

Sophia de Moura Leite

**RESPONSABILIDADE
CIVIL DO ESTADO A
PARTIR DA ANÁLISE
DA EFETIVIDADE DO
MICROSSISTEMA DE
TUTELA COLETIVA**



AYA EDITORA
2021

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Sophia de Moura Leite

Capa

AYA Editora

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACES

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Me. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Ma. Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier

*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional,
FNDE*

© 2021 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelas autoras para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição Creative Commons 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas desta obra são integralmente de responsabilidade de sua autora.

L5332 Leite, Sophia de Moura

Responsabilidade civil do estado a partir da análise da efetividade do microssistema de tutela coletiva [recurso eletrônico] / Sophia de Moura Leite . -- Ponta Grossa: Aya, 2021. 59 p. --ISBN: 978-65-88580-81-3

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.
Modo de acesso: World Wide Web.
DOI 10.47573/aya.88580.1.20

1. Direito. 2. Tutela jurisdicional - Brasil I. Título

CDD: 347.81

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	8
DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS	10
Origem e evolução histórica	10
Distinção: interesse público primário x interesse público secundário	15
Características dos interesses coletivos lato sensu	17
Aspectos processuais da tutela coletiva: os efeitos da sentença e da coisa julgada	21
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO À LESÃO AOS INTERESSES COLETIVOS LATO SENSU	27
Breve visão histórica do instituto da responsabilidade civil do estado no direito brasileiro e suas teorias	27
Responsabilidade civil em âmbito de interesses metaindividuais	31
Responsabilidade civil do estado quando causador de danos aos interesses coletivos lato sensu	33
TUTELA EXECUTIVA E INSTRUMENTOS DE TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	36

Aspectos gerais	36
Princípios inerentes a tutela executiva	37
Medidas judiciais no processo coletivo	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	55
SOBRE A AUTORA	58

APRESENTAÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar o microsistema de tutela coletiva como forma de proteção aos direitos metaindividuais, e relacionar tais instrumentos processuais quando da responsabilização civil do Estado, no caso de ser este o gerador do dano à determinado grupo ou coletividade. Para tanto, primeiramente, será analisada a origem histórica dos instrumentos processuais que proporcionam a persecução desses direitos de maneira coletiva, e o paulatino afastamento da tutela do direito individual em determinadas situações. Posteriormente, passará à análise preliminar e teórica do instituto dos direitos metaindividuais, bem como far-se-á uma breve diferenciação entre direitos difuso, coletivo stricto sensu e individual homogêneo. Realizar-se-á, ainda, um exame da responsabilidade civil do Estado, inicialmente, de maneira generalizada, para depois se especializar na responsabilidade quando da geração de danos à coletividade, colocando em questão a efetividade do microsistema de tutela coletiva, sempre através de uma análise doutrinária e jurisprudencial. Por fim, perpassará o estudo também pela relevância e peculiaridades da tutela coletiva no âmbito processual, analisando-se os remédios constitucionais, os quais objetivam tornar efetivas as garantias constitucionais dos direitos fundamentais, bem como algumas de suas consequências práticas.

Sophia de Moura Leite

INTRODUÇÃO

Constantemente, mudanças sociais são vistas pelo mundo, tanto na forma de pensar como na forma de agir da sociedade. É nesse contexto de evoluções que percebeu-se que, ao longo do século XX, principalmente após a Revolução Industrial, houve um claro desenvolvimento do “nós” em detrimento do “eu”.

Nesse cenário, não só questões sociais, como também econômicas viram a necessidade de agrupamento de indivíduos em prol de interesses comuns. Não seria diferente tal mudança no mundo jurídico. Nos últimos anos, uma visão coletivizada dos problemas e conveniências abriu espaço para uma nova forma de acesso à justiça, que passou a exigir uma resposta do direito positivo de modo a encontrar uma maneira adequada de tutelá-la.

