiva, materializado em procedimento sumaríssimo documental *('Class action' e mandado de segurança coletivo*, p. 36).

o processo sem apreciação do mérito[864]. Faltará ao autor-impetrante o interesse processual[865], já que uma das condições para a impetração do mandado de segurança coletivo é que o impetrante apresente provas suficientes e incontestáveis do que está alegando.

Na verdade, esse pensamento vem ao encontro da legislação processual coletiva, que prevê - diante da improcedência por insuficiência de provas - propor novamente a ação, ainda que ela tenha sido julgada por seu mérito.

No caso, não terá havido julgamento de mérito, mas as conseqüências serão as mesmas, já que, diante da reunião das provas faltantes, poderá o autor impetrar novamente o mandado de segurança, que foi extinto por falta de uma condição da ação.

Discute-se ainda se faltaria interesse processual ao mandado de segurança coletivo impetrado em substituição à ação civil pública ou à ação popular.

Haver ação popular ou ação civil pública não retira do mandado de segurança coletivo a sua utilidade. Aliás, o teor da súmula 101 do STF parece

---

[864] De acordo com **Luiz Guilherme Marinoni**, essa técnica de cognição exauriente, 'secundum eventum probationis', "além de permitir a construção de um processo célere e ao mesmo tempo de cognição exauriente, não elimina a possibilidade do jurisdicionado, que lançou mão do mandado de segurança mas necessitava de outras provas além da documental, recorrer ao procedimento ordinário. Deveras, de acordo com a Súmula n. 304 do Supremo Tribunal Federal, a 'decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria' " (*Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 24).

[865] **Gregório Assagra de Almeida**, do mesmo modo, entende que a impetração do mandado de segurança sem a prova pré-constituída gera a extinção da ação sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 280).

não deixar dúvida a esse respeito: "O Mandado de segurança não substitui a ação popular, nem a ação civil pública"[866].

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, *in verbis*[867]:

> *Não há falar-se em litispendência entre mandado de segurança e ação civil pública, quando naquele se discute ato coator de Ministro de Estado quanto ao pagamento de proventos, e nesta, a própria concessão dos benefícios por Governo Estadual*.

Portanto, não há que falar em substituição, já que tanto o mandado de segurança coletivo como a ação popular, como outras ações coletivas que tutelem os direitos coletivos no sentido amplo, são espécies do gênero ação coletiva e deverão ser usadas, conforme quem as vá propor ou o tipo de tutela que se pretende atingir, etc.

Daí não concordarmos com a sugestão de alguns autores[868] em usar a via do *mandamus* coletivo para discutir questões tributárias, já que a legislação proibiu o debate em sede de ação civil pública. Ora, não faz sentido tal 'fuga',

---

[866] **Gregório Assagra de Almeida** não concorda com essas afirmações e diz que a súmula 101 do STF (o mandado de segurança não substitui a ação popular) é inconstitucional, já que o mandado de segurança é ação concorrente, sendo via alternativa. "Da mesma forma, entendimento que sustenta que o *mandado de segurança não substitui a ação civil pública* é restritivo à garantia constitucional do mandado de segurança e, portanto, inconstitucional. Presentes os pressupostos constitucionais do art. 5º, LXIX, da CF, é possível que se ajuíze uma *ação popular* ou uma *ação civil pública* pela via do *mandado de segurança*. Incide aqui o *princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva* previsto no art. 83 do CDC ..." (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 281).

[867] Recurso em Mandado de Segurança n. 24789-DF, 1ª Turma, j. 26/10/2004, rel. Min. Eros Grau, DJU 26/11/2004, p. 025.

[868] É o que sugere **Sérgio André R. G. da Silva** (*Alguns apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo tributário: coisa julgada e concomitância com processo administrativo fiscal individual*, p. 591).

porque, além de a lei da ação civil pública trazer um arsenal de regras de natureza processual aplicáveis a todas as ações coletivas, inclusive o mandado de segurança coletivo, a *ação civil pública*, conforme a chamam alguns, é apenas mais uma espécie de ação coletiva, da qual o legislador pretendeu retirar a possibilidade de discutir as relações tributárias em sede de ação coletiva. Assim, sendo o mandado de segurança coletivo também uma ação coletiva, restará prejudicada a sugestão.

Ademais, poderá faltar interesse processual ao mandado de segurança coletivo não por pretender discutir questões tributárias, mas por não ser necessário recorrer a essa via.

Podem ainda coexistir mandado de segurança coletivo e individual sem que reste configurada litispendência ou coisa julgada[869].

Embora clara a esse respeito, a lei, mesmo diante da não-caracterização de referida figura, poderia indicar que o interesse processual resta ausente em determinadas situações concretas, diante de concomitância do mandado de segurança coletivo e mandado de segurança individual?

Lúcia Valle Figueiredo[870] imagina uma hipótese dessa ocorrência: Diante de liminar em mandado de segurança coletivo que suspende determinado ato,

---

[869] Nesse sentido: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 549988-RJ, 2ª T. STJ, j. 20/04/2004, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 21/06/2004, p. 201; Ap. Cív. n. 167.121-5/0 – Guarulhos, 9ª Câmara de Direito Público TJSP, j. 25/05/2003, v.u., rel. Des. Geraldo Lucena, Juis nº 44; Mandado de Segurança n. 100030033102, Tribunal Pleno TJES, j. 20/05/2004, rel. Des. Arnaldo Santos Souza, Juis nº 44.

Teori Albino Zavascki fala na possibilidade de conexão entre MSC e MSI (*Processo coletivo*, p. 221).

[870] *Mandado de segurança coletivo*, p. 159.

não existirá interesse processual para o indivíduo impetrar mandado de segurança individual, pretendendo atacar o mesmo ato suspenso pela liminar.

Cremos que a hipótese permite pensar em ausência do interesse processual, mas não em litispendência[871].

Para concluir, há que dar destaque ao art. 17, que estabelece prioridade aos processos de mandado de segurança sobre todos os atos judiciais.

11. Mandado de injunção coletivo

O mandado de injunção é garantia prevista na Constituição Federal a fim de tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, diante da inexistência de norma regulamentadora[872] (art. 5º, LXXI).

A Lei nº 7.746/89, que regulamenta a composição e funcionamento do STJ, faz menção ao mandado de injunção coletivo e ao *habeas data*, determinando que sejam observadas as normas da legislação de regência e, enquanto não promulgadas, as do código de processo civil e da Lei 1.533/51.

[871] **Hely Lopes Meirelles** não visualiza hipótese de litispendência (*Mandado de segurança* ..., p. 30).

[872] "É, pois, no próprio texto constitucional que devemos nos abeberar para encontrar o verdadeiro conceito de norma regulamentadora. Está presente no art. 103, § 2º da Constituição Federal de 1988, quando diz se tratar de toda 'medida para tornar efetiva norma constitucional' " (**Celso Antonio Pacheco Fiorillo**, **Marcelo Abelha Rodrigues** e **Rosa Maria Nery**, *Direito processual ambiental brasileiro*, p. 238).

11.1. Possibilidade jurídica do pedido

Diante da menção expressa da garantia constitucional do mandado de injunção, com o fim de viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, vista a falta de norma, surgem as perguntas:

Há possibilidade jurídica em um mandado de injunção cujo pedido de norma regulamentadora não se enquadre no exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou nas prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania? Em outras palavras, restará em impossibilidade jurídica do pedido a ação do mandado de injunção que pretenda a regulamentação de direitos outros que não os expressamente mencionados?[873]. Ou estaremos diante de ausência de interesse processual?

Faltará possibilidade jurídica do pedido se se pretender pelo mandado de injunção regulamentar normas auto-aplicáveis? Ou faltará interesse processual?

[873] **Celso Ribeiro Bastos** entende que "o mandado de injunção só tem cabimento quando a falta de norma regulamentadora impede o exercício dos 'direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania'. A expressão 'direitos e liberdades constitucionais' aponta para as clássicas declarações de direitos individuais. No nosso Texto Constitucional, o tratamento desta matéria é feito de forma moderna, a consagrar não só os direitos e deveres individuais, mas para incluir debaixo do mesmo título 'Dos direitos e garantias fundamentais' os coletivos e os sociais. Destarte, é de se entender que a tutela do mandado de injunção alcança os direitos subsumidos debaixo do Título II da Constituição, aí incluídos obviamente os direitos de nacionalidade, os políticos e também os relativos à soberania nacional, embora com relação a esta última seja um tanto difícil saber em que consiste um direito individual dela extraível" (*Curso de direito constitucional*, p. 242). **J. M. Othon Sidou**, em uma interpretação mais ampliativa, entende que "o texto constitucional assegura com o mandado de injunção os direitos constitucionalmente expressos, que são não somente os enumerados no Título II da Carta, como também todos os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, tal como ali mesmo ela própria prevê, no art. 5º, § 2º". Conclui o autor: "Tivesse expressado o legislador constituinte que 'conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos *'direitos fundamentais'* e teria dito tudo, ..." *('Habeas corpus', mandado de segurança, mandado de injunção, 'habeas data', ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*, p. 273).

Da mesma forma, incorrerá em ausência de possibilidade jurídica o mandado de injunção que pretender regulamentar norma existente, ainda que injusta e ultrapassada? Ou faltará interesse processual?

E quanto aos direitos coletivos, estarão eles abarcados pela garantia constitucional do mandado de injunção?

Faltará possibilidade da via injuncional para a regulamentação de direitos coletivos? Ou, mais uma vez, estaremos em sede de discussão do interesse processual?

Por fim, o pedido de regulamentação de norma constitucional, seja ela qual for, não gera sempre uma decisão *erga omnes*? Ainda que seja individual o direito a regulamentar?

Inicialmente, pensamos que o mandado de injunção pode ser utilizado para regulamentar quaisquer direitos e liberdades previstos na Constituição Federal que dependam de regulamentação[874], o que inclui os direitos e liberdades de índole individual e os de natureza coletiva[875].

---

[874] "DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão, pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição" (MI n. 20-DF, Tribunal Pleno STF, j. 19/05/1994, rel. Min. Celso de Mello, DJU 22/11/1996, p. 45690).

[875] Não pensam diferente alguns autores: **Nelson Nery Jr**. (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 106), **Celso Antonio Pacheco Fiorillo**, **Marcelo Abelha Rodrigues** e **Rosa Maria Nery** (*Direito processual ambiental brasileiro*, p. 200) e **Arruda Alvim** (*Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo*, p. 15). **Hely Lopes Meirelles** entende que o mandado de injunção é remédio para a omissão legislativa que afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais (*Mandado de segurança* ..., p. 267). **José Afonso da Silva** apresenta um exemplo de mandado de injunção coletivo: "... impetrado por sindicato (...) no interesse de Direito Constitucional de categorias de trabalhadores quando a falta de norma regulamentadora desses direitos inviabilize seu exercício" (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 462). **Rodrigo Mazzei** ensina que "... ao se criar o mandado de injunção no ventre da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXI), um diploma político altamente social em que se destacou juridicamente a necessidade de

Portanto, quanto aos direitos expressamente mencionados, quais sejam, direitos e liberdades constitucionais bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, entendemos que abarcam o todo, principalmente ao encerrar o legislador constituinte a expressão "direitos e liberdades constitucionais", o que nos leva a crer que não existem restrições quanto aos direitos que se pretende ver regulamentados pela via do mandado de injunção. O único estreitamento encontra-se exatamente para as normas auto-aplicáveis, já mencionado acima, ou ainda para as expectativas de direito que devem ser supridas pelas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Também as normas injustas e ultrapassadas não se sujeitam ao mandado de injunção, mas poderão sujeitar-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já que sua função não se limita a 'criar' o direito inexistente, mas inclui atualizar o direito ultrapassado, ineficaz, inútil.

Consideramos ainda que faltará interesse processual ao autor do mandado de injunção coletivo que pretender regulamentar norma que não dependa de regulamentação, e não possibilidade jurídica ao pedido[876].

---

proteção da sociedade de massa, não se pode afastar a idéia de veiculação do instituto para a tutela coletiva". Diz ainda o autor que "... é partindo da análise da finalidade do mandado de injunção que se alcança a conclusão intuitiva de que essa figura está umbilicalmente atrelada aos processos coletivos, sendo extremamente útil às questões de massa" (*Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos 'falsos' dogmas*, p. 124).

[876] **Nelson Nery Jr.** já ensinou que "o mandado de injunção veio, em boa hora, mitigar a omissão legislativa no regramento das denominadas normas constitucionais programáticas, que no sistema constitucional revogado ficavam sem eficácia por falta de lei complementar ou ordinária infraconstitucional que as regulamentasse. Por isso é que se a norma constitucional tiver eficácia, isto é, for auto-aplicável, descabe o mandado de injunção" (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 106-107).

Portanto, caso o Judiciário resolva limitar o alcance do mandado de injunção coletivo e determine a extinção do processo por carência, deverá fazê-lo por falta de interesse e não por impossibilidade jurídica do pedido.

Por derradeiro, considerando que a própria lei maior não restringe o objeto do mandado de injunção no que diz respeito à individualidade ou coletividade do direito, pelo contrário, visto contar ele justamente do capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e *coletivos*, não vemos motivo para restrições.

No entanto, embora muitos pensem como nós[877], há quem entenda não ser viável o mandado de injunção quando tiver por objeto direitos difusos, já que, nesse caso, se confundiria com o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão[878].

Da opinião exposta acima discorda **Gregório Assagra de Almeida**, para quem os pedidos das duas ações são diversos e, por isso, as ações não se confundem. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o pedido é a própria declaração da omissão, determinando-se ao órgão competente que a supra; no mandado de injunção, pede-se o reconhecimento da falta de norma

[877] Nesse sentido, **Rogério Assagra de Almeida** (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 291 e 292) e **José da Silva Pacheco** (*O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 374).

[878] **Flávia Piovesan** é partidária dessa opinião: "..., caberia, em julgamento de mandado de injunção, a elaboração de norma regulamentadora geral e abstrata. O mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, permitindo a eliminação de lacunas do sistema jurídico-constitucional" (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, p. 126).

regulamentadora e a viabilidade, pelo Judiciário, do exercício dos direitos e liberdades constitucionais[879].

Nelson Nery Júnior, da mesma forma, diz que as duas ações são distintas, pois, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão faz com que o Poder Judiciário exerça o controle político sobre a função legislativa, declara a omissão constitucional e dá ciência ao poder omisso para que sejam tomadas as providências, com o mandado de injunção obtém-se do Judiciário uma ordem para determinar a forma de efetivação, no caso concreto, do direito já disposto na Constituição Federal[880].

J. M. Othon Sidou diz que as duas figuras não se confundem e que a ação de inconstitucionalidade por omissão é uma subespécie da ação direta de inconstitucionalidade[881].

---

[879] Complementa o autor: "Assim, uma ação é bem diferente da outra. Nesse caso, o Judiciário vai analisar a inviabilidade de determinado direito difuso por falta de norma regulamentadora. O direito, assim, deverá ser analisado no plano concreto. Para tanto, mister se faz que a falta de norma regulamentadora esteja *ameaçando* ou causando *lesão* a direito difuso (art. 5º, XXXV, da CF) de sorte a impedir o seu exercício pela comunidade de pessoas interessadas, o que não ocorre em relação à *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, que, além de ter campo mais abrangente que o *mandado de injunção*, se destina a tutelar *interesse coletivo objetivo legítimo* no plano abstrato e não concreto" (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 292).

[880] **Nelson Nery Jr.**, ao comentar uma decisão do STF, que iguala as duas garantias processuais, diz que "... o STF confundiu dois institutos constitucionais distintos: o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão. O primeiro visa exatamente obter do Poder Judiciário ordem no sentido de estabelecer-se como, no caso concreto, pode ser efetivado o direito já previsto na CF, cujo exercício estaria inviabilizado por falta de norma infraconstitucional regulamentadora do mesmo direito. O segundo funciona como uma espécie de controle político sobre a função legislativa em sentido lato e tem por finalidade obter-se do Poder Judiciário a declaração de que há omissão inconstitucional a fim de que seja dada ciência ao Poder ou órgão omisso para que tome as providências necessárias. A eficácia da decisão do Poder Judiciário se limita a servir de recomendação ao sujeito passivo, para que edite a norma infraconstitucional reclamada (...). Do jeito como foi decidido pelo STF no MI n. 107, reconheceu-se por via transversa que qualquer do povo estaria legitimado a pedir a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que é vedado pelo art. 103, caput, combinado com o § 2º da CF. De outra parte, o objetivo do mandado de injunção não é obter recomendação do Poder Judiciário para que o Poder ou órgão omisso implemente a norma constitucional programática, mas exatamente o contrário: aplique o direito constitucional ao caso concreto, sendo que a solução dada pelo Poder Judiciário valerá única e exclusivamente para aquela hipótese" (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 104-108).

[881] *'Habeas corpus', mandado de segurança, mandado de injunção, 'habeas data', ação popular - as garantias ativas dos direitos coletivos,* p. 274.

Rodrigo Mazzei conclui ser a via coletiva do mandado de injunção a que pode atingir um resultado mais semelhante para as situações nas quais não haja a inconstitucionalidade por omissão, permitindo, vista a inércia legislativa, a regulamentação, no caso concreto, para o maior número de pessoas possível[882].

O Supremo Tribunal Federal já julgou o mandado de injunção coletivo, envolvendo juros, da seguinte maneira, *in verbis*:

> *MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART 5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO; LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TÊM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, PAR. 3., DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. II. MORA LEGISLATIVA: EXIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO: CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. A MORA – QUE É PRESSUPOSTO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO LEGISLATIVA - É DE SER RECONHECIDA, EM CADA CASO, QUANDO, DADO O TEMPO CORRIDO DA PROMULGAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA E O RELEVO DA MATÉRIA, SE DEVA CONSIDERAR SUPERADO O PRAZO RAZOÁVEL PARA A EDIÇÃO DO ATO LEGISLATIVO NECESSÁRIO A EFETIVIDADE DA LEI FUNDAMENTAL; VENCIDO O TEMPO RAZOÁVEL, NEM A INEXISTÊNCIA DE PRAZO CONSTITUCIONAL PARA O ADIMPLEMENTO DO DEVER DE LEGISLAR, NEM A PENDÊNCIA DE PROJETOS DE LEI TENDENTES A CUMPRI-LO PODEM DESCARACTERIZAR A EVIDÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PERSISTENTE OMISSÃO DE LEGISLAR. III. JUROS REAIS (CF, ART. 192, PAR. 3.): PASSADOS QUASE CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO E DADA A INEQUÍVOCA RELEVÂNCIA DA DECISÃO CONSTITUINTE PARALISADA PELA FALTA DA LEI COMPLEMENTAR NECESSÁRIA A SUA EFICÁCIA –*

[882] *Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas*, p. 124.

> *CONFORME JÁ ASSENTADO PELO STF (ADIN 4, DJ 25.06.93, SANCHES) -, DECLARA-SE INCONSTITUCIONAL A PERSISTENTE OMISSÃO LEGISLATIVA A RESPEITO, PARA QUE A SUPRA O CONGRESSO NACIONAL. IV. MANDADO DE INJUNÇÃO: NATUREZA MANDAMENTAL (MI 107-QO, M. ALVES, RTJ 133/11): DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL, QUANDO – POR NÃO SER O ESTADO O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA (V.G., MI 283, PERTENCE, RTJ 135/882) – NÃO SEJA POSSÍVEL COMINAR CONSEQÜÊNCIAS A SUA CONTINUIDADE APÓS O TERMO FINAL DA DILAÇÃO ASSINADA*[883].

De outro lado, julgou pedido de suspensão de lei, por inconstitucionalidade, com o seguinte teor, *in verbis*:

> *Mandado de Injunção Coletivo – Esta Corte tem admitido o mandado de injunção coletivo. Precedentes do Tribunal. – Em mandado de injunção não é admissível pedido de suspensão, por inconstitucionalidade, de Lei, por não ser ele o meio processual idôneo para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de ato normativo. – Inexistência, no caso, de falta de regulamentação do artigo 179 da Constituição Federal, por permanecer em vigor a Lei 7.256/84 que estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial. Mandado de injunção não conhecido*[884].

[883] MI n. 361-RJ, Tribunal Pleno, j. 08/04/1994, rel. Min. Néri da Silveira, rel p/ acórdão Sepúlveda Pertence, DJU 17/06/1994, p. 15707; no mesmo sentido, MI n. 472-DF, Tribunal Pleno, j. 06/09/1995, rel. Min. Celso de Mello, DJU 02/03/2001, p. 003.

[884] MI n. 73-DF, Tribunal Pleno, j. 07/10/1994, rel. Min. Moreira Alves, DJU 19/12/1994, p. 35177.