Assim, essa evolução e massificação acelerada ao longo dos anos gerou o reconhecimento de que o instrumento normativo adequado para a tutela de direitos coletivos deveria ser acompanhado de um microssistema jurídico capaz de unir celeridade processual, segurança jurídica e acesso adequado à justiça. Percebeu-se, pois, que os institutos pertencentes à esfera jurídica individual, tais como litisconsórcio, coisa julgada e litispendência, não seriam mais capazes de abarcar as necessidades dessa nova tutela de grupos.

Nesse diapasão, não só a doutrina começa a conceituar os direitos metaindividuais, trazendo inclusive nomenclaturas diversas, tais como direitos transindividuais ou coletivos lato sensu, como o legislador também passa a trabalhar no sentido de criar um direito positivo, composto de normas e procedimentos próprios, adequados a esse tipo de demanda. Assim, o microssistema de tutela coletiva ganha espaço para que seja um mecanismo de defesa das macrolesões.

É a partir da importância que vem sendo dada ao aludido instituto que o presente trabalho pretende abordá-lo. Questiona-se: quais os meios de tutela de direitos transindividuais no Direito brasileiro e qual é a sua real efetividade? A partir dessa análise, busca-se relacionar o assunto com o clássico tema da responsabilidade civil do Estado, com enfoque, portanto, às lesões causadas por este aos grupos, classes e categorias que dividem direitos e interesses comuns.

Para tanto, adota-se como metodologia a compilação das doutrinas mais influentes no tema, de maneira a obter tanto uma boa base teórica, como uma noção prática, que se extrai por meio da análise jurisprudencial indicada.

A obra de Hugo Nigro Mazzilli, “A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses” foi

utilizada ao longo de todo o trabalho, por abarcar de maneira completa a conceituação dos direitos metaindividuais, por trazer de forma detalhada, em diversos capítulos, as ações coletivas que tutelam os referidos direitos e suas respectivas leis, sem deixar de abordar também as questões processuais, tais como a legitimação ativa para propositura de tais ações e possibilidade de desistência das mesmas.

Utilizou-se também a tese de doutorado do Ministro Teori Albino Zavascki, “Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos” que por tamanha qualidade e exatidão foi publicada e transformada em livro referência no assunto.

Importante destacar, desde já, que utilizou-se também de trechos de artigos e obras clássicas de autores estrangeiros, mormente de autores italianos, por serem muitos deles referência no tema com os quais preferiu-se trabalhar de maneira a expor o texto original, fazendo-se, porém, a tradução nas notas de rodapé, para evitar eventuais perdas de compreensão parcial do conteúdo.

Na primeira parte, o trabalho é formado por uma breve relato da origem histórica dos direitos metaindividuais em uma perspectiva comparada, abordando de maneira direta a class action americana e partindo para análise da sua influência no Direito brasileiro. Feita esta, passa-se a distinguir o interesse público primário do secundário, o que é especialmente justificado pela posterior relação a ser feita com a tutela dos direitos coletivos e a responsabilização estatal, bem como uma pontual distinção das espécies de direitos coletivos em sentido lato.

Na segunda parte, passa-se ao exame do instituto da responsabilidade civil do Estado quando da lesão aos direitos coletivos, a partir do conceito do instituto no direito administrativo e suas teorias justificadoras, para, por fim, relacionar tal tema à tutela de direitos metaindividuais. Aqui, utilizou-se da obra de autores clássicos e de grande influência no direito administrativo, tais como Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tendo sido feita a referida abordagem teórica, a terceira parte do trabalho, por sua vez, trata do tema sob uma perspectiva processual, de maneira a discorrer a respeito das ações coletivas e do microsistema de tutela de direitos metaindividuais no Direito brasileiro, quais sejam: Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei n. 7.347/85, Ação Popular, positivada na Lei n. 4.717/65 e Mandado de Segurança Coletivo regido pela Lei n. 12.016/09, todos examinados em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, previsto na Lei n. 8.078/90, por se tratar de influente base conceitual para o assunto.

Evidencia-se, portanto, que o fito do presente é analisar a efetividade de todo

esse microssistema, partindo então para um campo mais restrito, a responsabilização estatal à lesão de direitos coletivos, de maneira a verificar as consequências práticas dos atos, sejam comissivos ou omissivos do Estado, de maneira geral, no Direito brasileiro atual.

DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Origem e evolução histórica

Os interesses ou direitos transindividuais podem ser abordados a partir de duas conotações. A primeira, como bem conceituou o Ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento de um Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, permeia a ideia de direito fundamental e direitos humanos, dos quais são titulares toda a sociedade, verbis:

“valores cuja titularidade transcende a esfera meramente subjetiva, vale dizer, a dimensão puramente individual das pessoas e das instituições. São direitos que pertencem a todos, considerados em perspectiva global. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. Não se concentram num titular único, simplesmente porque concernem a todos, e a cada um de nós, enquanto membros integrantes da coletividade.”

A segunda, em sentido mais estrito, é considerada gênero do qual fazem parte as espécies direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. É sob essa perspectiva que se embasará o presente trabalho.

No que toca a natureza jurídica dos direitos metaindividuais, vale comentar que o Direito Constitucional costuma dividir no que alguns autores preferiram chamar de “fases”, “gestações”, “dimensões” ou ainda “gerações”, a depender do autor, características da historicidade da formação dos direitos fundamentais e suas transformações no decorrer dos anos.

De acordo com a doutrina do professor e constitucionalista Guilherme Peña de Moraes, a primeira gestação seria aquela que garante o estabelecimento de um dever por meio de uma abstenção, um *non facere*, inibindo a atuação de um Estado Liberal.

A segunda fase seria, por sua vez, uma espécie de oposição a primeira, em que se estabelece um Estado Social, havendo um estreitamento de um dever de ação, com fulcro de atender as necessidades sociais, econômicas e culturais.

A terceira geração, no entanto, abarca os direitos coletivos de uma sociedade vista a partir de um todo, e não mais de uma perspectiva individualizada. Surge, pois, uma convergência de direitos, não atrelada a uma só pessoa ou grupo. De acordo

com a doutrina de André Ramos Tavares “são direitos de terceira dimensão aqueles que se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa, como o direito do consumidor e o direito ambiental.” Essa geração é reconhecida por ser informada pela fraternidade, e por tal, também costuma ser denominada “direitos da fraternidade” ou “direitos da solidariedade”.¹

Historicamente, em uma perspectiva comparada, faz-se mister apontar a experiência inglesa da Common Law, que trouxe a class action como grande influência ao direito norte-americano, e à origem da tutela coletiva em geral. Trata-se de mecanismo utilizado não só para amparar os indivíduos, como também para garantir os direitos coletivos de uma classe.

Até um passado relativamente recente, os direitos tutelados eram de número e tipo limitado e conhecido, protegido com um rito flexível, delimitados em um modelo de “um contra o outro”. Em um perfil que nasce a partir da tutela em forma coletivizada do direito ao ressarcimento dos danos causados a mais de um sujeito, a partir de fato tido como pluriofensivo, é que tem início a class action, instituto de matriz estadunidense, de influência inglesa, iniciado em 1938, o qual foi disciplinado na América a partir do Federal Rules of Civil Procedure, na rule 23.

De acordo com o ilustre autor italiano Vincenzo Vigoriti:

“L’esperienza mostra che vi sono situazioni sostanziali che meglio di altre si prestano ad essere difese con la class action, situazioni che se potrebbero definire “naturalmente” o “necessariamente” collettive, come ad esempio quelle che riguardano la tutela dell’ambiente, i consumatori, il risarcimento dei danni provocati da lesioni di massa, ecc., ma è certo comunque che l’utilizzazione della class action non è esclusa per nessun tipo di situazione sostanziale a dimensione superindividuale.”²

Extraí-se do trecho acima a ideia de que a class action americana tinha como importante característica a permissão de que uma classe promova a ação em defesa dos interesses de todos os seus membros, gerando, inclusive, coisa julgada com eficácia geral, visto que em determinadas situações era necessária tal abordagem coletivizada.