E, por fim, ao julgar pedido de regulamentação de direito de greve de servidor público, reconheceu a diferença entre 'existência de lei omissa' e 'ausência de norma regulamentadora específica':

> *MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício de direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa*[885].

Toda essa confusão não deveria ocorrer, já que a decisão na ação de inconstitucionalidade por omissão tem efeitos gerais, enquanto a decisão do mandado de injunção coletivo fica limitada ao caso concreto, para o exercício de determinado direito constitucional.

No entanto, o equívoco também se faz, vistas as variadas correntes existentes sobre o alcance do mandado de injunção[886].

---

[885] MI n. 485-MT, Tribunal Pleno, j. 25/04/2002, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 23/08/2002, p. 071.

[886] Como ensina **Gregório Assagra de Almeida**, "em relação ao conteúdo e a eficácia da decisão a ser proferida no mandado de injunção existem basicamente três correntes. A primeira sustenta que compete ao Poder Judiciário a elaboração da norma regulamentadora para suprimir a omissão do legislador. A segunda sustenta que o Poder Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade pela omissão, dando simplesmente ciência ao

De qualquer forma, essa discussão levaria, em nosso entender, à carência, se fosse o caso, por falta de interesse processual – considerando a via inadequada – e não por falta de possibilidade jurídica do pedido.

O que restaria então para a condição da possibilidade jurídica do pedido? Isto é, quando seria o autor de um mandado de injunção coletivo considerado carecedor da ação, por falta de possibilidade jurídica ao pedido?

Bem, desde que fosse o pedido ilícito, impossível de atingir ou expressamente vedado no ordenamento, incorreria nessa falta. Nos casos concretos, entretanto, é muito mais comum encontrar a carência por falta de interesse processual do que pela impossibilidade.

11.2. Legitimidade das partes

Legitimadas ativas para o mandado de injunção coletivo são todas as pessoas que receberam do legislador tal autorização, ou seja, todos os legitimados coletivos, com exceção do cidadão que, como vimos, só pode propor a ação popular.

Assim, podem propor a ação o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as Autarquias, as Entidades e Órgãos da

---

órgão competente para que tome as providências necessárias para a efetivação da norma constitucional. É a que prevalece amplamente pela Jurisprudência do STF. E a terceira sustenta que o Poder Judiciário deverá dar efetividade, no caso concreto, ao direito, para suprimir a lacuna existente pela falta de norma regulamentadora" (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 295-296).

Comentando também as teorias: **Rodrigo Mazzei** (*Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos 'falsos' dogmas*, p. 119-155).

administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, as Empresas Públicas, as Fundações, as Sociedades de Economia Mista, as Associações, etc.

Ainda, a nosso ver, podem também impetrar mandado de injunção coletivo os sindicatos, as entidades de classe e os partidos políticos.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar um mandado de injunção coletivo, o equiparou, para fins de legitimidade, ao mandado de segurança coletivo, opinando pela legitimidade de entidade sindical, *in verbis*:

> *MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART.5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO; LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MEDIAS EMPRESAS (...)*[887].

Bem como pelas entidades de classe:

> *MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição*[888].

[887] MI n. 361-RJ, Tribunal Pleno, j. 08/04/1994, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17/06/1994, p. 15707; no mesmo sentido, MI n. 102-PE, Tribunal Pleno, j. 12/02/1998, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 25/10/2002, p. 025.

[888] Mandado de Injunção n. 20-DF, Tribunal Pleno, j. 19/05/1994, rel. Min. Celso de Mello, DJU 22/11/1994, p. 45690.

A legitimidade passiva será daquele que deveria regulamentar algum direito ou alguma liberdade prevista na Constituição ou questões referentes à nacionalidade, soberania e cidadania e não os regulamentou.

Assim, em princípio, serão legitimados passivos o Poder Público ou a pessoa jurídica de direito privado ou, ainda, a pessoa física, já que a obrigação citada pode ser de qualquer um deles[889].

O Supremo Tribunal Federal, todavia, já proferiu decisão restringindo a legitimidade passiva do mandado de injunção ao afirmar que ele deve dirigir-se apenas às autoridades ou órgãos públicos omissos quanto à regulamentação daqueles direitos e prerrogativas[890].

---

[889] **Flávia Piovesan**, ao escrever sobre as omissões legislativas, ensina que o mandado de injunção tanto pode ser utilizado nas relações de natureza pública como nas privadas, exemplificando, para essas últimas, as relações de emprego privado (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, p. 127). **Gregório Assagra de Almeida** também se posiciona pela legitimidade passiva tanto da pessoa física como da pessoa jurídica, pública ou privada (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 294). **Nelson** e **Rosa Nery** dizem que os legitimados passivos são "o órgão que teria de editar a norma e ainda não o fez e aquele que deve suportar o direito material que o impetrante tem o direito de exercer" (*CPC comentado*, p. 82). **J. M. Othon Sidou** diz que, via de regra, o sujeito passivo do mandado de injunção será um órgão público, mas também é possível que ele recaia sobre uma pessoa privada: "Se o Poder Público, autorizado por lei, delega a uma pessoa jurídica de direito privado uma atribuição cujo exercício importa na fruição de direitos constitucionalmente previstos, e essa pessoa, por inércia, torna inviável tal fruição, faz-se alvo da garantia. Aí está um resguardo que a Carta, pela abrangência do enunciado, repita-se, válido também para o mandado de injunção, tomou para impedir que o sujeito passivo deixe de pôr em execução um direito fundamental sob a cômoda negação de que ele depende de regulamentação" (*'Habeas corpus', mandado de segurança, mandado de injunção, 'habeas data', ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*, p. 281). **José da Silva Pacheco** diz que o mandado de injunção pode ser proposto em face do Presidente da República, do Congresso Nacional e da Câmara dos Deputados, podendo a norma regulamentadora ser uma lei complementar, lei ordinária, resolução do Senado, decreto do Poder Executivo, ou também, atos de outros órgãos como da Secretaria da Receita Federal, do Banco Central, etc. (*Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 363).

[890] "Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor" (MI n. 323-8, DJU 14/02/1992, LEX n. 161, maio/1992).

11.3. Interesse processual

A discussão sobre a possibilidade de utilizar o mandado de injunção para questionar a ausência de norma regulamentadora de direitos coletivos pode também girar em torno do procedimento para o seu uso.

Verificamos, no item anterior, que o *procedimento* para o mandado de injunção pode ser o mesmo aplicado ao mandado de segurança, por força, inclusive, do que dispõe a Lei nº 7.746/89, mencionada anteriormente. Assim, tratando-se de mandado de injunção coletivo, por analogia, teríamos em conjunto a aplicação das regras do processo coletivo e a lei que regulamenta o mandado de segurança[891].

Cumpre ressaltar que a previsão do mandado de injunção faz parte das garantias constitucionais de eficácia plena e imediata e que, portanto, dispensa regulamentação para ser posta em uso.

Dissemos ainda que todo o questionamento em torno do mandado de injunção gira em torno da condição do interesse processual e não da possibilidade jurídica do pedido.

Gregório Assagra de Almeida[892], ao comentar sobre o mandado de injunção, entende que estará presente o interesse processual, se se pretender por

---

[891] Nesse sentido: **Nelson Nery Jr**. (*Princípios do processo civil na CF*, p. 107), **Gregório Assagra de Almeida** (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 297), **Celso Antonio Pacheco Fiorillo**, **Marcelo Abelha Rodrigues** e **Rosa Maria Nery** (*Direito processual ambiental brasileiro*, p. 250-251).

[892] *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 296.

seu intermédio que o Judiciário tutele, no caso concreto, os direitos e prerrogativas arrolados no art. 5º, XXI. Explica o autor que a decisão viria preencher, no caso concreto, a falta de norma regulamentadora e possibilitaria efetividade aos direitos citados.

Para esse autor, portanto, perderia o mandado de injunção força de garantia constitucional, se o impetrante visasse simplesmente a uma declaração do Judiciário de omissão e a uma mera notificação da autoridade competente para a supressão da lacuna.

Nessa última hipótese aceitamos que faltará interesse processual, já que a via do *mandamus*, por não atingir a finalidade para a qual foi criada, restaria inútil[893].

Já declaramos que o mandado de injunção é viável se a pretensão envolver a regulamentação de direitos coletivos, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, pelo que não cabe falar em ausência de interesse processual, na hipótese.

Por fim, é de ressaltar a falta de interesse processual superveniente, caso no curso do mandado de injunção coletivo sobrevenha a legislação regulamentadora. Foi, aliás, o que ocorreu no julgamento do mandado de injunção coletivo envolvendo discussão sobre a participação nos lucros da empresa, *in verbis*:

[893] **Flávia Piovesan**, acompanhando, diz que a finalidade do mandado de injunção é a de investir, no caso concreto, o impetrante em seus direitos, devendo o mandamento judicial emprestar eficácia e concreção à norma constitucional" (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, p. 140).

> *CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. SINDICATO: LEGITIMIDADE ATIVA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS: C.F., art. 7º, XI. I. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite legitimidade ativa* ***ad causam*** *aos sindicatos para a instauração, em favor de seus membros ou associados, do mandado de injunção coletivo. II. – Precedentes: MMII 20, 73, 342, 361 e 363. III. – Participação nos lucros da empresa: C.F., art. 7º, XI: mandado de injunção prejudicado em face da superveniência de medida provisória disciplinando o art. 7º, XI, da C.F.*[894].

Importante, para concluir, não serem comuns decisões proferidas nesse tipo de ação coletiva, já que pouco utilizada, razão por que não encontramos nenhuma lavrada pelo Superior Tribunal de Justiça, após consulta da jurisprudência em seu *site*, nem tampouco pelos Tribunais de Justiça de São Paulo, do Espírito Santo e do Paraná (consulta na Jurisprudência Informatizada Saraiva – Juis, nº 44).

12. *Habeas data* "coletivo"

O *habeas data* pertence ao Direito Processual Constitucional como uma categoria que, ao lado do *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular, faz parte das jurisdições constitucionais das garantias.

É no inciso LXXII, do art. 5º, da Constituição Federal que vamos encontrá-lo, como garantia para assegurar o conhecimento de informações sobre

---

[894] MI n. 102-PE, Tribunal Pleno STF, j. 12/02/1998, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Min. Carlos Velloso, DJU 25/10/2002.

nossos registros ou bancos de dados, de entidades governamentais ou de caráter público, e também para obter retificação desses dados.

A Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, trata do *habeas data*.

12.1. Possibilidade jurídica do pedido

De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, LXXII) e com a Lei 9.507/97, conceder-se-á *habeas data*:

- para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público[895] (a, CF);

- para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (b, CF);

- para a anotação nos assentamentos do interessado de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável que esteja sob pendência judicial ou amigável (inciso III, do art. 7º, da Lei 9.507/97).

A impossibilidade jurídica dos pedidos feitos por meio dessa garantia constitucional caracterizar-se-á pelo simples fato de se pretender por esse

[895] "Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações" (Parágrafo único, artigo 1º, Lei 9.507/97 – disciplina o rito processual do *habeas data*).

expediente obter tutela ilícita, impossível ou alcançar algo que a lei vede expressamente.

Por essa razão, ao pretender buscar informações constantes em registros ou bancos de dados de entidades particulares ou obter retificações em dados de outras pessoas que não os próprios, será cabível falar em carência apenas em sede de interesse processual e não de possibilidades ou impossibilidades jurídicas de pedidos, já que tais pedidos não são ilícitos, não são impossíveis e não estão expressamente proibidos.

Trataremos da questão no item respectivo.

12.2. Legitimidade das partes

Poderão os legitimados coletivos impetrarem "*habeas data* coletivo"?

A impetração do *habeas data*, em princípio, leva a crer que só é possível na forma individual. O remédio, afinal, é utilizado para obter informação da *pessoa do impetrante*[896]. Entretanto, há quem defenda a utilização da ação na

[896] "O legitimado para requerer esse processo e direito constitucional é somente a pessoa física ou jurídica diretamente interessada no registro, e não haverá pagamento de custas e despesas processuais" (**Paulo Brasil Dill Soares**, *Código do consumidor comentado*, p. 106, comentário n. 84). "Através do *habeas data*, só se podem pleitear informações relativas ao próprio impetrante, nunca de terceiros. O *caráter personalíssimo* dessa ação constitucional deriva da própria amplitude do direito defendido, pois o direito de saber os próprios dados e registros constantes nas entidades governamentais ou de caráter público compreende o direito de que esses dados não sejam devassados ou difundidos a terceiros" (**Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 129). **José da Silva Pacheco** pensa que a ação é pessoal e não pode ser utilizada se visar informações de terceiros, salvo pessoas da família. O autor entende que não pode ser impetrado o *habeas data* "se em vez de informação relativa à pessoa do impetrante, tratar-se de dados de interesse coletivo ou geral". A seguir, no entanto, o mesmo autor diz que não há nada que impeça o MP de impetrar o *habeas data* "para obter as informações de interesse coletivo ou geral, com base no disposto no art. 129" (*O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 345 e 347-348). **José Antônio Remédio** diz que as pessoas passíveis de registro de dados são as naturais, as jurídicas e as formais, sendo que tais pessoas detêm o direito subjetivo do *habeas data*. Menciona o mesmo autor

forma coletiva para tal finalidade[897].

É bem certo que o CDC prevê, no capítulo que trata dos bancos de dados[898] e cadastros de consumidores[899], uma série de obrigações que podem acarretar 'infortúnios coletivos'.

O art. 43 do código de defesa do consumidor assegura-lhe o acesso a informações reunidas em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo a seu respeito. Diante da negativa em fornecer as informações, cabe a utilização da garantia constitucional do *habeas data*.

---

que a jurisprudência não tem acolhido o pedido de *habeas data* "para obtenção de informações sobre outra pessoa, que não o impetrante, (...)" e que, "quando impetrado por pessoa não diretamente interessada nos registros", impõe-se a carência da ação, visto a ilegitimidade ativa de parte (*Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 46-47 e 55). **Pedro Henrique Távora Niess** diz que o impetrante será a pessoa que tiver informações pessoais a conhecer ou dados pessoais a retificar, porém "o acesso à informação, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV), ou de interesse particular (mas não de cunho pessoal) ou coletivo, é também assegurado, mas com ressalvas (art. 5º, XXXIII) e sob o manto protetivo do mandado de segurança, não do *habeas data*, cuja aplicação se circunscreve às hipóteses descritas no inciso LXXII do art. 5º (art. 5º, LXIX)" (*Considerações sobre o habeas data*, p. 45-46). **Celso Ribeiro Bastos** diz que somente a pessoa física pode ser autor do *habeas data* (*Comentários à Constituição do Brasil*, p. 363. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989). **Milton Flaks** entende que o *habeas data* foi excluído dos instrumentos processuais de tutela coletiva por ter a Constituição mencionado a expressão 'pessoa do impetrante' (*Instrumentos processuais de defesa coletiva*, p. 62-63). **Hely Lopes Meirelles** diz que o legitimado para o *habeas data* é somente a pessoa física ou jurídica diretamente interessada nos registros (*Mandado de segurança ...*, p. 290).

[897] **Nelson Nery Jr.**, ao falar sobre as normas do processo civil coletivo, faz menção a diversos dispositivos constitucionais. Destaca, dentre eles, a figura do *habeas data* (*A ação civil pública no processo do trabalho*, p. 604).

[898] "O vocábulo 'banco de dados' carreia a idéia de *informações organizadas*, arquivadas de maneira permanente em estabelecimento outro que não o do fornecedor que diretamente lida com o consumidor; ali ficam, de modo latente, à espera de utilização. A abertura do arquivo no banco de dados nunca decorre de solicitação do consumidor. Muito ao revés, é inteiramente feita à sua revelia. Finalmente, não é o arquivista o destinatário das informações armazenadas, mas, sim, terceiros, sendo ele mero veículo para a circulação destas" (**Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin**, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 329).

[899] "Já os cadastros assim não são entendidos. A *organização* e a *permanência* não são suas características necessárias. Via de regra, o cadastro do consumidor é feito por ele próprio junto ao seu fornecedor atual ou futuro. Mas nada impede que a empresa acrescente a ele informações suas" (**Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin**, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 329).

Mas, seria possível imaginar que a negativa de informações fizesse referência a um grupo de consumidores, existindo razão para a utilização do '*habeas data* coletivo'?[900].

Ou ainda, de acordo com o § 1º, do art. 43, os cadastros não podem manter as informações negativas em período superior a cinco anos. Superando essas informações - que envolvem várias pessoas - o período mencionado, haveria interesse na impetração do '*habeas data* coletivo'?

Se a resposta a tais perguntas for afirmativa, então os legitimados para as ações coletivas também o serão para o '*habeas data* coletivo'.

Ou deveríamos falar aqui em uma ação coletiva que não nesta espécie, mas de caráter genérico, contendo pedido de obrigação de fazer (retirar as informações negativas) ou não fazer (não acrescentar informações negativas, quando decorridos os 5 anos)?

Ainda que se acolha essa hipótese, os legitimados continuarão a ocupar o pólo ativo da ação coletiva, porém não na espécie de '*habeas data* coletivo'.

[900] **André de Carvalho Ramos** e **Duciran Van Marsen Farena**, Procuradores da República, dizem que, considerando a "*enorme massa de consumidores já incluída nos aludidos cadastros*, podemos falar na defesa de interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que é titular um grupo ou categoria de pessoas, a que o Código de Defesa do Consumidor denomina *interesses ou direitos coletivos* (...). Por outro lado, no que tange ao *universo de consumidores que será incluído nesse banco de dados*, pode-se falar na tutela de interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível e de titularidade indeterminada, de que serão titulares pessoas indeterminadas e ligadas pela circunstância fática do consumo. O CDC denomina-os interesses ou direitos difusos (...). Por fim, quanto à reparação dos danos causados pelo cadastramento indevido de consumidores nos arquivos da ré, a ação se dirige à tutela coletiva dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos, ou seja, aqueles decorrentes de origem comum nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do CDC" (*Ação civil pública. Proteção de direitos de consumidores que foram e virão a ser incluídos nos bancos de dados ou cadastros. Prática abusiva consistente na inscrição de débitos que se encontram em discussão judicial*, p. 152).

Em ambas as situações, de qualquer forma, os legitimados passivos serão os responsáveis pelos cadastros ou bancos de dados.

É de se ressaltar ainda que o art. 43, § 4º do CDC equiparou os serviços de proteção ao crédito aos órgãos de natureza pública[901], podendo aqueles, portanto, mesmo que de natureza privada, ser sujeitos passivos no *habeas data*[902].

Consta do art. 44 a obrigatoriedade de os órgãos públicos de defesa do consumidor[903] manterem atualizados os cadastros de reclamações contra fornecedores, devendo divulgá-los pública e anualmente. Omitindo-se o órgão público da divulgação, por exemplo, estaríamos diante de mais uma hipótese de '*habeas data* coletivo'?

Em caso afirmativo, seria automático incluir o Poder Público no pólo passivo, responsável que é pela fiscalização de referidos órgãos.

André de Carvalho Ramos e **Duciran Van Marsen Farena**, Procuradores da República, ao interporem ação civil pública em face do Serasa e

---

[901] De acordo com **José Afonso da Silva**, a expressão 'entidades de caráter público' engloba as "instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviço para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais ou coletivas" (*Mandado de injunção e 'habeas data'*, p. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989).

[902] "... tornou-se cabível, por expressa disposição de lei, a ação civil pública para garantir ao consumidor em geral, ou seja, aos titulares do interesse difuso, o acesso aos seus dados cadastrais junto ao Sistema de Proteção ao Crédito e à Serasa. (...) Assim, também é cabível ação civil pública em face do Sistema de Proteção ao Crédito, por inclusão insuficientemente motivada de pessoa, ou sem os seus dados corretos, na listagem de maus pagadores" (**Roberto Senise Lisboa**, *Contratos difusos e coletivos*, p. 498).

[903] São alguns desses órgãos: O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, Ministério da Justiça, Ministério da Agricultura, Vigilância Sanitária, Ministério da Saúde, Receita Federal, Banco Central, SUSEP, PROCONs, etc.

do Banco Central, vista inclusão indevida nos bancos de dados ou cadastros, na pendência de débitos que se encontram em discussão judicial, justificam a legitimidade passiva do Banco Central (autarquia federal) por entenderem ser de competência exclusiva deste a fiscalização das atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras, aí incluído o SERASA S.A., o SPC (Serviço de proteção ao crédito) e o SCI (Serviço de segurança ao crédito e informações)[904].

O art. 86 do CDC, que foi vetado, previa a utilização do *habeas data* para a tutela dos direitos e interesses dos consumidores. De qualquer forma, o veto não impediu a sua utilização, já que, como acabamos de mencionar, muito embora a Constituição Federal permita o uso do *habeas data* contra entidades governamentais ou de caráter público, os serviços de proteção ao crédito dos consumidores foram equiparados.

Assim, conforme ensinamentos de **Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin**, qualquer dado arquivado sobre o consumidor lhe dá três direitos básicos: "o de *comunicação* do armazenamento, o de *acesso* e o de *retificação*"[905].

Portanto, não é difícil imaginar, v.g., um grupo de consumidores lesado por uma empresa que deixa de comunicar a formação do seu cadastro.

[904] "Observe-se que a Lei 4.595, de 31.12.1964, dispõe que sua fiscalização abrangerá todas 'as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros'. Claro está que a finalidade da referida lei foi a de atribuir ao Banco Central poder regulamentar e fiscalizatório tendente a garantir o perfeito funcionamento do mercado financeiro e, mais especificamente, regular a atuação das instituições concedentes de crédito. Visa, portanto, a regulamentar a oferta e a concessão de créditos financeiros ao mercado consumidor em geral" (*Ação civil pública. Proteção de direitos de consumidores que foram e virão a ser incluídos nos bancos de dados ou cadastros. Prática abusiva consistente na inscrição de débitos que se encontram em discussão judicial*, p. 166).

12.3. Interesse processual

Resta-nos verificar de que modo ocorreria o preenchimento do interesse processual para fins de '*habeas data* coletivo', já que, a rigor, analisados de forma cerrada os termos da Constituição Federal - assegurar o conhecimento de informações relativas à *pessoa do impetrante*, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (a); -obter a *retificação de dados*, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (b) ou do inciso III, do art. 7º, da Lei 9.507/97 - requerer a anotação nos a*ssentamentos do interessado*, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável -, torna-se difícil enquadrar a modalidade coletiva.

Há que analisar em conjunto a legislação constitucional e o CDC e encontrar o caminho que leve à necessidade de recorrer ao '*habeas data* coletivo', já que, é possível utilizar outras espécies de ações coletivas também conformes com o que se busca, restando demonstrado e preenchido o interesse processual.

Ao discutir a legitimidade da impetração do '*habeas data* coletivo', imaginamos uma série de situações que, por certo, são viáveis, mas, seria a via do '*habeas data* coletivo' a correta? Ou encontraríamos adequação em uma ação coletiva genérica?

---

[905] *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 331.

Encontramos um julgado[906], v.g., permitindo a utilização da ação coletiva para o direito de petição, ainda que se refira a interesses pessoais. Assim, analogicamente, pensamos que não há impedimento para a utilização do *habeas data* na modalidade coletiva. Não encontramos, no entanto, nenhum julgado proferido em um '*habeas data* coletivo'[907].

No entanto, ainda que se admita a utilização do '*habeas data* coletivo', nas suposições citadas acima, poderia ele ser útil para outras situações ou apenas se enquadraria nas hipóteses que envolvam relações de consumo?

Acreditamos que a garantia constitucional melhor se enquadraria, na modalidade coletiva, aos bancos de dados que armazenem informações sobre os consumidores, já que, em outras situações de proteção a direitos coletivos, melhor utilidade pode ser encontrada em outras espécies de ação coletiva.

De qualquer modo, a interpretação deve ser sempre ampliativa, analisando, no caso concreto, a medida judicial ideal para atingir a efetiva justiça.

Quanto ao procedimento, já citamos, a Lei nº 9.507/97 regulamenta o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.

---

[906] "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBTENÇÃO DE CERTIDÕES DE TEMPO DE SERVIÇO. LEGITMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ART. 5º, XXXIV, DA CF
1. Pode ser reclamado por meio de ação civil pública o direito à obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal).
2. Em conseqüência, tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública para amparar interesses sociais difusos ou coletivos.
3. Recuso especial improvido".

(REsp n. 554960-RS, 2ª T. STJ, j. 02/06/2005, rel. Min. Castro Meira, DJU 15/08/2005, p. 242).

Assim, na hipótese de admitir o '*habeas data* coletivo', o procedimento a seguir será o da legislação referida em conjunto com a legislação processual coletiva.

Ainda, de acordo com a legislação específica e conforme a Súmula nº 2 do STJ, para que exista interesse processual na impetração do *habeas data*, cumpre caracterizar a recusa do órgão competente em fornecer as informações, as retificações ou as anotações[908].

A doutrina, no entanto, se divide sobre essa imprescindibilidade[909]. Somos adeptos de abrir mão da exigência, que é, a nosso ver, inconstitucional e fere o direito de acesso à justiça.

---

[907] Pesquisa feita em relação ao STF, STJ, TJSP, TJPR e TJES.

[908] "A petição inicial deverá ser instruída com prova: I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de 10 (dez) dias sem decisão; II – da recusa em fazer-se a retificação ou o decurso de mais de 15 (quinze) dias, sem decisão; ou III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de 15 (quinze) dias sem decisão" (parágrafo único, art. 8º, Lei 9.507/97).

"Não cabe o 'habeas-data' (CF 5º, LXXII, letra 'a') se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa" (Súmula 2 STJ).

No sentido da súmula: "A prova do anterior indeferimento do pedido de informações de dados pessoais, ou de omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no 'habeas-data'. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do 'habeas-data' " (Pleno STF, RTJ 162/805).

[909] "O recurso ao *habeas data* só é compreensível na hipótese de o consumidor não ser atendido, no prazo de 5 dias, pelo arquivista, em seu pedido de correção de dados inexatos sobre sua pessoa. Não dizemos que esse pedido seja condicionante da impetração do habeas data, mas – repetimos – o mais conveniente é tentar preliminarmente a correção em um contato direto com a direção do cadastro ou do banco de dados" (**Eduardo Gabriel Saad**, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, p. 386). "Somente em caso de malogro do requerente na fase administrativa é que se pode falar em *habeas data*" (**J. M. Othon Sidou**, *'Habeas Corpus*, ..., p. 295). "(...) pressupõe que o pedido de informações relativas à pessoa do impetrante haja sido indeferido administrativamente, por isso que o controle judicial do ato administrativo faz-se em termos de sua adequação à ordem jurídica" (**Carlos Mário da Silva Velloso**, *As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o habeas data, o mandado de injunção e a ação popular para a defesa da moralidade administrativa*, p. 15).

De outro lado: "Apesar da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entendemos contrária à Constituição Federal a exigência do prévio esgotamento da via administrativa para ter-se acesso ao Poder Judiciário, via *habeas data*" (**Alexandre de Moraes**, *Direito constitucional*, p. 128).

CAPÍTULO VII - A AÇÃO COLETIVA PASSIVA E "SUAS CONDIÇÕES"

A ação coletiva passiva[910], já mencionamos, não está disciplinada em nosso ordenamento. Contudo, tanto o código modelo de processos coletivos para a Ibero-América como os anteprojetos brasileiros de código de processo civil coletivo tratam dessa figura processual.

Nos Estados Unidos, vimos, existe a *defendant class action*.

Apesar de a ação coletiva passiva não fazer ainda parte de nosso ordenamento jurídico, alguns autores já comentam sua possibilidade entre nós.

Gregório Assagra de Almeida se manifesta:

> *"Acredita-se que é possível o ajuizamento de ação civil pública em face da associação na condição de substituta processual, mas desde que ela seja indicada, no pólo passivo, como litisconsorte dos associados que serão atingidos pela coisa julgada. O que não será admissível, em tais casos, é legitimidade extraordinária passiva exclusiva da associação. E mais: caso seja possível e viável, deverão ser pessoalmente citadas as*

[910] "Haverá ação coletiva passiva quando um agrupamento humano (titular do direito coletivamente considerado) for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial – formula-se demanda contra os interesses de uma dada comunidade, coletividade ou grupo de pessoas. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas" (**Fredie Didier Jr**., *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas*, p. 99-100).

pessoas diretamente interessadas que serão atingidas pelos limites subjetivos da coisa julgada coletiva" [911].

Rodolfo de Camargo Mancuso, embora considere difícil estar a classe no pólo passivo, não exclui tal possibilidade. O autor apresenta os seguintes exemplos:

"*Uma ação proposta por uma companhia pesqueira, (...), tendo por objeto certos interesses difusos relacionados à pesca de espécimes da fauna marítima, dirigindo a ação contra a(s) entidade(s) representativa(s) desses interesses (...). Ou, uma outra situação, na qual (...) uma ação proposta por uma indústria sediada em Cubatão (SP) objetivando o reconhecimento judicial (declaração) de que cumpriu ela a obrigação legal de instalação de filtros antipoluição*" [912].

Ada Pellegrini Grinover, em trabalho anterior, também não descartava a *defendant class action* no direito brasileiro:

" *(...) a Lei 7.347 permite a intervenção, com litisconsortes do réu, aos entes públicos e às associações legitimadas à ação (art. 5º, § 2º): associações, portanto, constituídas para defesa do meio ambiente e dos consumidores. Talvez não sejam freqüentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do*

[911] *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 354-355.

[912] *Interesses difusos*, p. 167-168.

réu. Mas não se podem excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo" [913].

Não pensa diferente **Pedro Lenza**, que declara:

"(...) o art. 107 do CDC, que trata da convenção coletiva de consumo, já é um claro exemplo de possibilidade de se demandar judicialmente a classe em caso de descumprimento de qualquer das cláusulas do aludido contrato, após a sua celebração.
(...).
Assim, pode-se afirmar ser perfeitamente possível a propositura de ação em face da classe, a fim de se realizar todas as situações práticas decorrentes dos exemplos já imaginados pela doutrina" [914].

Frédie Didier Júnior admite a ação coletiva passiva e diz ser perfeitamente possível o controle *in concreto* da legitimidade coletiva pelo magistrado. Afirma ademais que a inexistência de texto legal expresso que confira legitimidade coletiva passiva não é obstáculo intransponível, como tampouco vê problema em relação à identificação do legitimado coletivo passivo. Por fim, para solucionar o problema da coisa julgada, importa seguir as sugestões feitas no projeto de código modelo de processos coletivos para a Ibero-América[915].

[913] *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – a Lei 7.347, de 24.07.1985*, p. 117.

[914] *Teoria geral da ação civil pública*, p. 203.

[915] *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas,* p. 101-103.

Já **Pedro da Silva Dinamarco**, mais radical, posiciona-se totalmente contrário a essa ação:

> "*Isso é decorrência lógica, no plano infraconstitucional, do art. 472 do Código de Processo Civil: 'a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros'. No plano constitucional, a admissibilidade da presença de uma associação no pólo passivo, como substituto de terceiros, violaria a garantia individual do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LIV). Assim, é inimaginável que os efeitos de uma sentença, em qualquer processo, possam prejudicar o indivíduo sem que lhe seja dada a ampla oportunidade de se defender e de lançar mão dos recursos inerentes àqueles princípios constitucionais*"[916].

Exemplifica o autor:

> "*(...) não se admite que um fornecedor ou uma associação de fornecedores de determinado produto ou serviço (...) ajuíze demanda em face de representante de consumidores (...) a fim de que seja declarada a validade de uma cláusula contida em contrato-padrão. Nesse caso, fica claro que nenhuma das associações teria interesse próprio na solução da controvérsia, ainda que a defesa de seus associados constitua seu objetivo social*" [917].

---

[916] *Ação civil pública*, p. 268-273.

[917] *Ação civil pública*, p. 269, nota 306.

O autor, no entanto, menciona uma situação em que não haveria referida inconstitucionalidade, qual seja, quando uma associação ou sociedade figure no pólo passivo para defender interesses próprios, ainda que a procedência da demanda atinja indiretamente seus associados. "É o caso das conhecidas ações civis públicas ajuizadas pelo

De qualquer forma, o autor sugere mudanças na sistemática atual, que prevejam a presença de um substituto processual de um grupo no pólo passivo da ação coletiva[918].

Antonio Gidi diz que, apesar de estar na hora de pensarmos nas ações coletivas passivas, como aliás sugere em seu 'projeto' retromencionado, da maneira como estão disciplinadas no direito positivo brasileiro, é improvável ver aceita a propositura de ações coletivas passivas[919].

Somos adeptos do mesmo pensamento, até porque as ações coletivas brasileiras apresentam certas condições que não se enquadrariam nessa pretensa ação coletiva passiva, como, v.g., a própria legitimidade. Ultrapassar as barreiras do que está previsto na legislação significaria ultrapassar a própria razão de existir de tais ações e, conseqüentemente, o devido processo legal.

Daí também, diante dessas colocações, inadmitir-se reconvenção e ação declaratória incidental, o que colocaria o grupo, a classe, no pólo passivo.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela impossibilidade de utilização da reconvenção na ação popular, *in verbis*:

Ministério Público paulista contra algumas torcidas organizadas (...) para que fossem extintas, diante dos males à ordem pública que elas significariam. As demandas foram julgadas procedentes, 'para o fim de decretar a dissolução da associação requerida, com o conseqüente cancelamento do registro de seus atos constitutivos e respectivas alterações no cartório competente, subsistente a liminar concedida, relegando para execução a liquidação de seu patrimônio' ". O autor informa que, no presente caso, a demanda foi qualificada como ação coletiva somente porque o Ministério Público figurou como parte (*Ação civil pública*, p. 271 e 272, nota 313).

[918] Desde que, de acordo com ele, se alterasse também o sistema da coisa julgada, a fim que de que a decisão também pudesse prejudicar os representados (*Ação civil pública*, p. 272-273).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. RECONVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. AFERIÇÃO. SÚMULA 07/STJ.

1. A ação popular é um dos mais antigos meios constitucionais de participação do cidadão nos negócios públicos, na defesa da sociedade e dos relevantes valores a que foi destinada. Admitir o uso da reconvenção produziria efeito inibitório do manejo desse importante instrumento de cidadania, o que o constituinte procurou arredar, quando isentou o autor das custas processuais e do ônus da sucumbência.
2. O instituto da reconvenção exige, como pressuposto de cabimento, a conexão entre causa deduzida em juízo e a pretensão contraposta pelo réu. A conexão de causas, por sua vez, dá-se por coincidência de objeto ou causa de pedir.
3. Na hipótese, existe clara diversidade entre a ação popular e a reconvenção. Enquanto a primeira objetiva a anulação de ato administrativo e tem como causa de pedir a suposta lesividade ao patrimônio público, a segunda visa à indenização por danos morais e tem como fundamento o exercício abusivo do direito à ação popular.
4. O pedido reconvencional pressupõe que as partes estejam litigando sobre situações jurídicas que lhes são próprias. Na ação popular, o autor não ostenta posição jurídica própria, nem titulariza o direito discutido na ação, que é de natureza indisponível. Defende-se, em verdade, interesses pertencentes a toda sociedade. É de se aplicar, assim, o parágrafo único do art. 315 do CPC, que não permite ao réu, 'em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem'.
5. (...).
6. Recurso especial improvido[920].

Não vemos razão, por todo o exposto, de dilação no tema. No momento oportuno, caso a ação coletiva passiva seja introduzida em nosso ordenamento, comentaremos as condições para elas.

---

[919] *A class action como instrumento de tutela coletiva – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 497-498.
[920] REsp n. 72065-RS, 2ª T. STJ, j. 03/08/2004, rel. Min. Castro Meira, DJU 06/09/2004.

VIII – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E OS DIREITOS COLETIVOS

Vimos que os direitos coletivos se dividem em três espécies: difusos, coletivos no sentido estrito e individuais homogêneos.

Os direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível e têm por titulares pessoas indeterminadas, mas que estejam ligadas por circunstâncias fáticas ou, em outros termos, "os direitos difusos representam direitos coletivos que não podem ser divididos, já que tiveram origem por algum acontecimento que envolveu várias pessoas que não podem ser determinadas ou distinguidas umas das outras"[921].

Nos coletivos, por sua vez, apesar de transindividuais e de natureza indivisível, seus titulares são determináveis e se representam por grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou também com a parte contrária por uma relação jurídica base.

"Na definição dos direitos coletivos, pode-se constatar duas características que os distinguem dos difusos: a titularidade (já que as pessoas envolvidas são ao menos determináveis, por pertencerem a determinados grupos, categorias ou classes) e a relação jurídica base (uma relação preexistente)"[922].

Os individuais homogêneos são essencialmente individuais, mas recebem tratamento diferenciado pela origem comum que os gerou, "... quer dizer, os

[921] **Ivone Cristina de Souza João**, *Litisconsórcio e intervenção de terceiros na tutela coletiva (ênfase nas relações de consumo e nos direitos individuais homogêneos)*, p. 44.

direitos individuais homogêneos não deixam de ser direitos individuais (...), sendo o aspecto coletivo uma ficção criada com a finalidade de possibilitar a tutela coletiva"[923].

Entendemos que não há possibilidade de exemplificar cada um desses direitos com o tipo de bem que está sendo tutelado.

Entendemos também que não há um rol taxativo de direitos coletivos. Há muitos bens que podem ser tutelados individual[924] ou coletivamente. Em muitos assuntos, inclusive, é possível enquadrá-los como um direito que pode ser tutelado coletivamente[925], em suas três espécies[926].

É o que parece ter compreendido o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

---

[922] *Ibid*, p. 44-45.
[923] *Ibid*, p. 51.

[924] É claro que determinados assuntos jamais serão de índole coletiva. Por exemplo, a separação de um casal.

[925] Há determinados bens que, por sua natureza, poderão ser tutelados coletivamente, o que não significa que o direito é só coletivo e que só pode ser tutelado dessa maneira. Assim, v.g., o meio ambiente tanto pode ser tutelado coletivamente como ser objeto de uma ação individual. Imaginemos uma situação: uma pessoa prejudicada em sua saúde, por beber água de um rio contaminado por uma empresa, pode entrar com uma ação (individual) pedindo a reparação de danos por ela sofridos, bem como requerer que o juiz obrigue a empresa a deixar de poluir o rio. Apesar de a ação ser individual, a decisão judicial vai atingir todas as pessoas. Num segundo exemplo, podemos imaginar uma ação proposta por uma pessoa devido à poluição sonora ocasionada na rua em que mora, por uma casa de show no local. O juiz, ao acolher o pedido de fechamento da casa, vai, com sua decisão, atingir todas as pessoas daquela rua. Vejam que, no primeiro exemplo, a ação é individual, mas contém dois tipos de pedidos: um, de reparação de danos, que vai beneficiar somente o autor, e outro, de cessação da poluição do rio, que vai beneficiar toda a coletividade (seria difuso, portanto, se fosse feito em uma ação coletiva). No segundo exemplo, temos também uma ação individual, mas apenas um pedido, que, uma vez acolhido, vai atingir todas as pessoas da rua (seria individual homogêneo se fosse feito em uma ação coletiva). Por fim, podemos imaginar, num terceiro exemplo, uma ação indenizatória proposta por uma pessoa que perdeu a audição em ambiente insalubre e cujo acolhimento do pedido só a ela beneficiará (uma ação individual, envolvendo o meio ambiente do trabalho).

[926] **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, ao efetuar uma pesquisa de campo, envolvendo 285 ações coletivas, chegou ao seguinte número: 57,47% (direitos difusos); 16,09% (direitos coletivos); 8,04% (difusos e coletivos); 5,74% (coletivos e individuais homogêneos); 5,74% (difusos, coletivos e individuais homogêneos); 4,59% (individuais homogêneos); 2,3% (difusos e individuais homogêneos) (*Acesso à justiça* ..., p. 187).

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBJETIVO – Proteção dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos de consumidores, em relação à empresa contratante – Admissibilidade – Impedimento de continuidade de suas operações - (...)*[927].

O rol da lei da ação civil pública é exemplificativo; a lei é de natureza instrumental e não material.

Quando a expressão "qualquer outro direito difuso ou coletivo" foi vetada, justificou-se pela insegurança do bem jurídico, em detrimento do bem comum, vista a amplíssima abrangência da expressão. No entanto, vemos exatamente o contrário: a insegurança jurídica se revela cada vez que se pretende limitar – em lei – aquilo que pode ser objeto de tutela jurisdicional.

Já afirmou o legislador constituinte que, sempre que houver ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo, poder-se-á recorrer ao Judiciário.

Dissemos alhures que a finalidade das ações coletivas é primordialmente proteger a própria sociedade. Daí atribuir legitimidade a algumas pessoas, ainda que sem personalidade, mas tecnicamente mais preparadas para defender determinados direitos que, se tutelados individualmente, não teriam o mesmo êxito. Outra vantagem é a economia processual, que evita milhares de demandas e desonera o Judiciário. Isso tudo leva à certeza de que não deve haver limitação quanto aos direitos materiais a ser defendidos por ações coletivas.