Somente em 1970 é que nos países de Civil Law foi dado início a preocupação com os mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos. Tal fato ocorre especialmente na âmbito de danos ambientais e consumerista, ante a dificuldade de proteção de direitos em larga escala.

¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 5a ed., 2007, p. 429

² A experiência mostra que há situações substanciais que, melhor que outras, se prestam a ser defendidas com a class action, situações essas que podem ser definidas como “naturalmente” ou “necessariamente” coletivas, como por exemplo aquelas que dizem respeito a tutela do meio-ambiente, dos consumidores, do ressarcimentos de danos provocados a lesões de massa, etc. Mas é certo também que a utilização da class action não inclui nenhum tipo de situação substancial de dimensão superindividual. (Tradução nossa) - VIGORITI, Vincenzo. *Giustizia e Futuro: conciliazione e class action*. 2010. Disponível em <http://bdjur.stj.jub.br/dspace/handle/2011/82621>, p. 284

Como bem destaca Mauro Cappelletti em sua clássica obra, referência no tema:

“A concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentados por particulares”.³

Seguindo esse raciocínio, continua o autor italiano:

“é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. A criação norte-americana da class-action, (...), permite que, em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.”⁴

Diante de uma nova compreensão dos institutos da “legitimação ativa” e “coisa julgada” é que passou-se a desenvolver, nos sistemas de Civil Law de uma maneira geral, legislações capazes de migrar da visão individualista do processo a uma nova concepção social, influenciadas pela class action.⁵

A partir de uma análise processual-histórica da origem da tutela coletiva no Direito brasileiro, identifica-se duas fases de alterações relevantes, que caracterizam mudanças na visão e utilização de determinados instrumentos processuais.

Como se sabe, originalmente, o Código de Processo Civil de 1973 não previu instrumentos para a tutela coletiva de direitos metaindividuais. Isso porque tratava-se um sistema moldado para atender uma tutela jurisdicional voltada unicamente para lesões a direitos subjetivos individuais, em que as partes em litígio moviam suas demandas próprias, pleiteando interesses próprios. Nesse mesmo sentido, também não havia instrumentos capazes de tutelar conflitos no plano abstrato, tal como ocorre entre conflitos normativos, por exemplo.

A primeira fase, que trouxe inovações relevantes em âmbito processual, acabou por modificar em muitos aspectos o instituto da tutela coletiva, quando se trata de

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gradie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 12

⁴ *ibid*, p. 12

⁵ *ibid*, p. 50

sua codificação e aplicação prática, a qual teve início em 1985. No sistema processual como um todo foi introduzida a ideia de que não cabia mais a simples proteção à conflitos individualizados, eis que não mais se mostravam suficientes para as mudanças sociais.

Era necessário, pois, que o processo civil não mais se limitasse a prestação jurisdicional nas modalidades clássicas, de maneira a responder às demandas e aos conflitos de uma sociedade como um todo, vista muitas vezes sob o ponto de vista coletivo, que clamava por decisões céleres e isonômicas para determinados grupos.

Nesse contexto, bem destacou o Ministro Teori Zavascki em sua obra ao tratar da primeira fase:

“foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar custo a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada”.⁶

Surgem, portanto, diferentes instrumentos com fulcro de tutelar direitos e interesses transindividuais, assim compreendidos como “direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas”⁷. Ainda na primeira fase, criou-se instrumentos que tutelassem, não só os direitos metaindividuais, como também, preocupou-se em desenvolver instrumentos processuais de tutela coletiva de direitos subjetivos individuais.