---

[927] Ag. Inst. n. 379.582-5/3 – São Paulo, 4ª Câmara de Direito Público, j. 03/03/2005, v.u., rel. Des. Soares Lima, Juis nº 44.

Daí o retorno da expressão “qualquer outro direito difuso e coletivo” para o rol da LACP, o que, a nosso ver, bom por um lado, pode por outro, continuar conduzindo a restrições indevidas, já que, junto com ela, estão os demais bens (ambiental, consumidor, etc), o que gera confusões de interpretação: o rol é taxativo ou exemplificativo? O ideal seria que o texto legal estabelecesse apenas: ‘todos os direitos que puderem ser tutelados coletivamente podem ser defendidos em juízo, mediante ação coletiva’. Ou, no máximo, se pretender manter o rol, deixar claro que é apenas para mencionar, com exemplos, alguns bens que podem ser objeto de tutela por meio de ação coletiva, por, apenas hipoteticamente, poderem referir-se a direitos que digam respeito à coletividade[928].

Não é de hoje que o Direito Processual goza de autonomia em relação ao direito material. Por isso, vincular a utilização do instrumento da ação coletiva aos bens tuteláveis significa, a nosso ver, retroceder e vincular necessariamente o Direito Processual ao direito material.

O pedido e a causa de pedir, a pretensão levada a juízo, portanto, é que vão definir um direito, se individual ou coletivo, ou, melhor dizendo, vão definir se tal direito está sendo tutelado individual ou coletivamente. Mas não é só. A melhor maneira - talvez a única - de identificar uma ação como individual ou

[928] Dizemos ‘hipoteticamente’ porque, a nosso ver, não há um só bem que, necessariamente, se enquadre como coletivo sem dizer respeito às pessoas individualmente consideradas. Mesmo tratando-se de meio ambiente, *ex vi*, que, em princípio, seria um bem difuso, veremos que, conforme o pedido a fazer numa ação envolvendo o meio ambiente, tal ação poderá ser individual ou coletiva (sentido amplo). É claro, não estamos querendo negar que o direito a um meio ambiente equilibrado, saudável, etc., seja um direito de todos; apenas estamos dizendo que, para fins de tutela coletiva, não há que vincular essa tutela ao tipo de bem ou tema que se está pretendendo defender. É apenas isso. O que propomos, portanto, é para simplificar e não complicar. Há, assim, as tutelas individuais (requeridas por meio de ações individuais) e as tutelas coletivas (requeridas pelas ações coletivas).

coletiva se dá pelos três elementos dessa ação[929]. Assim, as partes, o pedido e a causa de pedir deverão ser analisados a fim de apontar uma ação individual ou coletiva[930].

Imaginemos o seguinte caso: um indivíduo propõe uma ação de reparação de danos em face de uma empresa devido a publicidade enganosa e pede ao juiz a supressão dessa publicidade. A ação, nesse caso, é individual, apesar de o pedido que contém, se acolhido, atingir toda a coletividade. E por que a ação não pode ser enquadrada como coletiva? Porque o indivíduo não tem legitimidade para tal tipo de ação. Se acolhida a ação como individual, o juiz teria de extingui-la por ilegitimidade de parte. Daí a necessidade dos três elementos na identificação da natureza coletiva da ação[931].

Uma vez identificada como coletiva, há que verificar que espécie de direito coletivo tal ação envolve: se difuso, coletivo ou individual homogêneo. A partir daí se estabelecerão as diferenças[932].

---

[929] Os elementos que compõem a ação coletiva são os mesmos da ação individual: Partes (ativa e passiva), pedido (mediato e imediato) e causa de pedir (próxima e remota).

[930] Assim também se manifestou **Kazuo Watanabe** (*Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*, p. 195-196. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo – Coordenador - As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 185-196 e Revista de processo nº 67, p. 15-25).

[931] Por isso, não consideramos adequado dizer, por exemplo, que a publicidade enganosa ou abusiva é um exemplo de direito difuso. Somente após o fato e a propositura da ação é que haverá uma categorização mais adequada para esse direito que, *na ação*, poderá enquadrar-se como direito lesado ou ameaçado *daquele titular* daquela ação.

[932] Imaginemos uma pessoa que procura o MP para propor uma ação em sua defesa, pedido de reparação de danos, visto ter bebido água de um rio e tido, em decorrência disso, problemas de saúde. Instaurado o inquérito civil e feitas as devidas apurações, constatou-se não haver nenhuma contaminação naquele rio. Seria descabido o MP ajuizar uma ação individual para pedir indenização para essa pessoa: faltaria interesse processual, já que a ação coletiva seria inadequada para a espécie. Da mesma maneira, faltar-lhe-ia legitimidade de parte, já que, nesse caso, o MP não a possui.

Em outra situação, encontramos autores, v.g., atrelando a defesa dos mutuários do BNH à categoria de direitos difusos. Não podemos concordar, pois não é a 'defesa dos mutuários' que leva à característica difusa do interesse e sim a maneira como essa defesa vai ser feita. Assim, se vários mutuários se reunirem para propor a ação,

Daí a importância de estudar separadamente o preenchimento das condições da ação nas diversas espécies de direitos coletivos.

Nada impede, no entanto, em nosso entender, que uma mesma ação coletiva envolva pedidos coletivos e individuais homogêneos, ou difusos e individuais homogêneos, ou, ainda, difusos, coletivos e individuais homogêneos[933].

Analisemos as condições.

1. As condições da ação e os direitos difusos

---

teremos uma ação individual com litisconsórcio; se a associação dos mutuários ajuizar uma ação, representando um ou alguns mutuários, teremos, da mesma forma, uma ação individual; se, ao contrário, a associação dos mutuários pedir que os reajustes sejam revistos no que se refere aos mutuários do BNH, teremos, aí sim, uma ação coletiva, cujo procedimento deverá pautar-se pelas regras do processo coletivo.

Ora, nessa última hipótese, não nos parece que falta à associação qualquer interesse para o pedido, tampouco que essa ação não seja reconhecida como coletiva, por não estar o assunto no rol específico da LACP.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes também demonstra preocupação com essas vinculações: "A falta de clareza e os equívocos cometidos em torno da correta caracterização dos fatos vêm propiciando confusão na doutrina e na jurisprudência. Não são raros, portanto, os acontecimentos, em que se manifestam pretensões absolutamente possíveis de fracionamento, mas que recebem a qualificação errônea de interesses difusos ou coletivos". Complementa: "A falta da indivisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Sendo possível o fracionamento, não haverá, *a priori*, tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados" (*Ações coletivas* ..., p. 213 e 220).

[933] **Pedro da Silva Dinamarco** manifesta-se assim: "..., interessante notar que algumas situações da vida podem gerar simultaneamente interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de forma a justificar uma única ação civil pública com cumulação de pedidos e de causa de pedir (remota ou próxima) ou até três processos coletivos distintos" (*Ação civil pública*, p. 65). No mesmo sentido, **Hugo Nigro Mazzilli**, para quem "constitui erro comum supor que, em ação civil pública ou coletiva só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie" (A *defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 56). **Teori Albino Zavascki** diz haver "... hipóteses em que, de uma única situação de fato decorrem, ou podem decorrer, simultânea ou sucessivamente, lesões a direitos transindividuais e a direitos individuais homogêneos" (*Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 73).

Os direitos difusos, vimos, são direitos transindividuais, indivisíveis e indeterminados os seus titulares. É claro que surgiram e ainda surgem discussões em torno do significado dessa categoria de direitos coletivos, porém, em lugar de voltar a tais discussões, fáceis de encontrar nos diversos manuais de processo coletivo, nos códigos de defesa do consumidor comentados, etc., referidos ao longo desse trabalho, partamos direto para a verificação do preenchimento das condições das ações coletivas que os envolvem.

Vejamos como se aplicam às condições da ação para as ações coletivas cujo objeto é um direito difuso.

1.1. Possibilidade jurídica do pedido

O grande desafio é evidenciar que há possibilidade jurídica do pedido nas ações coletivas envolvendo direitos difusos, em defesa de quaisquer matérias, ainda que não arroladas na lei da ação civil pública ou em outra legislação pertinente à matéria[934].

Isso também se evidencia com o próprio texto da lei da ação civil pública, que menciona a utilização da ação coletiva para a defesa de 'qualquer outro direito difuso ou coletivo'[935] que não somente aqueles arrolados.

---

[934] **Pedro da Silva Dinamarco** diz que o interesse só se verifica se a ação coletiva tiver por fundamento uma das hipóteses do art. 1º da lei da ação civil pública ou em outra lei que se refira a Lei 7.347/85 (*Ação civil pública*, p. 275).

[935] **Paulo Salvador Frontini** chega a sugerir que os "... interesses difusos e coletivos, para poderem ser objeto de ação civil pública, dependem de norma outra, que complemente a eficácia contida do comando instituído no dispositivo constitucional ora referenciado" (*Ação civil pública e separação dos poderes do Estado*, p. 718).

Há, no entanto, quem opine pela taxatividade ou tipicidade da ação coletiva ou da ação civil pública[936].

Vantajoso, nessa seara, referir a menção feita por **Rodolfo de Camargo Mancuso** a uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que "negou possibilidade jurídica à ação que veio titulada *civil pública*, proposta pelo Ministério Público com base na Lei federal 8.429/92, por atos de improbidade administrativa, entendendo o aresto que a ação civil pública, propriamente dita, só pode abranger as matérias indicadas *numerus clausus*, nos textos de regência, (...) (Ap. cível 1777.208-1/0, São Paulo, 3ª Câm., rel. Des. Toledo César, j. em 20.10.1992, v.u.)"[937].

O tema é muitas vezes inserido em sede de interesse processual e não de possibilidade jurídica do pedido - com o que concordamos -, já que somente as hipóteses expressamente proibidas é que podem ser consideradas impossibilidades jurídicas, *ex vi*, os tributos, as contribuições previdenciárias, etc.

Há também quem veja impossibilidade jurídica do pedido nas ações coletivas envolvendo direitos difusos em defesa do erário ou do patrimônio público[938], já que cabível a ação popular. Os argumentos firmam-se no pedido

---

[936] **José Rogério Cruz e Tucci**, *Ação civil pública e Ministério Público: exorbitância refreada pelos tribunais*, p. 73.
[937] *Controle judicial das chamadas políticas públicas*, p. 756-757.

[938] **Nelson Nery Jr**. estabelece uma diferenciação entre o erário e o patrimônio público: "Erário é a visão que temos do Poder Público, no que tange a seus aspectos econômico-financeiros. O Fisco, por exemplo. Tudo que diga respeito à situação econômico-financeira do Poder Público em seus três níveis (municipal, estadual e federal) significa repercussão na temática do erário. Nestas condições, patrimônio financeiro da pessoa jurídica de direito público é erário. Patrimônio público ou patrimônio social, creio, é algo muito mais amplo, que abrange situações para além do aspecto puramente patrimonial, econômico-financeiro do Poder Público considerado

coletivo de ressarcimento, que, se procedente, destinar-se-á ao Fundo de Direitos Difusos, o que elimina a possibilidade de retorno aos cofres públicos. Segundo esses, portanto, só a via da ação popular é que seria permitida.

Não concordamos, primeiro, porque não há, nesse sentido, nenhuma proibição no ordenamento. Pelo contrário, a lei da ação civil pública permite a qualquer dos legitimados utilizar a via para a proteção do patrimônio público (qualquer outro direito difuso ou coletivo). Segundo, porque destinar-se o ressarcimento ao fundo não impede o ressarcimento ao erário. É possível e, inclusive, viável, nesse caso, que a verba volte aos cofres públicos e não ao Fundo[939]. Terceiro, porque, se houver possibilidade de alguma discussão a respeito, ela deve ser feita em sede de falta de interesse processual e não da possibilidade jurídica do pedido.

Ademais, diante da concomitância de ação popular e outra espécie de ação coletiva com a mesma causa de pedir, há que resolver com a figura processual da conexão e não simplesmente invocar uma impossibilidade jurídica do pedido.

---

genericamente" (*Defesa do patrimônio público em Juízo. Direito processual público – A Fazenda Pública em juízo*, p. 257-258).

939 "Cf. art. 13 da Lei 7.347/85, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Este dispositivo deve ser compatibilizado com o art. 12 da Lei 8.429/92, que prevê entre as sanções pelos atos de improbidade administrativa o ressarcimento integral do dano. Os dispositivos devem ser interpretados conjuntamente, conduzindo à conclusão de que, se a ação é ajuizada para a defesa do patrimônio público e ressarcimento ao erário – a hipótese invariavelmente configurará ato de improbidade administrativa –, o valor da condenação inerente ao ressarcimento deve ser destinado aos cofres públicos lesados, e apenas montantes estranhos ao valor relacionado diretamente ao ressarcimento – v.g., multa fixada liminarmente ou na sentença e outras verbas decorrentes da sucumbência – é que serão remetidos ao fundo de que trata a lei" (**Ricardo de Barros Leonel**, *Manual do processo coletivo*, p. 197 e 198, nota 125). **Ronaldo Porto Macedo Júnior**, ao escrever especificamente sobre o fundo, diz não haver problema em não destinar a verba recebida na ação coletiva ao fundo: "Não obstante, o texto do art. 13 da Lei 7.347/85 assim não o exige, dispondo apenas que, 'havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano reverterá a um fundo (...) sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados'. Levar uma interpretação literal da lei às últimas conseqüências conduziria, contudo, à conclusão freqüentemente contrária à efetiva tutela dos interesses difusos e coletivos de que a reparação jamais poderia ser feita diretamente pelo agente causador do dano, que ficaria obrigado a reverter o valor da indenização ao fundo, cujo conselho gestor então se encarregaria de reparar a lesão" (*Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados*, p. 806).

Ricardo de Barros Leonel[940], ao comentar o tema, diz que o problema gira, na verdade, somente em torno do Ministério Público[941], já que a Constituição Federal proibe-lhe de representar judicialmente os interesses de entidades públicas. No entanto, o próprio autor identifica a falta de fundamento da argumentação, já que o MP, ao propor uma ação coletiva em defesa do erário ou patrimônio público, não está representando os interesses de entidades públicas[942].

Já **Pedro da Silva Dinamarco**[943] visualiza a impossibilidade em virtude da incompatibilidade de procedimentos entre a lei da ação civil pública e a lei de improbidade administrativa, bem como entre as regras da lei da ação civil pública e a lei da ação popular.

O autor demonstra quatro principais diferenças entre as LACP e a LIA para justificar a incompatibilidade e a conseqüente impossibilidade de defender o erário público por meio da ação civil pública: 1º. A destinação do dinheiro objeto da condenação: enquanto a lei de improbidade determina que, conforme o caso se reverta à pessoa jurídica, a lei da ação civil pública destina a verba obrigatoriamente ao fundo; 2º. Quando a ação de improbidade for ajuizada pelo

---

[940] *Manual do processo coletivo*, p. 194-195.

[941] **Pedro Lenza** assume uma posição intermediária: "a hipótese de proteção ao *erário público* pelo Ministério Público, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa e da LONMP (arts. 17 da Lei 8.429/92, e 25, IV, b, da Lei 8.625/93), deve implementar-se subsidiariamente, qual seja, desde que configurada a inação do Poder Público credor do valor a ser restituído ao erário, aqui entendido como a expressão econômico-financeira, o tesouro, o fisco" (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 95). No mesmo sentido, **José Marcelo Menezes Vigliar**, *Pode o Ministério Público combater a improbidade administrativa?*. In: Bueno, C. S; Porto Filho, P. P. de R. (coords.). Improbidade administrativa (questões polêmicas). São Paulo:Malheiros, 2001.

[942] Há decisões judiciais atribuindo legitimidade ao Ministério Público para tais ações. Fizemos menção no capítulo em que abordamos as ações coletivas e a improbidade administrativa.

[943] *Ação civil pública*, p. 282.

MP, a pessoa jurídica poderá abster-se de contestar, o que não ocorre na ação civil pública; 3º. Pela lei de improbidade, apenas o MP e a pessoa jurídica têm legitimidade ativa e o rol da lei da ação civil pública é maior; 4º. Na lei da ação civil pública, estão previsto o compromisso de ajustamento e a transação e na ação de reparação por atos de improbidade está proibida expressamente a transação[944].

Não concordamos. Primeiramente, há que compatibilizar as legislações. Como dissemos, nada impede que parte da verba recebida em uma ação civil pública por improbidade administrativa volte aos cofres públicos, o que fará jus à coletividade. O fundo de direitos difusos foi criado justamente pela freqüente impossibilidade de garantir a reparação específica e pela dificuldade de ressarcimento a cada pessoa pelos danos causados, v.g., ao meio ambiente. No entanto, havendo danos ao erário e ocorrendo o ressarcimento, o ideal é que ocorra o retorno aos cofres públicos, o que, em realidade, equivalerá a uma reparação específica, conforme, aliás, prega a própria legislação processual coletiva. Num segundo plano, também não vemos impedimento de que, tratando-se de uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público, por improbidade administrativa, a pessoa jurídica deixe de contestar. Como dissemos, há que interpretar em conjunto as legislações e não separá-las. Em terceiro lugar, repetimos nosso entendimento de que todos os legitimados podem propor ação coletiva por improbidade e não somente o Ministério Público. Por fim, o compromisso de ajustamento e a transação poderão ocorrer dependendo do objeto da ação, isso porque, mesmo tratando-se de ação coletiva outra que

[944] *Ação civil pública*, p. 284 e 285.

Encontramos com essa linha de pensamento **Marcelo Figueiredo**, para quem o objeto das duas ações é diferente, além de a ação de improbidade não admitir a transação (*Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações*, p. 291).

não a que discuta atos de improbidade administrativa, o compromisso de ajustamento e a transação deverão ocorrer com ressalvas e, em algumas situações, não deverão ser admitidos. Assim, é claro, quando o objeto da ação coletiva for a improbidade administrativa que tenha provocado lesões ao erário público, não há mesmo que falar em transação, já que qualquer acordo nesse caso restaria em inutilidade do provimento jurisdicional, que, na hipótese, foi buscado justamente para reparar o erário, salvo, naturalmente, que o compromisso se faça visando facilitar o cumprimento dessa obrigação.

De qualquer forma, aceitos os argumentos do autor, há que separá-los para fins de carência de ação. O primeiro e o segundo incorreriam em ausência de interesse processual, o terceiro em ilegitimidade de parte, o quarto em impossibilidade jurídica do pedido.

O autor, ainda, aponta como incompatibilidades entre a LACP e a LAP a legitimidade (todos os legitimados, na primeira, e somente o cidadão, na segunda) e execução de sentença, que, na LAP, permite o desconto em folha.

Quanto à legitimidade, já mencionamos, apenas o cidadão poderá propor ação popular visando ressarcir o erário[945], enquanto a ação civil pública (*coletiva*, para nós) poderá ser proposta por todos os legitimados, menos o cidadão. Nada impede, no entanto, que essa ação civil pública tenha por objeto o ressarcimento ao erário. No que diz respeito ao desconto em folha previsto na lei da ação popular, não vemos impedimento para que a regra se aplique também na execução de uma sentença proferida em outra ação coletiva que não a popular,

[945] Não é essa a opinião de **Ada Pellegrini Grinover**, que atribui legitimidade ao Ministério Público como autor da ação popular em defesa do erário (*Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência*, p. 23 ss).

até por extensão do que dispõe o § 3º, do art. 14, da lei da ação popular: "Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento de dano causado, se assim mais convier ao interesse público".

Há também quem veja como pedido juridicamente impossível a ação coletiva que tenha por objeto a implantação de políticas públicas, já que tal pedido invadiria a esfera de outro poder, principalmente nos quesitos de oportunidade e conveniência que tem o administrador[946].

Discutimos a questão no capítulo em que abordamos 'as ações coletivas' e 'a discricionariedade' do administrador e opinamos contrariamente a tal 'suposta' impossibilidade.

Será ainda possível considerar impossibilidade jurídica do pedido pretender que a verba arrecadada em uma ação coletiva que envolva direitos difusos não seja destinada ao fundo, visto o que prevê a legislação?[947].

Para nós, faltará interesse processual por pedido inadequado, uma vez que não há que falar em ilicitude nem impossibilidade ou, muito menos, em proibição expressa, podendo até, em algumas situações, como vimos, não destinar a verba ao fundo.

---

[946] **Gregório Assagra de Almeida** entende que a implantação de políticas públicas, antes de pertencer à mera conveniência e oportunidade do administrador, é dever do administrador que, se as não realizar, deverá ser acionado por qualquer legitimado coletivo (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 342-343).

[947] Essa é a opinião de **Rogério Lauria Tucci** (*Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Publico*, p. 86). Já **Pedro da Silva Dinamarco** analisa a hipótese como de falta de interesse – adequação (*Ação civil pública*, p. 190).

Para concluir, há que questionar a possibilidade jurídica em pedir dano moral cumulado com outras espécies de danos, diante de direitos difusos.

Não vemos nenhuma impossibilidade jurídica em pedir dano moral[948] em ações coletivas envolvendo direitos difusos, já que a lei não proíbe expressamente tal pedido. Pelo contrário, a LACP fala expressamente em reparação de danos morais. Ademais, não é ilícito nem impossível. Quando muito, poderá faltar interesse processual no pedido de dano moral[949], caso não haja utilidade nesse tipo de provimento, ou seja, tal pedido julgado improcedente, por entender o julgador não estar caracterizada a existência do dano na esfera moral.

1.2. Legitimidade das partes[950]

Há que verificar se todos os legitimados constantes no rol do art. 5º, da lei da ação civil pública bem como no art. 82 do CDC têm legitimidade para propor ações coletivas em defesa de direitos difusos[951].

---

[948] "... é possível concluir-se que, no direito positivo brasileiro e, especificamente, na esfera do sistema da ação civil pública, o dano extrapatrimonial ou moral ambiental e outros similares de conotação coletiva são indenizáveis. (...) Assevere-se que não é qualquer espécie de dano que cabe indenização extrapatrimonial, mas sim ao que causa uma lesão que ultrapassa o limite da tolerabilidade e com ampla repercussão social" (**José Rubens Morato Leite**, *Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro*, p. 492).

[949] Não podemos esquecer a súmula prevendo que a pessoa jurídica também pode sofrer dano moral (Súmula 227, do Superior Tribunal de Justiça).

[950] Interessante mencionar visão de **Márcio Flávio Mafra Leal**, para quem a divisão dos direitos coletivos em difusos, coletivos e individuais homogêneos pertence à condição da legitimidade: "Na ação coletiva no Brasil, portanto, acresceu-se um *plus* à legitimidade para agir, uma legitimidade *especial*, expressa no atendimento, dependendo do caso, de uma dentre as três hipóteses dos incisos do art. 81 (...). Trata-se de uma *condição da ação* que se qualificou: ..." (*Ações coletivas:* ..., p. 189).

Entendemos que todos os legitimados podem defender, por meios de ação coletiva, os direitos difusos, sem restrições.

Rodolfo de Camargo Mancuso pensa que o problema da legitimidade para as ações coletivas estreita-se justamente para os direitos difusos[952].

Ainda, como já mencionado no item da "Possibilidade Jurídica do Pedido", há quem opine pela ilegitimidade do Ministério Público quando a ação coletiva tiver por pedido a proteção do erário[953].

Para alguns, quanto aos legitimados pela Constituição Federal - os sindicatos, por exemplo -, só caberia defender os interesses do grupo que

---

[951] **Pedro da Silva Dinamarco** diz que os direitos difusos, em raras situações, poderiam ser tutelados pelos sindicatos, porque, de acordo com ele, "..., os efeitos benéficos da procedência da demanda não podem atingir pessoas que não pertençam à categoria" (*Ação civil pública*, p. 255).

[952] "...: primeiro, porque, sendo *difusos* tais interesses, não se pode exigir que eles se apresentem necessariamente *organizados*, junto a um órgão ou ente predeterminado; em segundo lugar, a difusão desses interesses pode ser efêmera, contingencial: ..." (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 164).

[953] A jurisprudência, no entanto, já mencionamos, parece estar em outro sentido. Vejamos mais alguns julgados:

"PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CABIMENTO – DANO AO ERÁRIO MUNICIPAL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – PRECEDENTE DA EG. PRIMEIRA SEÇÃO (REsp n. 107.384-RS); "A ação civil pública é adequada à proteção do patrimônio público, visando a tutela do bem jurídico em defesa de um interesse público – O Ministério Público é parte legítima para promover ação civil pública visando o ressarcimento de dano ao erário municipal – Inteligência da Lei 7.347/85 – Ressalva do entendimento do relator – Recurso conhecido e provido" (REsp n. 149.096–MG, DJU 30.10.2000, p. 138); "PROCESSUAL CIVIL – MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AO ERÁRIO – LEGITIMIDADE – 1. Impossível, com base nos preceitos informadores do nosso ordenamento jurídico, deixar de se reconhecer ao MP legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de proteger patrimônio público, especialmente, quando baseia o seu pedido em prejuízos financeiros causados a ele por má gestão (culposa ou dolosa) das verbas orçamentárias. 2. Com efeito, não poderia a ação civil pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do MP promover 'ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos' (art. 129, III), *tout court* (e não os 'interesses coletivos e difusos indicados em lei') (Milton Flacks, in Rev For Vol. 32, p. 33 a 42). 3. Nem mesmo a ação popular exclui a ação civil pública, visto que a própria lei admite expressamente a concomitância de ambas (art. 1º) (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data*, 12 ed., RT, p. 120). 4. Precedentes jurisprudenciais entre tantos outros: REsp 98.648/MG, rel. Min. José Arnaldo, DJU 28.04.1997; REsp 31.547-9/SP, rel. Min. Américo Luz, DJU 08.11.1993 ..." (Recurso Especial n. 167.783 – MG, DJU 17.08.1998).

representam. Assim, jamais teriam legitimidade para os direitos difusos. Não partilhamos dessa opinião, porque nos parece perfeitamente possível que os sindicatos, entidades de classe ou associações, por exemplo, prevejam em seus estatutos a defesa de interesses coletivos, no sentido amplo, ou tutelem interesses que, embora difusos, também acolham a categoria que representam.

Quanto ao cidadão, vimos, terá legitimidade apenas para a ação popular[954]. Assim, está legitimado para a defesa dos direitos difusos lá disciplinados.

No que diz respeito ao pólo passivo, há que pensar na possibilidade de ações coletivas propostas contra uma coletividade, envolvendo os direitos difusos[955].

Vimos que nosso sistema não regulamenta a ação coletiva passiva. Assim, uma ação, ainda que proposta contra algum ente representativo de classe, categoria, etc., não seria, a nosso ver, ação coletiva em defesa de direitos difusos, mas de direitos coletivos.

---

[954] **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que, "tratando-se de interesses *difusos*, o ideal seria que a legitimação fosse também *difusa*, isto é, aberta a todos os interessados" (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 171).

[955] **Rodolfo de Camargo Mancuso** diz que "quando se trate de ações importando interesses difusos, metaindividuais, há que se considerar, primeiramente, a raridade de uma ação proposta contra os 'co-portadores' de um determinado interesse superindividual ...", mas, admite ele, "... não é impossível, que, por exemplo, uma companhia pesqueira se adiante e promova uma ação tendo por objeto certos interesses difusos relacionados à pesca de espécimes da fauna marítima, dirigindo a ação contra a(s) entidade(s) representativa(s) desses interesses" (*Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 167).

É de ressaltar, portanto, que, mesmo vindo a admitir a ação coletiva passiva, será bastante difícil imaginar uma que se refira a direitos difusos, embora não impossível.

No resto, a legitimidade passiva para as ações coletivas em defesa de direitos difusos é a mais ampla possível, não havendo, em princípio, restrições, salvo as mencionadas ao tratarmos das espécies de ações coletivas e suas condições.

1.3. Interesse processual

Entendemos que faltará interesse processual, por falta de adequação, à ação coletiva que pretenda a tutela de direitos difusos, quando, na realidade, o pedido e/ou a causa de pedir conduzam a uma outra espécie de direito coletivo, que não o difuso.

Para evitar que isso ocorra, importa identificar pelo pedido/causa de pedir, do legitimado e do bem envolvido, que espécie de direito coletivo se está abordando.

Ademais, as notas de indivisibilidade do objeto e indeterminação dos sujeitos conduzem a essa categoria de direitos coletivos, qual seja, a dos direitos difusos.

2. As condições da ação e os direitos coletivos *stricto sensu*

Os direitos coletivos em sentido estrito fazem parte da categoria intermediária dos direitos coletivos em geral. São os direitos dos grupos, das classes, das categorias, envolvendo pessoas ligadas por uma relação jurídica preexistente e que, embora, em princípio, indetermináveis, podem vir a ser determinadas.

Vejamos as condições para as ações coletivas em defesa dos direitos coletivos *stricto sensu*:

2.1. Possibilidade jurídica do pedido

Qualquer ação, reiteramos, pode conter pedidos juridicamente impossíveis. Basta que sejam feitos pedidos ilícitos, impossíveis ou expressamente proibidos na legislação.

Portanto, é possível que uma ação coletiva na defesa de direitos coletivos *stricto sensu* contenha pedidos ilícitos, impossíveis de atingir ou cuja restrição esteja prevista na própria lei. Nessa hipótese, estaremos diante de uma impossibilidade jurídica do pedido e o processo deverá ser extinto sem resolução de seu mérito.

2.2. Legitimidade das partes

A legitimidade para as ações coletivas em defesa de direitos coletivos *stricto sensu* é também de todos os legitimados.

Quanto ao cidadão, considerando que sua legitimidade restringe-se à ação popular, aos defensores de que somente os direitos difusos podem ser tutelados por tal via cabe opinar pela ilegitimidade do cidadão em defender os direitos coletivos.

Não é nosso juízo que a ação popular seja via apenas para a tutela dos direitos difusos, mas, ainda que assim fosse, a questão se referiria à ausência de interesse processual e não à legitimidade.

A legitimidade passiva, em princípio, será de qualquer pessoa, ou seja, não há restrições para que uma pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, esteja no pólo passivo de uma ação coletiva envolvendo direitos coletivos.

2.3. Interesse processual

Da mesma maneira, pensamos que faltará interesse processual, por falta de adequação, à ação coletiva que pretenda a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, quando, na realidade, o pedido e/ou a causa de pedir conduzam a outra espécie de direito coletivo que não essa.

A determinabilidade dos sujeitos é a nota distintiva entre estes e os direitos difusos, bem como a existência de uma relação jurídica base. Assim,

não há que confundir, sob pena de extinguir o processo por falta de interesse processual.

3. As condições da ação e os direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos provavelmente são os que geram mais polêmicas em torno de seu significado e, conseqüentemente, das condições das ações coletivas que os tutelam.

É sabido que esses direitos, em sua essência, são individuais, porém, gozam da oportunidade de tutela coletiva.

São, assim, direitos que, por terem origem comum, dariam ocasião favorável para uma ação individual com litisconsórcio ou, ainda, a conexão de ações pelos elementos comuns (pedido e causa de pedir) e, inclusive, ações individuais independentes.

Tratemos de suas condições, nestas hipóteses:

3.1. Possibilidade jurídica do pedido

Talvez a maior polêmica da possibilidade jurídica do pedido gire em torno dos direitos individuais homogêneos. Isso se deve a terem sido eles tratados no CDC, posteriormente à lei da ação civil pública e à Constituição Federal[956],

[956] Muito embora, conforme já dissemos, a lei de investidores de mercados mobiliários tenha abordado essa categoria de direitos coletivos.

havendo em decorrência disso discussões sobre a defesa dessa categoria de direitos em relações outras que não as de consumo.

Também, como dissemos ao discutir a legitimidade do Ministério Público para a defesa desses direitos, surgem argumentos variados, sobre a disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, conduzindo muitas vezes essa variedade de opiniões à impossibilidade, vista a nota da disponibilidade no caso concreto.

Embora já nos tenhamos posicionado contrários a isso, ainda que se aceitasse o aspecto da disponibilidade como argumento para tal impossibilidade, resta saber se a problemática gira em torno apenas da legitimidade do Ministério Público para esses direitos ou se se aplica a todos os legitimados.

E quanto à prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais? Deverá ocorrer para que fique caracterizada a possibilidade da via coletiva?

São esses e muitos outros os temas que vêm sendo objeto de discussão entre os juristas, para os quais procuraremos direcionar-nos.

De qualquer forma, toda essa polêmica parece tratar-se de falta ou presença do interesse processual e não de possibilidade jurídica do pedido ou impossibilidade jurídica do pedido.

No item respectivo, discutiremos o assunto.

3.2. Legitimidade das partes

A legitimidade para as ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos também está envolta em algumas contradições.

Começando pelo Ministério Público, tido muitas vezes por ilegítimo para a defesa desses direitos, ora por apresentar o caso concreto, característica de disponibilidade, ora por deixar de discuti-los em virtude de uma relação de consumo, e assim por diante.

Não podemos aceitar tais argumentos, já que o Ministério Público terá sempre legitimidade para defender direitos coletivos, sejam de que espécie forem, uma vez que os direitos coletivos – em sentido amplo – pela própria natureza que possuem – apresentam relevância social, o que torna o MP e os demais legitimados aptos a ocupar o pólo ativo das ações coletivas.

Quanto ao indivíduo, muito embora os direitos individuais homogêneos sejam em sua natureza propriamente individuais, não pode a ação coletiva ser proposta por ele ou eles. Esse entendimento é pacífico[957].

Para a legitimidade passiva, não há limitações, podendo qualquer pessoa, em princípio, figurar no pólo passivo de uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos.

[957] Embora tenhamos encontrado um autor que admite a propositura de uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, pelo indivíduo: "... não há razão para se impedir o indivíduo isoladamente da promoção de ação coletiva, mormente para a defesa de interesses individuais homogêneos, que o afetam, também, pessoal e diretamente" (**Edson Cosac Bortolai**, *Da defesa do consumidor em juízo*, p. 55).

3.3. Interesse processual

Os direitos individuais homogêneos, previstos no CDC, receberam desse diploma um capítulo específico para sua tutela, com a denominação "das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos" (capítulo II), que estabelece, já no primeiro artigo, que os legitimados poderão propor em defesa das vítimas ou sucessores a ação coletiva de "responsabilidade pelos danos individualmente sofridos" (art. 91). A partir desse ponto, as dúvidas começam:

- Faltará interesse processual a uma ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos que não diga respeito a relações de consumo?

- Poderá haver interesse processual em uma ação coletiva que pretenda tutelar direitos individuais homogêneos, porém sem que danos tenham ocorrido? O pedido, nesta ação, poderá ser outro que não o condenatório?

- As regras processuais serão só as do capítulo em referência ou as demais previstas no CDC serão aplicadas? E quanto às da lei da ação civil pública, aplicam-se ao caso? [958].

- Os direitos individuais homogêneos, para se caracterizarem, bastarão apresentar a origem comum ou, ainda, para serem considerados como tal,

[958] **Nelson** e **Rosa Nery** entendem que, para as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, deverá ser aplicado o procedimento dos arts. 91 e ss. do CDC e também, no que couber, o título III do CDC, bem como a LACP (*Código de processo civil comentado*, p. 1864). **Marcelo Abelha** adota para os direitos individuais homogêneos todos os artigos de natureza processual do CDC, mas exclui as regras contidas na LACP

terão de ter relevância social, número considerável de lesados, apresentarem notas de indisponibilidade, etc?

- E quanto à possibilidade de mensuração dos danos individuais? É imprescindível?[959].

- Ainda, incorrer-se-á em ausência de interesse processual se não ficar caracterizada a utilidade da tutela coletiva em relação às tutelas individuais?[960].

(*Ação civil pública e meio ambiente*, p. 35). **Ada Pellegrini Grionover** inclui não só as regras processuais do CDC como as da LACP (*A ação civil pública e a defesa dos direitos individuais homogêneos*, p. 211).

[959] Há um julgado do STJ entendendo ser incabível a ação coletiva quando não seja possível registrar o número de vítimas, mensurar as pessoas atingidas e os prejuízos de cada uma (REsp n. 703471-RN, 2ª Turma, j. 25/10/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 21/11/2005, p. 195).

[960] **Ada Pellegrini Grinover** entende que "o requisito da superioridade da tutela coletiva, em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordado, no direito brasileiro, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo. (...) Reforça-se, assim, a necessidade de lançar mão de institutos como as condições da ação, para evitar que o processo leve a um resultado ineficaz (em termos de utilidade da decisão), inadequado (em termos de correspondência entre a pretensão de direito material e a tutela pretendida) ou injusto (em termos de limitação ao contraditório)" (*Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 22-25). **João Carlos Corsini Gambôa** diz não parecer razoável "... admitir-se ação coletiva, para defesa de direitos individuais homogêneos, se os titulares desses direitos puderem ser facilmente reunidos em litisconsórcio facultativo. Em semelhante hipótese, não haveria utilidade alguma que aqueles entes indicados na lei agissem em juízo, mediante legitimação extraordinária, com todos os ônus do processo coletivo (...), pedindo proteção de direitos que os próprios titulares podem requerer diretamente, em legitimação ordinária". Por outro lado, manifesta o autor "... que não se pode justificar a necessidade da tutela coletiva ao simples argumento de que sem ela não haveria como tutelar o direito individual de cada integrante do grupo, porque, a rigor, cada titular tem à sua disposição o poder de agir em juízo, direta e pessoalmente" (*As condições da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos – comparação com as class actions do direito Norte-Americano*, p. 4 e 146). **Athos Gusmão Carneiro** menciona que os direitos individuais homogêneos só poderão ser objeto de tutela, mediante ação coletiva, quando essa apresente como objetivo maior a tutela de interesses coletivos com prevalência aos interesses de ordem meramente individual (*Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público*, p. 196). **Pedro Lenza** diz que "os requisitos da prevalência e da superioridade deverão ser aferidos pelo magistrado no caso concreto, cabendo-lhe indeferir o processamento de qualquer ação de classe que não preencha os requisitos da homogeneidade e da origem comum (...) ou, de modo mais amplo, sempre que o processo leve a um '(...) resultado *ineficaz* (em termos de utilidade de decisão), *inadequado* (em termos de correspondência entre a pretensão de direito material e a tutela pretendida) ou *injusto* (em termos de limitação do contraditório). Ou para corrigir o seu rumo, a qualquer momento, porquanto é sabido que não há preclusão sobre as condições da ação ou sobre as garantias do devido processo legal, que devem ser amplamente asseguradas ao réu no processo de liquidação' " (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 197). A citação feita pelo autor é de **Ada Pellegrini Grinover**, que complementa seus ensinamentos dizendo que "quanto mais os aspectos individuais prevalecerem sobre os comuns, tanto mais a tutela coletiva será inferior à individual, em termos de eficácia da decisão. Na

- Por fim, como já discutimos nas duas outras modalidades de direito coletivo, pergunta-se: Incorrer-se-á em falta de interesse processual, por falta de adequação, caso a ação coletiva que pretenda a tutela de direitos individuais homogêneos envolver um pedido e/ou uma causa de pedir que conduzam a outra espécie de direito coletivo que não o individual homogêneo?[961].

Primeiramente, pensamos que a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos pode referir-se a outros direitos que não os concernentes a relações de consumo[962].

---

linguagem do Código de Defesa do Consumidor, quanto mais heterogêneos os direitos individuais, tanto menos útil a sentença genérica do art. 95 e inadequada a via da ação civil pública reparatória de danos individuais. Assim, no nosso sistema jurídico, à impossibilidade jurídica do pedido (...) acrescentar-se-á freqüentemente a falta de interesse de agir (interesse-utilidade e interesse-adequação)" (*Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. Relatório preparado para o Congresso de Roma - maio de 2002. Revista forense, vol. 98, n. 361, Rio de Janeiro, maio/jun. 2002, p. 3-12). **Athos Gusmão Carneiro** visualiza a indisponibilidade quando o interesse coletivo apresentar-se em primeiro plano, tornando o interesse privado menos relevante (*Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público,* p. 193).

[961] **Kazuo Watanabe** entende que a fixação correta do pedido e da causa de pedir é que vai influenciar na distinção entre os interesses coletivos (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores ...*, p. 630).

[962] Já tivemos inclusive a oportunidade de mencionar vários julgados nesse sentido, opinando pela inviabilidade de determinadas ações coletivas, por não estar caracterizada a relação de consumo. Vejamos mais um: "Quando a lei n. 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aquele e os respectivos consumidores. Vale dizer, não é qualquer interesse ou direito individual sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente" (RSTJ, 95/93).

A doutrina, em boa parte, pensa diferente, admitindo a defesa de direitos individuais homogêneos que não os decorrentes de relações de consumo: **Nelson** e **Rosa Nery** (*CPC comentado*, p. 1393), **Celso Antonio Pacheco Fiorillo**, **Marcelo Abelha Rodrigues** e **Rosa Maria Nery** (*Direito processual ambiental brasileiro*, p. 170), **Ricardo de Barros Leonel** (*Manual do processo coletivo,* p. 184), **Rodolfo de Camargo Mancuso** (*Interesses difusos e coletivos*, p. 73), **Teori Albino Zavascki** *(Processo coletivo,* p. 176), dentre outros.