A grande novidade aqui, quando em comparação ao sistema processual codificado, que apenas previa a tutela conjunta quando da utilização do litisconsórcio ativo, é que essas ações coletivas passaram a permitir, por meio da técnica de substituição processual, a referida tutela coletiva de interesses de grupos.

Relevantes marcos normativos para o tema foram a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990. Este não só trouxe expressamente a definição de interesses e direitos transindividuais, no parágrafo único de seu art. 81⁸, como também dispôs acerca procedimento de acesso à tais direitos, o qual foi complementado por leis específicas com o passar dos anos.

Já a Carta Magna consagrou a legitimação das associações de classes e das entidades sindicais, para que estas promovessem em juízo a defesa de direitos e in-

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 5

⁷ *ibid*, p. 6

⁸ 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.

teresses dos respectivos associados e filiados, conforme dispõe seus artigos 5o, inc. XXI⁹ e art. 8o, inc. III¹⁰, como também potencializou a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais, por meio do Mandado de Segurança coletivo, bem como ampliou o âmbito de abrangência da Ação Popular.

Em âmbito concentrado, a Constituição de 1988 também ampliou os legitimados ativos do rol do atual art. 103¹¹, conseqüentemente, ampliando o acesso ao sistema de tutela da ordem jurídica abstratamente considerada.

Ainda segundo o autor, a segunda fase, que teve início no final do séc. XX, ou “onda”, termo utilizado em clara alusão à clássica e influente obra de Mauro Cappelletti¹², teve por fim o aperfeiçoamento e a ampliação dos mecanismos já existentes, aqueles desenvolvidos na primeira fase, de modo a aprimorá-los às necessidades dos novos tempos de uma sociedade com pressa.

Nesse interím, o ilustre Promotor de Justiça e autor Gregório Assagra de Almeida, colaciona a seguinte ideia quanto a subsidiariedade do Código de Processo Civil, quando em comparação com o sistema de tutela coletiva:

“(...) o CPC, em razão de possuir um sistema processual voltado para a resolução de conflitos interindividuais, a sua aplicabilidade no microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum (CDC, parte processual, e LACP) é subsidiária limitada (art. 19 da LACP e art. 90 do CDC) e, assim, depende de dupla compatibilidade: formal e teleológica. Formal, no sentido de que o CPC somente tem aplicabilidade nas hipóteses de inexistência de normas específicas em sentido contrário no referido microsistema. Teleológica, no sentido de que o CPC somente tem aplicabilidade se não colocar em risco ou impedir a proteção dos interesses e direitos coletivos em sentido amplo.”¹³

Gradualmente, pode-se perceber que as reformas não só no Código de Processo Civil de 1973, como nas leis processuais extravagantes, e no sistema processual de maneira geral, foram marcadas pela inserção de instrumentos capazes de

9 XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

10 III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

11 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

12 “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária: a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor, e o terceiro - e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enforque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998., p. 12

13 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas, Revista MPMG jurídico, Edição comemorativa de lançamento, ano I, Setembro 2005. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10177-10176-1-PB.pdf>. Acesso em 05/12/2016

atender tanto às clássicas demandas entre partes determinadas e identificadas, em lides individualizadas, como também aos mecanismos para a solução dos conflitos em sua dimensão coletiva.

Com a integração do sistema processual e a criação dos referidos medidas judiciais, formou-se um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum, composto de normas de superdireito processual coletivo, regras gerais do sistema jurídico brasileiro.¹⁴

Distinção: interesse público primário x interesse público secundário

O interesse público, em contraposição ao interesse privado, pode ser descrito, de forma objetiva, como o interesse da coletividade, uniformemente considerada. Em que pese o paulatino esvaziamento da referida diferenciação, certo é que a definição do interesse público ainda se faz relevante, visto que “qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido”¹⁵. Não raro vê-se a invocação do termo “interesse público” para justificar a prática de atos por parte do Poder Público.