Mas houve quem compreendeu não haver constitucionalidade em estender a tutela dos direitos individuais homogêneos a outros direitos que não os que envolvam relações de consumo (*ex. vi*, **Miguel Reale**, citado por **Ada Pellegrini Grinover**, em parecer proferido para o IDEC em uma ação civil pública proposta em face da União: *A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos*, p. 207 – Revista de Direito do Consumidor nº 5, p. 206-229).

Muito embora a categoria tenha sido mencionada e definida com a vigência do código de defesa do consumidor, esse mesmo estatuto menciona, no art. 81, que a defesa coletiva pode ser feita por meio dos direitos difusos, coletivos e dos individuais homogêneos e prega uma integração entre ele (CDC) e a lei da ação civil pública.

Assim, considerando a integração entre esse estatuto e o da lei da ação civil pública, não há por que diminuir o alcance dos direitos individuais homogêneos, que poderão ser tutelados mediante ações coletivas que estejam discutindo outros bens ou direitos que não aqueles decorrentes de relações de consumo. Bem por isso, aliás, todas as normas de índole processual coletiva se aplicam também às ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos e não somente as do capítulo do CDC que delas se ocupam.

Ricardo de Barros Leonel não visualiza nenhuma impossibilidade em proteger direitos individuais homogêneos, ainda que não versem sobre relação de consumo, já que, para ele, as normas relacionadas à proteção coletiva se aplicam num sistema de interação recíproca[963].

Assim já decidiu o STJ, *in verbis*[964]:

---

[963] *Manual do processo coletivo*, p. 184.

[964] Agravo Regimental no Recurso Especial n. 486919-RS, 5ª Turma STJ, j. 05/02/2004, rel. Min. Felix Fischer, DJU 08/03/2004, p. 318.

Conforme comando inserto no art. 21 da Lei nº 7.347/85, é possível a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas, ainda que não versem sobre relação de consumo.

No entanto, não vemos a parte processual do CDC como legislação subsidiária, e sim integrante do Direito Processual Coletivo[965].

Foi como já se manifestou **Nelson Nery**: "*Não é de estranhar-se a invocação de dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor em ações trabalhistas, ambientais, tributárias, na defesa de índios, de idosos etc*"[966].

Entendemos que uma ação coletiva que defenda direitos individuais homogêneos pode ser utilizada ainda que danos não tenha havido. Os pedidos, portanto, poderão ser de todas as espécies e não somente condenatórios[967], até por força do que dispõe o art. 83 do CDC.

---

[965] Não é o que pensa **Teori Albino Zavascki**: "... a aplicação do procedimento da ação coletiva do CDC a outras ações coletivas é sempre em caráter subsidiário (= somente se aplica à falta de disciplina própria em outra norma) e apenas no que couber e for compatível" (*Processo coletivo*, p. 191).

[966] Explica o autor: "Tendo em vista todo esse complexo normativo, é comum haver enganos dos intérpretes, deixando, às vezes, de aplicar dispositivo do Código de Defesa do Consumidor em ação coletiva tributária, por exemplo, por achar que seria desarrazoada a incidência de lei de consumo em relação tributária, olvidando-se de que há a LACP 21 determinando a aplicação da parte processual do Código de Defesa do Consumidor em toda e qualquer ação coletiva" (*O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista*, p. 153-154).

[967] Não estamos sós em nosso juízo. **Ada Pellegrini Grinover** observa que "a ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, regulada pelos arts. 91-100 do Código de Defesa do Consumidor, não esgota todo o repertório dos processos coletivos em defesa dos direitos individuais homogêneos, sendo perfeitamente possível que a ação tendente à tutela desses interesses objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva, tudo consoante disposto no art. 83 do CDC" (*Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 20, nota 1). **Nelson** e **Rosa Nery**, da mesma forma, dizem que, embora a ação mencionada seja condenatória, "isto não significa, contudo, que os direitos individuais homogêneos possam apenas ser defendidos coletivamente por ação condenatória. É que o CDC 83 permite que os direitos previstos no código (dentre os quais se incluem os individuais homogêneos) sejam defendidos por todo e qualquer tipo de ação judicial. Assim, é admissível a ação coletiva de conhecimento (condenatória, constitutiva e declaratória), cautelar

Conseqüentemente, decorrência do que acabamos de dizer, a mensuração dos danos individuais é prescindível.

Para nós, a simples origem comum[968] e a conseqüente homogeneidade[969] já caracterizam a existência de direitos individuais homogêneos, o que, por si só, leva à relevância social e conseqüente interesse processual.

Esse é o sentido da decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*[970]:

---

e de execução para a defesa dos direitos individuais homogêneos de que trata o CDC 81 par. ún. III)" (*CPC comentado*, p. 1403). **Gregório Assagra de Almeida** entende que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se busca por meio de uma sentença condenatória genérica, com pedido de reparação de danos pessoalmente sofridos pelos consumidores, mas, posteriormente, complementa sua idéia dizendo ser possível qualquer tipo de pedido, como os de cunho declaratório e constitutivo, bem como ações cautelares, executivas e mandamentais (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 370-372). **Pedro da Silva Dinamarco** diz que a obrigação, nas demandas versando sobre interesses individuais homogêneos, será necessariamente pecuniária. (*Ação civil pública*, p. 68). **Christianine Chaves Santos** entende ser "perfeitamente possível (...) que, em certas situações, a tutela dos direitos individuais homogêneos demande um provimento desconstitutivo do ato lesivo ou mesmo uma tutela específica, mediante condenação do réu em obrigações de fazer ou não fazer" (*Ações coletivas & coisa julgada*, p. 127). Já **Teori Albino Zavascki** diz não ser cabível ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos que tenha por objeto a obtenção de tutela de natureza constitutiva ou desconstitutiva (*Processo coletivo*, p. 184).

[968] "Parece evidente (...) que a origem comum – sobretudo se for remota – pode ser suficiente para caracterizar a homogeneidade (...). Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente" (**Ada Pellegrini Grinover**, *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 31).

[969] "Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (= núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (= margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular" (**Teori Albino Zavascki**, *Processo coletivo*, p. 156). "(...) a causa de pedir, assim, será elemento decisivo a ser considerado para a admissão da dedução de pedidos essencialmente individuais na modalidade coletiva; ausentes a unidade e identidade de causa de pedir – fator de homogeneidade indispensável -, impossível a via da ação civil pública e, assim, carecedor da ação o legitimado, por falta de interesse de agir" (**José Marcelo Menezes Vigliar**, *A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos*, p. 194-195). **Roberto Castilho**, ao tratar da conceituação da homogeneidade, diz: "(...) significa ela, mais que a mera origem comum do direito, a prevalência dos aspectos coletivos sobre os individuais. É essa homogeneidade que permite falar em 'caráter social' do direito individual, e que legitima sua defesa coletiva, por qualquer dos legitimados previstos em lei" (*Acesso à justiça* ..., p. 153).

[970] REsp n. 279.273-SP, STJ, j. 04/12/2003, rel. Min. Nancy Andrighi (referente à explosão no shopping de Osasco).

> *Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesse ou direitos disponíveis.*

Mas, nos tribunais, as exigências são variadas. Como mencionamos anteriormente, muitas vezes esses órgãos deixam de julgar a ação pela presença da disponibilidade e da possibilidade de determinação dos sujeitos. Há outros julgados em outros sentidos, mas que acabam por concluir pela falta de homogeneidade. Veja-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça[971], que reconheceu a indisponibilidade do direito, mas desconsiderou a homogeneidade presente por tratar-se de pessoa determinada, *in verbis*:

> *PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA DETERMINADA. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA.*
> *1. (...).*
> *2. Não é possível o ajuizamento de ação civil pública para postular direito individual que, apesar de indisponível, seja destituído do requisito da homogeneidade, indicativo da dimensão coletiva que deve caracterizar os interesses tutelados por meio de tais ações.*
> *3. (...).*
> *4. (...).*

Há outras decisões, com compreensões diferentes. Vejamos mais um julgado, *in verbis*:

> *Agravo inominado. Art. 557, § 1º, CPC. Ação civil pública. Instalação e mantença, de maneira permanente e regular, de caixa convencional para atendimento prioritário de portadores de deficiência ou mobilidade reduzida, no andar térreo da agência do*

[971] REsp n. 672871-RS, 2ª T. STJ, j. 06/12/2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 01/02/2006, p. 485.

Banco-réu, em Cabo Frio, sob pena de multa diária. Pretensão amparada na Lei Maior da República, no Estatuto do Idoso, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Estadual nº 4.374/04. Alegação de ausência de legitimidade ativa do Ministério Público, falta de interesse de agir e ausência dos pressupostos exigíveis para a concessão da liminar. 1 – O aspecto referente à disponibilidade dos direitos individuais homogêneos não afasta a possibilidade de tratamento coletivo da presente ***quaestio****, pois é assente o entendimento no sentido de que a relevância social da matéria, ou a extensão social do direito a que se pretende tutelar, atribui a esse mesmo direito a natureza de indisponível. 2. Via eleita – ação civil pública – cabível, e presença da necessidade da propositura da ação. Configuração do interesse de agir. 3 – A ponderação das repercussões da liminar concedida revela sua correção, não sendo teratológica. Proteção da dignidade humana e da saúde. Incidência da Súmula nº 59 deste Tribunal de Justiça. 4 – Razoabilidade do prazo fixado para cumprimento da obrigação imposta (cinco dias) e da multa diária pelo descumprimento (hum mil reais), diante da possibilidade econômica da Instituição Financeira. 5 – Agravo inominado desprovido*[972].

A doutrina também apresenta inúmeras contradições[973].

---

[972] Ag. Inst. n. 2005.002.06663, 7ª Câmara Cível TJRJ, j.17/05/2005, rel. Min. Helda Lima Meireles.

[973] "..., a vida moderna é marcada por fatos e atos relacionados com números expressivos de pessoas: desastres, relações de consumo, litígios envolvendo funcionários, empregados, aposentados, contribuintes, idosos, crianças, deficientes, investidores etc. Fenômenos típicos de massa e que não devem ser considerados e tratados como questões puramente individuais, ainda que a situação pertinente possa ser fracionada, porque divisível. Assumem, assim, relevância social inegável. (...) A proteção coletiva de direitos individuais deve obedecer, no entanto, aos requisitos da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença" (**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, *Ações coletivas*, p. 221).

"Parece claro que, tal como alhures, a admissibilidade da ação coletiva entre nós não pode ficar condicionada a um critério unicamente quantitativo. Em muitos casos, a numerosidade, em si, será tão evidente que a tutela coletiva será não apenas útil, mas necessária, especialmente agora que o juiz pode limitar o litisconsórcio facultativo quando o número de litigantes puder comprometer a rápida resolução do litígio ou dificultar a defesa, recusando o litisconsórcio assim denominado de 'multitudinário'.

Não se configurando semelhante situação, cumpre verificar se a natureza do objeto do processo coletivo impõe dificuldade razoável em que os titulares dos direitos ajuízem suas próprias ações, individualmente ou em litisconsórcio facultativo. Aqui também devem ser considerados aspectos socialmente relevantes, porque pode haver situações em que, embora pequeno o número de interessados, o resultado da demanda pode adquirir maior repercussão, como, por exemplo, no caso de se impor modificação em conduta da parte contrária à classe.

Se as respostas a essas perguntas forem negativas, no sentido de não haver dificuldade razoável na reunião dos interessados em litisconsórcio, e de não ter o objeto da demanda relevância além dos seus próprios limites,

Ada Pellegrini Grinover entende que, faltando homogeneidade, não há que falar em possibilidade jurídica do pedido [974].

Apesar de o legislador brasileiro não ter, como o americano, estabelecido como requisito da ação coletiva uma superioridade entre o interesse coletivo e o individual, entendemos que o interesse processual só estará presente se a via coletiva for mais útil que a via individual para a solução dos conflitos[975].

---

faltará interesse processual de agir a quem quer que instaure ação coletiva" (**João Carlos Corsini Gambôa**, *As condições da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos – comparação com as class actions do direito norte-americano*, p. 147-148).

Para **Rodolfo de Camargo Mancuso**, deve ser considerado o expressivo número de pessoas, a inviabilidade do litisconsórcio e a origem comum (*Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos,* p. 440-441).

Diferente de todos, **Nelson Nery Jr**., que fala apenas em 'origem comum' (*Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor*, p. 206) e **Sérgio Shimura**, para quem "(...) não é a natureza disponível e divisível – (...) - que retira a homogeneidade dos interesses e lhes expurga da tutela a título coletivo. Constatada a origem comum dos mesmos, exsurge o interesse social na sua proteção, que se transforma no divisor de águas entre o direito individual, na sua dimensão particular, e aquele visto sob ótica comunitária, coletiva; ..." (*Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 60).

[974] "Como é sabido, a possibilidade jurídica caracteriza-se pela previsão, no ordenamento, da tutela jurisdicional para o pedido que se formula. Se a tutela jurisdicional dos direitos individuais, a título coletivo, está circunscrita, no sistema brasileiro, aos direitos *homogêneos*, a falta dessa característica deve levar à inadmissibilidade da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Sendo os direitos heterogêneos, haverá impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva.

Chega-se, por esse caminho, à conclusão de que a *prevalência das questões comuns sobre as individuais*, que é condição de admissibilidade no sistema das *class actions for damages* norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem *homogêneos*. Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível" (*Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 20).

Em linha semelhante, discutindo a ausência da origem comum, **João Carlos Corsini Gambôa**, que, ao escrever uma dissertação de mestrado sobre *as condições da ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos*, entendeu: "A lei admitiu a tutela jurisdicional coletiva quando se trate de direitos individuais homogêneos, desde que decorram de origem comum. Fora dessa hipótese, por conseguinte, não será possível a tutela coletiva para interesses individuais, ainda que homogêneos em algum outro senso. (...) Por outras palavras, a tutela jurisdicional coletiva não será admissível, nem em tese, por impossibilidade jurídica da demanda, em relação a direitos homogêneos cuja origem não seja comum – peculiaridade que se revelará processualmente na causa de pedir" (*As condições da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos – comparação com as class actions do direito norte-americano*, p. 139-140).

Em outras palavras, o mesmo autor: "O mesmo ocorreria se da mera afirmação contida na petição inicial de ação coletiva pudesse verificar-se *prima facie* que os direitos individuais não são homogêneos ou não decorrem de origem comum. Nesse caso, ao juiz só restaria a possibilidade de extinguir o processo, sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica, uma vez que o ordenamento processual não admite tutela jurisdicional

Vimos que o interesse processual se verifica diante da necessidade, utilidade e adequação. Se uma ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, ao invés de simplificar o procedimento, o tumultua, nos moldes do litisconsórcio multitudinário, a separação da ação coletiva em diversas ações individuais será obviamente o caminho ideal, sob pena de extinção da ação coletiva, por falta do interesse processual-utilidade[976].

Encontramos uma decisão judicial[977] opinando pela ausência do interesse processual, em virtude da quantidade de legitimados no pólo ativo, *in verbis*:

> *PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. INDEFERIMENTO INICIAL.*
> *1. Ação coletiva com mais de cento e trinta sindicatos no pólo ativo, com pedido de depósito dos expurgos das contas vinculadas no FGTS, cumulado com o requerimento de levantamento dos depósitos, é no mínimo temerária, principalmente quando formulada em medida cautelar depois de ter sido negado o pleito nas instâncias ordinárias, com a denegação da segurança.*

---

coletiva em relação a direitos individuais que não sejam homogêneos e oriundos de causa comum" (**João Carlos Corsini Gambôa**, *Ibid*, p. 26).

[975] "O requisito da superioridade da tutela coletiva, em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordado, no direito brasileiro, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo" (**Ada Pellegrini Grinover**, *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 32).

[976] **Ada Pellegrini Grinover** traz um exemplo dessa dificuldade: "... o do pedido de indenização consistente no ressarcimento de fumantes pelos danos provocados pelo tabaco. Nesse caso, pode-se imaginar que a sentença coletiva, mesmo se favorável, afirme simplesmente que o fumo *pode ocasionar* danos à saúde, condenando a ressarcir aqueles que efetivamente sofreram prejuízos, desde que comprovado o nexo causal entre suas afecções e o uso do tabaco. Toda a prova deverá ser feita no processo de liquidação, e será exatamente a mesma que seria produzida em cada ação individual de conhecimento. A sentença coletiva não terá tido utilidade prática ..." (*Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 35-36).

[977] Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 8951-ES, 2ª T. STJ, j. 04/11/2004, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 13/12/2004, p. 265.

2. Medida cautelar que padece de falta de interesse juridicamente protegido.

Apesar de não ter a legislação processual coletiva discutido expressamente a superioridade da tutela na forma coletiva sobre a tutela individual, esta fica subentendida pela própria razão de ser do sistema. Aliás, com isso em mente, o anteprojeto brasileiro de código de processo coletivo (Profª Ada P. Grinover) mencionou "ser necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto" (art. 26, § 1º).

É também esse, como vimos, um requisito das *class action for damages* (*superiority*)[978].

No entanto, há que verificar no caso concreto a existência ou inexistência desse interesse, já que uma ação coletiva que se refira a poucas pessoas, por exemplo, não perderá necessariamente sua qualidade e utilidade por essa via.

Outro cuidado a tomar refere-se aos pedidos feitos na ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos, já que faltará interesse processual em efetuar pedidos individuais. Os pedidos devem ser tais que, quando acolhidos, abarquem indistintamente os que estiveram envolvidos por origem comum a algum fato, sem o que não se poderá apreciar o pedido. A ele cumpre tratar somente das questões comuns, daí a nota da generalidade.

[978] **Antonio Gidi**, ao traçar um paralelo entre os requisitos da predominância e da superioridade, diz que, "... se não houver predominância de questões comuns, a ação coletiva não será uma técnica superior a outros métodos disponíveis para a solução da controvérsia. A predominância, assim, deveria ser um mero fator para determinar a

Por fim, caso a ação coletiva que pretenda a tutela de direitos individuais homogêneos envolver um pedido e/ou uma causa de pedir que conduzam a outra espécie de direito coletivo que não o individual homogêneo, obviamente faltará interesse processual.

superioridade, e não um requisito autônomo para o cabimento da ação coletiva". Diz também o autor que o requisito da superioridade é praticamente inaplicável em nosso sistema (*A class action* ..., p. 202-203).

CONCLUSÃO

Toda inquietude que reveste um trabalho científico vem acompanhada de idéias iluminadas que, ao longo da progressão, vão despontando e integrando-o.

Bem sabemos que a contribuição ao mundo jurídico pode ter sido modesta; ainda assim, resta-nos a convicção de ter feito o melhor, pelo menos *nosso* melhor.

Revirar as condições da ação para o mundo coletivo das tutelas pareceu um desafio intransponível, mas digno de despertar coragem.

Quando nos depararemos com a impossibilidade jurídica do pedido feito em uma ação coletiva, é o que procuramos desvendar; de que maneira o interesse processual se revelará a ponto de permitir a busca por tal forma de tutela é o que nos demos a conhecer; a presença da legitimidade é o que, tirando a venda dos olhos, tentamos enxergar.

De toda essa dialética, entretanto, restou uma certeza: a justiça perfeita se extrai tão-somente de cada caso particular.

Se meu pedido é juridicamente possível, se meu interesse processual existe ou se as partes são legítimas, a realidade o dirá; e dirá muito melhor do que a hipótese, que não se encontra no mundo real, mas no das fantasias.

Pode parecer pragmático demais, e é.

Mas propomos mais do que o pragmatismo: oferecemos o teleológico, almejando verificar o fim.

Com a mescla destes dois valores - um ponto de vista prático e o estudo da finalidade - chegamos ao principal: a razoabilidade.

Alcançá-la deve ser nossa única preocupação.

Ela é a base da justiça.

Aos nossos magistrados, bem como a todos os intérpretes e trabalhadores do ordenamento, incumbe agir conforme a razão.

Sejamos racionais, sensatos e justos.

Façamos, no mínimo, o aceitável.

Principalmente, sejamos conscientes. Sejamos capazes de entender o que se passa dentro e fora de nós; de julgar, do ponto de vista moral, os próprios atos.

Senso de responsabilidade, retidão e escrúpulo são qualidades que não podem faltar àqueles que se comprometeram com o Estado Democrático de Direito e aos que optaram por uma função essencial à justiça.

Quando essa consciência vier, é muito possível que a validade deste trabalho desapareça, já que, ao longo dos tempos, terão deixado de existir ações

com pedidos juridicamente impossíveis e impossibilidades jurídicas decretadas sem existência real; não haverá espaço para buscas desnecessárias da atividade jurisdicional, nem tampouco para recusas do magistrado em analisar provocações necessárias, adequadas e úteis; não restará ‘ousadia’ em *inutilizar* a via jurisdicional quando não sou eu, ou não somos nós, em face daquele ou daqueles que inadequadamente lá estão.