Apesar dessa posição, há quem defenda a ideia de que o interesse público, por nem sempre coincidir com o interesse de uma coletividade inteira, vem acarretando a perda do valor dado a dicotomia público-privado. É desse entendimento que extrai-se a tese de que essa dicotomia deve ser superada para que se passe a discutir e valorizar uma nova dicotomia: interesse difuso-coletivo, i.e, de um fenômeno não redutível nem ao público nem ao privado. Deve-se reconhecer que normalmente essa fórmula público-privado não é sincera, contribuindo para disfarçar a perseguição de parte do Estado e de grupos ao legado dos interesses particulares.¹⁶

Entretanto, discute-se o fato de o interesse público, apesar de ser o interesse do todo, muitas vezes não ser o melhor para ambas as partes em litígio. É claro o fato de que, o interesse particular atrelado às conveniências de cada um, individualmente considerado e com interesses próprios, nem sempre estará em consonância com aquele de uma coletividade maior.

Sabendo-se que deve ser mitigada a visão de “interesse privado X interesse público”, fruto de uma visão muitas vezes “maniqueísta”, e percebendo-se que não há óbice em associar que interesses públicos são suscetíveis de serem defendidos por particulares, não se pode concluir, no entanto, que todo e qualquer interesse estatal seria também e, necessariamente, um interesse público.

Dessa forma, o Estado, em suas variadas formas de atuação sobre a sociedade, como responsável por atividades legislativas, administrativas e jurisdicionais, deve

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 59

¹⁶ GAMBARO, Antonio. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano, A. Giuffrè Editore, 1976, p. 97

exercer tal encargo de modo a invocar o interesse de todos.

Ocorre que, ao assim proceder, como bem distinguiu o autor italiano considerado referência no tema, Renato Alessi, é comum que este se depare com um conflito entre o interesse próprio do Estado (e.g, tributar ou punir), e o interesse do cidadão de uma maneira geral, sendo certo que “os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.”¹⁷

A doutrina do ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello melhor distingue os institutos ao trazer que o interesse público primário coincide com a realização de políticas públicas voltadas para o bem estar social, satisfazendo o interesse da sociedade, de um todo social. Este justifica, segundo o autor, o regime jurídico administrativo e pode ser compreendido como o próprio interesse social, o interesse da coletividade como um todo. Afirma, ainda, que os interesses primários estão ligados aos objetivos do Estado, que não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente do art. 3º¹⁸ da Constituição Federal.

Já o interesse público secundário decorreria do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica que pode ter interesses próprios. Nas palavras de Celso Antônio, “O Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais.”¹⁹ Estes interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais. Via de regra, o interesse secundário teria cunho patrimonial, tais como o pagamento de valor ínfimo em desapropriações, ou a recusa no pagamento administrativo de valores devidos a servidor público, a título de remuneração.

Com efeito, percebe-se que a distinção entre os dois interesses, primário e secundário, encontra-se muito bem delimitada na teoria, o que facilita também sua identificação prática. Diante disso, é possível diferenciar os direitos a serem tutelados quando o tema é o interesse da coletividade. O que não pode ser confundido, repisa-se, é que a defesa de um interesse particular afetado possa também ser um interesse público, por ser de interesse geral que este seja defendido, e nem por isso perde sua característica de interesse da coletividade.

¹⁷ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197 e notas de rodapé 3 e 4. apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 57

¹⁸ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 65-67

Características dos interesses coletivos lato sensu

Antes de passar-se a análise das diferentes espécies de direitos metaindividuais no Direito brasileiro, vale comentar três polêmicas que surgem quanto à terminologia das expressões utilizadas com frequência no tema.

A primeira discussão permeia a diferença entre as expressões “interesses” e “direitos” coletivos, eis que muitas vezes confundem-se. Enquanto para Hugo Nigro Mazzilli, apesar de sutil, a distinção está no fato de que o termo “interesse” deve ser usado como mera pretensão, o termo “direito” deve ser usado como uma pretensão amparada pela ordem jurídica²⁰.