Teremos então atingido, enfim, o máximo, em termos de justiça?

Longe disso, mas teremos consolidado uma conquista de valor inestimável.

BIBLIOGRAFIA

a) Livros e periódicos

ABDO, Helena Najjar. *Comentários à lei da ação popular: art. 19*. In: COSTA, Suzana Henriques da (coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 285-293, 2006.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do código de proteção e defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 43-78, jul./set. 1995.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

_____. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública: art. 4º da Lei 8.437/1992 e o art. 12, § 1º, da LACP*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-382, 2005.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ACKEL FILHO, Diomar. *Discricionariedade administrativa e ação civil pública*. **RT**, São Paulo, n. 657, p. 51-59, jul. 1990.

AGRIFOGLIO, Sergio. *Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumenti di tutela degli interessi collettivi*. In: Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio. Pavia, 11-12 giugno, 1974. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 16, p. 22-28, out./dez. 1995.

ALBA, Valentina Jungmann Cintra. *Jurisprudência comentada*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 16, p. 140-149, out./dez. 1995.

ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. v. 30.

ALEGRE, José Sérgio Monte. *Ação popular: direito político?* **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, v. 1, n. 3, p. 73-84, 1993.

_____. *Ação civil pública, Constituição Federal e legitimidade para agir*. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, v. 4, n. 14, p. 67-77, 1996.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 207-219, 2005.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 88-97, abr./jun. 2000.

_____. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ALPA, Guido. *Il Diritto dei consumatori*. Seconda edizione. Editora Laterza, novembre 1999.

ALVES, Roberto Barbosa. *Comentários ao artigo 2º, parágrafo único, do estatuto da criança e do adolescente*. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21-32.

AMARAL JR., Alberto do et al. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

AMORIM, José Roberto Neves. *Fundamentos atuais do processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Manole, 2004. v. 1.

ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto. *Responsabilidade civil e ação civil pública*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1993.

ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANTUNES, Nuno Sérgio Marques. *O direito de ação popular no contencioso administrativo português*. **Lex**, Lisboa, 1997.

ARAÚJO JR., João Marcello de et al. *Código do consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Direito Constitucional e meio ambiente*. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 37, p. 63-70, set. 1992.

_____. *A defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 644-649, 2005.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Considerações sobre algumas das reformas do código de processo civil*. **RT**, São Paulo, n. 717, p. 28-55, jul. 1995.

_____. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 503-525, 2005.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113-124, 2003.

_____. *Flexibilização da coisa julgada*. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). **Linhas mestras do processo civil – Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC**. São Paulo: Atlas, p. 137-173, 2004.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Dogmática Jurídica e o novo código de processo civil*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 85-133, 1976.

_____. *Ação popular*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 163-173, 1983.

_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1.

_____. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - Sua evolução ao lado da do direito material*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 64, p.7-23, 1991.

_____. _____. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, n. 2, p.76-99, 1992.

_____. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao CDC.* In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública - Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 152-162, 1995.

_____. _____. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 127-134, 1996.

_____. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Ação civil pública*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 149-185, 1997.

_____. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, vols. 1 e 2.

_____. *Os limites existenciais ao controle jurisdicional dos atos administrativos*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 151-160, 2000.

_____. _____. In: **Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva – coleção estudos e pareceres – II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 431-442.

_____. *A Declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao CDC – Uma hipótese que é representativa de competência exclusiva do colendo STF*. In: **Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva – coleção estudos e pareceres II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 419-430.

_____. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. Coleção estudos e pareceres II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73-84, 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manoel et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 28-64, 2005.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *A ordem econômica e a Constituição Federal de 1988*. Belém: CEJUP, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Considerações sobre a ação popular*. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 59- 66, 1996.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de segurança na Constituição de 1988*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 7-12, 1990.

_____. *Proteção processual dos direitos fundamentais na constituição de 1988*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 93-107, 1993.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *O processo civil no código do consumidor*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 138-46, 1991.

_____. *A defesa do consumidor em juízo*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 190-201, jan./mar. 1993.

_____. *Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 18, n. 70, p. 143-153, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. In: **Direito Processual Civil: ensaios e pareceres**. Borsoi: Rio de Janeiro, 1971.

_____. *A ação popular do direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos"*. In: **Temas de Direito Processual**. Primeira série, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. _____. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 7-19, 1981.

_____. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. In: **Temas de Direito Processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In: **Temas de Direito Processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Notas sobre o problema da "efetividade" do processo*. In: **Temas de Direito Processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. In: **Temas de Direito Processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Dimensiones sociales del proceso civil*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 12, n. 45, p.137-144, 1987.

_____. *Sobre os pressupostos processuais*. In: **Temas de Direito Processual**. Quarta série, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Aspectos da 'extinção do processo' conforme o artigo 329 do CPC*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 198-205, 1990.

_____. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.16, n. 61, p. 187-200, 1991.

_____. *Os novos rumos do processo civil brasileiro*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 133-144, 1995.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARIONI, Rodrigo. *A proibição da reformatio in peius e o parágrafo 3º do art. 515 do CPC*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 693-722, 2005. v. 8.

BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil – Teoria geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Manole, 2003. v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 36-44, 1981.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

_____. *Curso de direito constitucional*. 21.ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação especial: interesses difusos e coletivos – Ação civil pública – Inquérito civil – Improbidade administrativa – Consumidor - Meio ambiente*. In: BONFIM, Edílson Mougenot (coord.). **Coleção curso e concurso**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos processuais e condições da ação*. ***Justitia***, São Paulo, v. 53, n.156, p. 48-66, out./dez. 1991.

_____. *Legitimidade processual e legitimidade política*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 101-112, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de segurança coletivo*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1997.

_____. *Ação e condições da ação*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 260-266, 1999.

_____. *A legitimidade ativa "ad causam" do Ministério Público para ações visando a defesa de interesses individuais homogêneos*. http://jus.com.br/doutrina/belinetti.html, 28/04/00.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. *O conceito jurídico de consumidor*. **RT**, São Paulo, n. 628, p. 69-79, fev. 1988.

_____. *A citzen action norte-americana e a tutela ambiental*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 61-78, 1991.

_____. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O direito do consumidor*. **RT**, São Paulo, n. 670, p. 49-61, ago. 1991.

_____. *O código brasileiro de proteção do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 7, p. 268-292, 1993.

_____. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70-151, 1995.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BERIZONCE, Roberto Omar. *El poder judicial en las recientes reformas constitucionales argentinas*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 192-206, 1988.

BEZERRA, Adão Bomfim. *Comentários ao capítulo VII do estatuto da criança e do adolescente*. In CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 701-705, 2005.

BILICH, Edward K.M.; KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation – cases and materials*. American Casebook Series – West Group, St. Paul, Minn., 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *Responsabilidade civil por danos a consumidores.* São Paulo: Saraiva, 1992.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

BONAUDI, Emilio. *La tutela degli interessi collettivi*. Milano-Torino-Roma: Fratelli Bocca Editori, 1911.

BORTOLAI, Edson Cosac. *Da defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. *Ações coletivas*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 85-100, jul./set. 1993.

BROSSARD, Paulo. *Competência do Ministério Público para a defesa do consumidor de serviços bancários*. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 71-83, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 92-151, 1996.

_____. *A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: CF/88, art. 5º, LXX*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 22, n. 88, p. 185-207, 1997.

_____. *Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 23-37, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (coords.). *Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUFFARA, Júlia Maria Milanese. *Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma do art. 16 da Lei 7.347/85*. Curitiba: Juruá, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 297-304, 2005.

BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Bem público de uso comum – Alteração de destino – Ação popular*. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 84, p. 321-331, abr./jun. 1996.

CALMON DE PASSOS, Elisabeth Nogueira. *Mandado de segurança coletivo*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 18, n. 69, p.164-168, 1993.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Em torno das condições da ação – A possibilidade jurídica*. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 57-66, jul./dez. 1961.

_____. *Mandado de segurança coletivo. Mandado de injunção. 'Habeas data'*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena "pensar" de novo?* In: **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, p. 267-283, 1993. v. 6.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, volume XXX, II série, n. 3, p. 361-402, 1975.

_____. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio. Pavia, 11-12 giugno, 1974. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

_____. *Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 128-159, 1977.

_____. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

_____. *O acesso dos consumidores à justiça*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 205-220, 1991.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O mandado de segurança coletivo e suas características básicas*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 87, n. 316, p. 35-47, out./dez. 1991.

_____. *O mandado de segurança coletivo como garantia dos cidadãos*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 219-241, 1993.

_____. *Depósito bancário em caderneta de poupança. Não incidência do código de defesa do consumidor. Questão da legitimidade para a propositura de ação coletiva*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 351, ano 96, p. 255-273, jul./set. 2000.

_____. *Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, n. 103, p. 189-198, 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça. Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Manual de processo coletivo. Ação civil pública. Ação popular. Mandado de segurança coletivo*. Curitiba: Juruá, 2005.

CARVALHO, Ivan Lira de. *O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 75-95, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2001.

CARVALHO, Míriam Regina. *Direito do Consumidor face à nova legislação*. Leme: LED - Editora de Direito Ltda., 1997.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 8. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça – Tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: Uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006.

CENCI, Ruth Aparecida Bittar. *Revisitando as condições da ação após o advento da Constituição Federal de 1988, em face das leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999.

CHALITA, Gabriel. *O poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CINTRA FILHO, Castro Alves. *Princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 18, n. 70, p.154-165, 1993.

CINTRA, Luis Daniel Pereira; ZANELLATO, Marco Antonio. *O Ministério Público e a defesa coletiva dos interesses do consumidor*. ***Justitia***, São Paulo, v. 54, n.160, p. 236-243, out./dez. 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). *Linhas mestras do Processo Civil - comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

COSTA, Suzana Henriques da. *Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa por meio de ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 566-588, 2005.

_____. *Comentários ao artigo 5º da lei de ação civil pública*. In: COSTA, Suzana Henriques da (coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 385-428, 2006.

COSTA, Suzana Henriques da (coord). *Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COSTANTINO, Giorgio. *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi colletivi davanti al giudice civile*. In: Le azioni a tutela di

interessi collettivi – atti del convegno di studio. Pavia, 11-12 giugno, 1974. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v.1.

CRISPIM, Luiz Augusto. *Estudos preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CRUZ, José de Ávila. *O código de defesa do consumidor e os princípios que regem a sistemática jurídica no País*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1991.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CUNHA, Alcides A. Munhoz. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 224-235, 1995.

CUNHA, Belinda Pereira. *Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Da proteção do consumidor de serviços*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 18-27, abr./jun. 1999.

CUNHA, Gisele Heloísa. *Aspectos da legitimidade para agir no código de defesa do consumidor*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1997.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CURY, Munir (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DADAM, Luzia Nunes. *Ação popular: controle jurisdicional e razoabilidade*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. *Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). **Processo civil e**

interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.147-154, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Comentários ao artigo 4º do estatuto da criança e do adolescente*. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentário jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 36-44, 2005.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. *Direitos humanos: a luta pela justiça*. São Paulo: Comissão Brasileira de Justiça e Paz, 1989.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 383-414, 2005.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DENARI, Zelmo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DEUS, Teresa Cristina de. *Mandado de segurança coletivo*. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo n. 36, p. 169-179, mar./abr. 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Código de defesa do consumidor (alteração no campo intervencional)*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, p. 107-110, jan./mar. 1994.

DIDIER JÚNIOR, Frédie Souza. *Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 351, ano 96, p. 65-82, jul./set. 2000.

_____. *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 96-105, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *As partes no mandado de segurança: Impetrante. Impetrado. Personalidade jurídica e personalidade judiciária. Assistente simples e litisconsorcial. Litisconsorte*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 199-214, 1980.

_____. *Litisconsórcio necessário – Controle jurisdicional do ato administrativo*. Parecer. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 333, ano 92, p. 173-191, jan./mar. 1996.

_____. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Litisconsórcio*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v.1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vols. 1 e 2.

_____. *Liebman e a cultura processual brasileira*. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). **Linhas mestras do processo civil – Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC**. São Paulo: Editora Atlas, p. 82-112, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 505-518, 2005.

_____. *Comentários ao art. 1º da lei da ação popular - Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. In: COSTA, Suzana Henriques da (coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 31-66, 2006.

DINAMARCO, Pedro da Silva; COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (coords.). *Linhas mestras do processo civil - Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1995.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ELIAS, Roberto João. *Condições da ação: Relação com o objeto do processo*. ***Justitia***, São Paulo, v. 48, n. 134, p. 65-84, abr./jun. 1986.

ESTÉVEZ, José B. Acosta. *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona: José Maria Bosch Editor S.A., 1995.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 7-32, 1990.

FARENA, Duciran Van Marsen; RAMOS, André de Carvalho. *Ação civil pública. Proteção de direitos de consumidores que foram e virão a ser incluídos nos bancos de dados ou cadastros. Prática abusiva consistente na inscrição de débitos que se encontram em discussão judicial*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 147-173, abr./jun. 2000.

FARIA, José Eduardo. *A definição do interesse público*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79-90, 2003.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Mandado de segurança coletivo: legitimação e interesse*. **RT**, São Paulo, v. 82, n. 687, p. 34-39, jan. 1993.

FAZZIO JR., Waldo; ROSA, Márcio Fernando Elias; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 139-153, 1993.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor*. ***Justitia***, São Paulo, ano 49, n. 137, p. 49-56, jan./mar. 1987.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édis; MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição*. **RT**, São Paulo, v. 75, n. 611, p. 14-23, set. 1996.

FERRAZ, Antonio Camargo; MILARÉ, Édis; NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Usucapião especial*. In: **Estatuto da cidade: comentário à Lei Federal n. 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.

FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti; LIMA, Maíra Luísa Milani de; LEITE, José Rubens Morato e. *Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 331-343, 2005.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel dias. *A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da*

causa - o pensamento de Alfredo Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 335-347, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Breves reflexões sobre o mandado de segurança no novo texto constitucional*. **RT**, São Paulo, v. 635, p. 24-27, set. 1988.

_____. *Perfil do mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Partidos políticos e mandado de segurança coletivo*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 37-41, jul./set. 1990.

_____. *Mandado de segurança coletivo*. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 145-160, 1993.

_____. *Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos*. *Posição do Ministério Público*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 208, p. 35-53, abr./jun. 1997.

_____. *Ação civil pública: gizamento constitucional*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 525-544, 2002.

_____. _____. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 345-364, 2005.

_____. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações*. In: PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *O código brasileiro de defesa do consumidor*. ***Justitia***, São Paulo, v. 53, n.155, p. 69-76, 1991.

_____. *Promotorias de justiça do consumidor: evolução, metas e prioridades*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 101-117, out./dez. 1993.

_____. *Ação civil pública consumeirista: conflitos de atribuições*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva - 20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC**. São Paulo: Atlas, p. 114-138, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FINGER, Júlio César. *Algumas notas sobre lesividade, ilegalidade e moralidade na ação popular*. **RT**, São Paulo, n. 767, p. 59-70, set. 1999.

FINK, Daniel Roberto et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1989.

_____. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito ambiental tributário como instrumento em defesa do direito a cidades sustentáveis no Brasil e o IPTU progressivo no tempo*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 97-109, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; NERY, Rosa Maria Andrade; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FLAKS, MILTON. *Instrumento de defesa coletiva dos contribuintes*. **RT**, São Paulo, n. 681, p. 41-48, jul. 1992.

_____. *Instrumentos processuais de defesa coletiva*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 61-77, out./dez. 1992.

FLORES, Carlos Thompson. *Ação popular constitucional – Pressupostos que autorizam o seu ajuizamento*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 218-230, 1991.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 471-485, 2005.

FREDERICO MARQUES, José. *As ações populares no direito brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 52, p. 42-50, abr./jun. 1958.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 66-81, 2005.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. In: **Coleção estudos de direito de processo – Enrico Tullio Liebman**. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 43.

FREITAS, José Carlos de. *A ação civil pública, a ordem urbanística e o estatuto da cidade*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 257-268, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos et al. *Código do consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca. *Ministério Público e políticas públicas para a concretização da ordem social constitucional*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999.

FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação civil pública e separação dos poderes do Estado*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 713-752, 2002.

_____. *Ação civil pública em tutela de direitos difusos: condições da ação – Indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 487-503, 2005.

FUHRER, Maximilianus C. A.; Milaré, Édis. *Manual de direito público e privado*. 9. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

FURTADO, Fabrício Adroaldo. *Extinção do processo e mérito da causa*. **RT**, São Paulo, n. 58, p. 16, 1990.

GAMBÔA, João Carlos Corsini. *As condições da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos – comparação com as class actions do direito norte-americano*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

GASPARINI, Diogenes. *Comentários à lei de ação popular: Art. 1º - Patrimônio Público*. In: COSTA, Suzana Henriques (coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 67-93, 2006.

GHESTIN, Jacques; SOLUS, Henry. *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les jurisdictions administratives et judiciaries*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A. et Louis Boré, Paris, 1997.

GIANNINI, Massimo Severo. *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*. In: Le azioni a tutela di interessi collettivi – atti del convegno di studio. Pavia, 11-12 giugno, 1974. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, p. 61-70, 2002.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

_____. *Código de processo civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 757-776, 2005.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle 'class actions'*. Publicazioni della università di Pavia – Facoltà di giurisprudenza –. In: Studi nelle scienze giuridiche e sociali – nuova serie, vol. 80, CEDAM, 1996.

GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 608-642, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 470-483, 2005.

_____. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Fábio Luiz. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio A. Batista da. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação civil pública – OAB/ União Federal – Próteses – Crianças e adolescentes com câncer*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 119, p. 241-247, 2005.

_____. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *O Ministério Público e a defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 59-74, jul./set. 1993.

_____. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *Anotações sobre ações coletivas no código do consumidor*. **RT**, São Paulo, n. 688, ano 82, p. 264-267, fev. 1993.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretando o código de defesa do consumidor: algumas notas*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 183-189, jan./mar. 1993.

_____. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2003.

GRINBERG, Rosana. O *Ministério Público, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: 8.625, de 12.02.93 e os interesses difusos*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 171-178, out./dez. 1993.

_____. *O Ministério Público e a defesa do consumidor individualmente considerado*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo n. 22, p. 167-170, abr./jun. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal – Uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 4, n. 14/15, p. 25-44, 1979.

_____. *A problemática dos interesses difusos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, p. 29-45, 1984.

_____. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, p. 78-84, 1984.

_____. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – A Lei 7.347 de 24.07.1985*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 113-128, 1986.

_____. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*. In: **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 96-101, 1990.

_____. *O novo processo do consumidor*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 62, p.141-152, 1991.

_____. *A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos*. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, p. 206-229, 1993.

_____. *Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 293-307, 1993.

_____. *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular: possibilidade de conexão, continência e litispendência*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública - Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 23-27, 1995.

_____. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 165-176, 1996.

_____. *Ação civil pública refém do autoritarismo*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 32-35, 1999.

_____. *A ação civil pública no STJ*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 9-26, 2000.

_____. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 9-15, 2000.

_____. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 11-27, 2001.

_____. _____. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19-39, 2002.

_____. *Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. Relatório preparado para o Congresso de Roma (maio de 2002). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, p. 3-12, maio/jun. 2002.

_____. *Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 139-146, 2003.

_____. *Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC**. São Paulo: Atlas, p. 7-24, 2006.

_____. *Código modelo de processos coletivos para Ibero-América - Exposição de motivos*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC**. São Paulo: Atlas, p. 25-32, 2006.

_____. *Rumo a um código brasileiro de processos coletivos – exposição de motivos*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC**. São Paulo: Atlas, p. 1-6, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimação ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 107-139, 2005.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor – Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público*. 2. ed. rev. e amp. Recife: Brasília Jurídica, 1993.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

JOÃO, Ivone Cristina de Souza. *A legitimidade ativa do Ministério Público nas ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, decorrentes de relações de consumo (Lei 8.078/90)*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001.

_____. *Litisconsórcio e intervenção de terceiros na tutela coletiva (ênfase nas relações de consumo e nos direitos individuais homogêneos)*. São Paulo: Editora Fiúza, 2004.

JORGE, Flávio Cheim. *Notas sobre o chamamento ao processo*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 69-87, 1996.

_____. *Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p. 97-138, jan./mar. 1996.

_____. *Chamamento ao processo*. In: **Coleção Estudos de Direito de Processo - Enrico Tullio Liebman**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 35.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *Considerações sobre a ação civil pública*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 6, p. 43-61, abr./jun. 1997.

_____. *Meios de defesa do meio ambiente: ação popular e participação pública – Brasil - Portugal*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 17, ano 5, p. 64-111, jan./mar. 2000.

KANE, Mary K.; MILLER, Arthur R.; WRIGHT, Charles A. *Federal practice and procedure*. West publishing Co., St. Paul, USA, 2. ed., 1986, v. 7a.

KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.M. *Class actions and other multi-party litigation – cases and materials*. American Casebook Series – West Group. St. Paul, Minn., 2000.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

LAZZARINI, Marilena. *As investidas contra as ações civis públicas*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela Coletiva: 20 anos**

da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC. São Paulo: Atlas, p. 159-162, 2006.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do trabalho*. São Paulo: LTR, 1998.

LEITE, José Rubens Morato. *Ação popular: um exercício da cidadania ambiental?* **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 17, ano 5, p. 123-140, jan./mar. 2000.

_____. *Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 458-492, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; LIMA, Maíra Luísa Milani de; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. *Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 331-343, 2005.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi nas ações coletivas*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125-190, 2002.

_____. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

L'HEUREWX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 5-26, jan./mar. 1993.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, ano 42, p. 216-226, out. 1945.

_____. *Manual de direito processual civil*. Trad. DINAMARCO, Cândido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1984, vol. 2.

LIMA, Maíra Luísa Milani de; LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. *Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 331-343, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *A reformatio in peius no direito processual civil*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35-60, 2005. v. 8.

LOPES, João Batista. *Carência da ação e mérito da causa*. **RT**, São Paulo, n. 453, p. 23-26, jul. 1973.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 3.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência*). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). **Tutela Coletiva - 20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC**. São Paulo: Atlas, p. 184-199, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva - 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

LUGO, Andréa. *Azione populare*. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1959.

MACEDO, Alexander dos Santos. *Da ação popular – Retratabilidade da posição assumida pela pessoa jurídica no processo – Possibilidade*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 328, ano 90, p. 3-8, out./dez. 1994.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública - Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 799-827, 2002.

_____. *Ação civil pública, o direito social e os princípios*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 559-565, 2005.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (coords.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Antonio Alberto. *A crise estrutural do ensino jurídico e a formação acadêmica do promotor de justiça: limites e possibilidades de atuação*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Administração participada e interesses coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, p. 46-53, 1984.

_____. *Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Engenharia genética: aspectos jurídicos. O papel da ação civil pública*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei**

7.347/1985: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 623-700, 2002.

MAGGIO, Marcelo Paulo. *Condições da ação – Com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. _____. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 438-450, 1995.

_____. *O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 45-63, 1987.

_____. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Ação civil pública – Em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Uma analise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do código de defesa do consumidor e ação popular*. ***Justitia***, Rio de Janeiro, v. 54, n. 160, p. 181-204, out./dez. 1992.

_____. *Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 148-156, 1992.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Interesses difusos e coletivos*. **RT**, São Paulo, n. 747, p. 67-99, jan. 1998.

_____. *Ação civil pública trabalhista*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 24, n. 93, p. 151-178, 1999.

_____. *A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais*. **RT**, São Paulo, n. 782, p. 20-47, dez. 2000.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 753-798, 2002.

_____. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. *Da extinção anormal do processo*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 75-87, 1980.

MARÍNGOLO, Pedro Aurélio Pires. *Ação civil pública – Interesses individuais – Carência*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 375-379, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1994.

_____. *Tutela específica – Arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Floriano Azevedo. *Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.).

Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191-198, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação civil pública é veículo processual imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis*. Consulta. **RT**, São Paulo, n. 707, p. 19-32, set. 1994.

MARTINS, Mario Bento. *Ação popular. Singularidades e controvérsias do instituto*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 53/54, p. 179-202 jan./jun. 1980.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Wallace Paiva. *A Lei da improbidade administrativa*. ***Justitia***, São Paulo, v. 58, n. 174, p. 46-55, abr./jun. 1996.

MAZZEI, Rodrigo. *Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 652-695, 2005.

_____. *Comentários à lei de ação popular – Art. 6º*. In: COSTA, Suzana Henriques (coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 151-197, 2006.

_____. *Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas*. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ação Civil Pública*. **RT**, São Paulo, n. 682, p. 24-30, ago. 1992.

_____. *Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor - O papel do Ministério Público*. ***Justitia***, São Paulo, n. 160, ano 54, p. 158-180, 1992.

_____. *Interesses coletivos e difusos*. ***Justitia***, São Paulo, n. 157, ano 54, p. 41-54, jan./mar. 1992.

_____. *Ação civil pública*. **RT**, São Paulo, n. 690, p. 277-279, abr. 1993.

_____. *Ministério Público e a defesa do regime democrático*. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JR., Ronaldo Porto (coords.). **Ministério Público II – Democracia**. São Paulo: Atlas, p. 88-102, 1999.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo. Meio ambiente. Consumidor. Patrimônio cultural. Patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários aos artigos 200 e 201 do* e*statuto da criança e do adolescente*. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 638-659, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édis. *O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição*. **RT**, São Paulo, n. 611, vol. 75, p. 14-23, set. 1986.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria geral do processo – O processo como serviço público*. Curitiba: Juruá, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Possibilidade jurídica do pedido e mérito*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 24, n. 93, p. 371-383, 1999.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Aspectos da ação civil pública*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 218-226, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Proteção ambiental e ação civil pública*. **RT**, São Paulo, n. 611, vol. 75, p. 7-13, set. 1986.

_____. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Mandado de segurança. Ação popular. Ação civil pública. Mandado de injunção. 'Habeas data'. Ação direta de inconstitucionalidade. Ação declaratória de constitucionalidade. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. O controle incidental de normas no direito brasileiro. A representação interventiva*. 28. ed. atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Ricardo Procópio Bandeira de. *Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º do art. 515 do CPC*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 661-692, 2005. v. 8.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas – No direito comparado e nacional*. In: **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4.

_____. *Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva - 20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC**. São Paulo: Atlas, p. 279-301, 2006.

_____. *O código modelo de processos coletivos*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva - 20 anos da LACP e do FDDD e 15 anos do CDC**. São Paulo: Atlas, p. 33-47, 2006.

MENDES, Gilmar. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 195-205, 2005.

MILARÉ, Édis. *Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *A ação civil pública em defesa do ambiente*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 193-267, 1995.

_____. *Manual de direito público e privado*. 9. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *A ação civil pública por dano ao ambiente*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140-261, 2002.

MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública - Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

MILARÉ, Édis (coord). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição*. **RT**, São Paulo, n. 611, vol. 75, p. 14-23, set. 1986.

MILARÉ, Édis; NERY JÚNIOR, Nelson; FERRAZ, Antonio Camargo. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MILLER, Arthur R.; WRIGHT, Charles A.; KANE, Mary K. *Federal practice and procedure*. West publishing Co., St. Paul, USA, 2. ed., 1986, v.7a.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, tomo 1.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – A legitimação ordinária do autor popular*. **RT**, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34-47, abr. 1987.

_____. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-57, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 1995. v. 1.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Ministério Público e o controle prévio e abstrato dos contratos de massa*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 166-187, abr./jun. 1998.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; BONATTO, Cláudio. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

MORAES, Voltaire de Lima. *Da tutela do consumidor*. **RT**, São Paulo, n. 655, ano 79, p. 24-41, maio 1990.

_____. *Dos bens jurídicos tutelados, da legitimidade passiva e do foro competente na ação civil pública*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 839-853, 2002.

MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Terra, 2004.

MUKAI, Toshio et al. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MUSSI, Breno Moreira. *As condições da ação e a coisa julgada*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 35-53, 1987.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 14. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NAHAS, Thereza Christina. *Legitimidade ativa dos sindicatos na defesa de direitos e interesses individuais homogêneos no processo do trabalho (processo de conhecimento*). Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000.

NEIVA, José Antônio Lisbôa. *Ação civil pública. Litisconsórcio de Ministérios Públicos*. **Revista da Procuradoria Geral da República**, n. 7, p. 167-172, 1994.

NEGRÃO, Ricardo. *O fundamento jurídico da legitimação ativa na ação coletiva*. *D*issertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000.

NEGRÃO, Theotonio. C*ódigo de processo civil e legislação processual em vigor*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. _____. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 224-232, 1983.

_____. _____. ***Justitia***, São Paulo, v. 45, n. 120, p. 79-88, jan./mar. 1983.

_____. *O Ministério Público e as ações coletivas*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Mandado de segurança contra ato de instituição de ensino particular superior – Competência – Legitimidade passiva*. Parecer. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 217-222, 1986.

_____. *Mandado de segurança coletivo – Instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – Partidos políticos – Legitimidade ad causam*. Parecer. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 150-158, 1990.

_____. *Aspectos relevantes do código de defesa do consumidor*. ***Justitia***, São Paulo, v. 53, n. 155, p. 77-95, 1991.

_____. *Condições da ação*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 33-38, 1991.

_____. *O processo civil no código de defesa do consumidor*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 24-35, 1991.

_____. *Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 1, p. 200-221, 1992.

_____. *O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo*. ***Justitia***, São Paulo, v. 54, n.160, p. 244-250, 1992.

_____. *Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, 1992.

_____. *Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar*. **RT**, São Paulo, n. 692, p. 31-39, jun. 1993.

_____. *O Ministério Público e as ações coletivas*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 356-366, 1995.

_____. *Atualidades sobre o processo civil – A reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Defesa do patrimônio público em juízo*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). **Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, p. 277-280, 2000.

_____. *O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos: um estudo sobre a ação civil pública trabalhista*. **Revista LTR**, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 151-160, fev. 2000.

_____. *A ação civil pública no processo do trabalho*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 599-622, 2002.

_____. *Comentários aos artigos 198 e 199 do estatuto da criança e do adolescente*. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 618-638, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *O Ministério Público e a responsabilidade civil por dano ambiental*. ***Justitia***, v. 55, n. 161, p. 61-74, jan./mar. 1993.

_____. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. _____. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. _____. 9. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Leis civis comentadas – Atualizadas até 20.07.2006 - Alimentos; consumidor; criança e adolescente; depositário infiel; divórcio e separação judicial; falências e recuperação de empresas; locação; títulos de crédito e outros temas*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; MILARÉ, Édis; FERRAZ, Antonio Camargo. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

NEVES, Celso. *Binômio, trinômio ou quadrinômio*? **RT**, São Paulo, n. 517, p.11-16, nov. 1978.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao art. 9º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965*. In: COSTA, Suzana Henriques da (coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 225-236, 2006.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Considerações sobre o habeas data*. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU**, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 33-55, out. 1990.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1986.

NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. *Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, p. 48-59, abr./jun. 1994.

_____. *Jurisprudência comentada*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 11, p. 44-56, jul./set. 1994.

NOHARA, Irene Patrícia. *Comentários à lei de ação popular: Art. 2º*. In: COSTA, Suzana Henriques da (coord.). **Comentários à Lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, p. 94-109, 2006.

NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA NETO, Carlos Elmano de. *Roteiro prático da defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Julgar Publicações Ltda., 1997.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada*. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 232-271, 2000. v. 3.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, p. 9-28, 1984.

_____. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 7-25, 1984.

PACCAGNELLA, Luiz Henrique. *Legitimação ativa na jurisdição coletiva*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PACHECO, Wagner Brússulo. *Condições da ação popular*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 113-124, out./dez. 1984.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PARDOLESI, Roberto. *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*. In: Le azioni a tutela di interessi collettivi – atti del convegno di

studio. Pavia, 11-12 giugno, 1974. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

PASQUALOTO, Adalberto. *Defesa do consumidor*. **RT**, São Paulo, n. 658, ano 79, p. 52-72, ago. 1990.

_____. *Conceitos fundamentais do código de defesa do consumidor*. **RT**, São Paulo, n. 666, ano 80, p. 48-53, abr. 1991.

_____. *A defesa coletiva dos consumidores no Brasil*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 16, p. 37-44, out./dez. 1995.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. *Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.346/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 493-524, 2002.

PAULA, Adriano Perácio. *Direito processual do consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *A improbidade administrativa e a reforma do estado*. **RT**, São Paulo, n. 747, p. 100-107, jan. 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 181-190, 2003.

PINTO Jr., Alexandre Moreira. *A tutela coletiva no direito argentino*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 124, p. 157-177, 2005.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PISANI, Andréa Proto. *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*. In: Le azioni a tutela di interessi collettivi – atti del convegno di studio. Pavia, 11-12 giugno, 1974. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 19.

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. *O Ministério Público no estado moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

PRADE, Péricles. *Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 259-270, 1986.

PRUDENTE, Antonio Souza. *Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública, na defesa de direitos individuais homogêneos*. http://jus.com.br/doutrina/consmp.html, 28/04/00.

RABONESE, Ricardo. *Mandado de segurança coletivo – Legitimação – Coisa julgada – Execução*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1998.

RAMOS, André de Carvalho; FARENA, Duciran Van Marsen. *Ação civil pública. Proteção de direitos de consumidores que foram e virão a ser incluídos nos bancos de dados ou cadastros. Prática abusiva consistente na inscrição de débitos que se encontram em discussão judicial*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 147-173, abr./jun. 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação 'ad causam', interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos e objetivos da coisa julgada*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.11, n. 43, p. 260-277, 1986.

REICH, Norbert. *Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor*. **RT**, São Paulo, n. 728, ano 85, p. 11-36, jun. 1996.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva; COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro (coords.). *Linhas mestras do Processo Civil – Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

RIOS, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. _____. 5. ed. rev. mod. atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Comentários ao código de defesa do consumidor – Direito Material – arts. 1º a 54*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 31-52, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Luciano Velasque. *Por uma conceituação de ação coletiva*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 107, p. 269-277, 2002.

_____. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Juizados especiais cíveis e ações coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Tombamento: instrumento de defesa do patrimônio cultural. Papel da ação civil pública*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 292-320, 1995.

_____. *Aspectos jurídicos da proteção ao patrimônio cultural, arqueológico e paleontológico*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 6, p. 115-119, abr./jun. 1997.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do processo civil: processo de conhecimento e processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

ROSA, Márcio Fernando Elias; PAZZAGLINI FILHO, Marino; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel et al. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: LTR, 1991.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Execução específica e ação civil pública*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 85-96, 2005.

_____. *Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo*. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, n. 36, p. 13-32, mar./abr. 2006.

SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil de interesse público*. In: **O processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-73.

SANTOS, Altamiro José dos. *Direitos do consumidor*. **Revista do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 10, 1987.

SANTOS, Christianine Chaves. *Ações coletivas & coisa julgada*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SANTOS NETO, João Antunes. *Da anulação ´ex officio´ do ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direitos processual civil*. 22. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. *Código de processo civil interpretado*. coord. MARCATO, Antônio Carlos. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTR, 2003.

SCOCA, Franco Gaetano. *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*. In: Le azioni a tutela di interessi collettivi – Atti del convegno di studio. Pavia, 11-12 giugno, 1974. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1976.

SÉLLOS, Viviane Coelho. *Jurisprudência comentada*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 17, p. 317-322, jan./mar. 1996.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 19. ed. São Paulo: Cortez, 1993.

_____. _____. 22. ed. rev. de acordo com a ABNT e ampliada. São Paulo: Cortez, 2006.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O papel da associação na ação civil pública*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 142-171, 2005.

_____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Editora Método, Coleção Professor Arruda Alvim, 2006.

SIDOU, J.M. Othon. *'Habeas corpus', mandado de segurança, mandado de injunção, 'habeas data', ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Mandado de injunção e 'habeas data'*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Luiz Renato Ferreira. *O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 146-156, out./dez. 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Mandado de segurança - meio idôneo para a defesa de interesses difusos*? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 60, p.131-145, 1990.

_____. *Curso de processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Sérgio André R.G. da. *Alguns apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo tributário: coisa julgada e concomitância com processo administrativo fiscal individual*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 590-642, 2005.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 1998.

SOARES, Mário Bento Martins. *Ação popular - Singularidades e controvérsias do instituto*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 53-54, p. 179-202, jan./jun. 1980.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do consumidor comentado*. 5. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1999.

SOLUS, Henry; GHESTIN, Jacques. *La defense des intérêts collectifs par les associations devant les jurisdictions administratives et judiciaries*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A. et Louis Boré, Paris,1997.

SOUSA, Everardo de. *Interesse de agir*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 30-36, 1983.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Legitimidade processual e ação popular no direito do ambiente*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 121-140, 1994.

SOUZA, Miriam Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

STAUT JUNIOR, Sebastião Vilela. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil do poder público enquanto réu em ação civil pública de natureza ambiental*. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, n. 36, p. 157-168, mar./abr. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais*. In: Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). *Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*. In **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 79-92, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. *Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 7-24, 1988.

_____. *Ação civil pública – Operação bancária de caderneta de poupança – Inaplicabilidade de ação civil pública – Inocorrência de relação de*

consumo – Direitos individuais homogêneos – Carência de ação e coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 339, ano 93, p. 209-227, jul./set. 1997.

_____. _____. **RT**, São Paulo, n. 747, p. 111-134, jan. 1998.

_____. *Ação popular – Defesa dos interesses de investidores – Títulos de capitalização – Descabimento – Carência de ação*. **Revista Jurídica**, n. 272, jun. 2000.

_____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

TOMASETTI JR., Alcides. *A configuração constitucional e o modelo normativo do código de defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 28-32, abr./jun. 1995.

TORRES, Mário José de Araújo. *A acção popular no direito português*. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 6, p. 6-16, abr./jun. 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação civil pública e Ministério Público: exorbitância refreada pelos tribunais*. In: **Processo Civil: realidade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *"Class action" e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Código do consumidor e processo civil - Aspectos polêmicos*. **RT**, São Paulo, n. 671, p. 32-39, set. 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário*. **RT**, São Paulo, n. 802, p. 27-53, ago. 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ação Civil Pública*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 182-198, 1992.

_____. *Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Publico*. **RT**, São Paulo, n. 745, p. 75-100, nov. 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário*. **RT**, São Paulo, n. 802, p. 27-53, ago. 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o habeas data, o mandado de injunção e a ação popular para a defesa da moralidade administrativa*. **RT**, São Paulo, n. 644, ano 78, p. 7-17, jun. 1989.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VESCOVI, Enrique. *La participación de la sociedad civil en el proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de ligitimación*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VIEIRA, Fernando Grela. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público*. ***Justitia***, São Paulo, v. 56, n. 161, p. 40-53, jan./mar. 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

_____. *Pode o Ministério Público combater a improbidade administrativa?* In: PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende; BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). **Improbidade administrativa (questões polêmicas)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Ação civil pública ou ação coletiva?* In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 441-457, 2002.

_____. *A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191-233, 2002.

_____. *Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 323-329, 2006.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JR., Ronaldo Porto (coords.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo - La legitimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. *Mauro Cappelletti e altri: davvero impossibile la class action in Italia?* **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 131, p. 83-95, 2006.

VITIRITTO, Benedito Mario. *Carência de Ação?* São Paulo: Lejus, 1999.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 273-284, 1994.

_____. *Noções gerais sobre o processo no código de defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p. 248-257, abr./jun. 1994.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Litispendência em ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, p. 280-295, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

WATANABE, Kazuo et al. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 15-25, 1992.

_____. _____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, p.185-196, 1993.

_____. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, p. 85-97, 1994.

_____. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Processo civil de interesse público: introdução*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15-21, 2003.

WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

WRIGHT, Charles A.; MILLER, Arthur R.; KANE, Mary K.. *Federal practice and procedure*. West publishing Co., St. Paul, USA, 2. ed., 1986, v. 7a.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade*. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 111-138, 2005.

ZANELLATO, Marco Antonio; CINTRA, Luiz Daniel Pereira. *O Ministério Público e a defesa coletiva dos interesses do consumidor*. ***Justitia***, São Paulo, v. 54, n.160, p. 236-243, out./dez. 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A tutela dos interesses difusos no direito brasileiro*. **Lex**, São Paulo, n. 44, ano 5, p. 7-15, abr. 1993.

_____. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, ano 91, p. 147-160, jan./mar. 1995.

_____. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 32-49, 1995.

_____. *Ministério Público, ação civil pública e defesa de direitos individuais homogêneos*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 333, ano 92, p. 123-137, jan./mar. 1996.

_____. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZENUN, Augusto. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

b) Jurisprudência informatizada

JUIS - *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, n. 44, 2005.

c) Sites da internet

< http://www.stf.gov.br>.

< http://www.stj.gov.br>.

< http://www.tj.rj.gov.br>.

< http://www.tj.rs.gov.br>.

< http://www.trf1.gov.br>.

< http://www.trf2.gov.br>.

< http://www.trf3.gov.br>.

< http://www.trf4.gov.br>.

< http://www.trf5.gov.br>.

< http://www.mp.sp.gov.br>.