Já para o processualista Nelson Nery Júnior²¹, tal polêmica perdeu o objeto após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Apesar de não ser papel do legislador trazer a conceituação dos institutos, como foi feito na Lei 8.078/90, o estatuto consumerista claramente utilizou-se dos termos “interesse” e “direito” de maneira indistinta, pelo que não deve a doutrina iniciar correntes para diferenciá-los. No presente trabalho, far-se-á uso de ambos os termos como sinônimos, em consonância com o pensamento da doutrina ora mencionada.

A segunda polêmica terminológica surge com os diferentes termos apresentados pelos principais autores que dispõem sobre o assunto em exame. A doutrina de Hugo Nigro Mazzilli julga importante fazer, a priori, uma análise dos termos interesses “transindividuais” e “metaindividuais”. Adorta-se-á, no presente trabalho, a posição do referido autor, a qual está em acordo com a doutrina que vem utilizando-se de tais termos de maneira indistinta, isto é, como sinônimos, sempre com o sentido de fazer referência à interesses de grupos ou interesses coletivos lato sensu.

Por fim, a terceira polêmica recai sob a terminologia e abrangência da expressão “ação coletiva”, principalmente quando comparada a expressão “ação civil pública”.

A doutrina de Mazzilli considera a ação civil pública como espécie de ação coletiva, tal como considera também o mandado de segurança coletivo e ação popular. Ainda assim, faz uma distinção quando é movida pelo Ministério Público a ação em defesa dos interesses transindividuais, caso em que denomina ação civil pública, e quando proposta por associações civis, caso em que prefere chamar ação coletiva.²²

Já a doutrina de Zavascki utiliza no decorrer de sua obra relativa ao tema,

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 55

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 14a ed., 2014, p. 1327

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 74

o termo “ação civil pública” para tratar de direitos difusos e coletivos stricto sensu, os quais são tutelados pela Lei da Ação Civil Pública, enquanto a expressão “ação coletiva” é usada para fazer referência a tutela de direitos individuais homogêneos, tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.²³

O presente trabalho filia-se ao entendimento do ilustre processualista Daniel Assumpção, o qual entende não ter relevância prática a aludida distinção, apesar de respeitar a divergência doutrinária claramente existente. Assim dispôs o autor em sua obra, verbis:

“Chamar ou não a ação regulada pela Lei 8.429/1992 de ação civil pública é formalidade que não muda a realidade, ou seja, trata-se de uma ação coletiva que visa à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa regida pela Lei 8.429/1992, subsidiariamente pelo microsistema coletivo, e residualmente pelo Código de Processo Civil. Da mesma forma ocorre com o nome da ação pela qual se busca a tutela do patrimônio público, movida por cidadão (ação popular), e a ação de procedimento documental sumarizado pela qual se impugna violação ou ameaça de violação a direito coletivo ou individual homogêneo líquido e certo (mandado de segurança coletivo). O nome, realmente, pouco importa, mas a distinção terminológica serve para destacar as diferenças entre as espécies de direito material tutelado e algumas especificidades procedimentais existentes para a tutela dos direitos protegidos pelo microsistema coletivo.”²⁴

Em breve síntese, pode-se dizer que são características dos processos coletivos, (i) a controvérsia à respeito de interesses ou lesões à grupos, classes ou categorias de pessoas, (ii) a frequente conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos, chamados interesses macrossociais, (iii) a legitimação extraordinária, (iv) o pedido é comumente formulado em proveito de um grupo, classe ou categoria de lesados, (v) a destinação do produto da indenização não raro é dada de maneira especial, podendo ser repartida entre seus integrantes ou destinado a um fundo fluido, a depender do direito tutelado, (vi) os efeitos da decisão eventualmente ultrapassam os limites das partes processuais – gerando coisa julgada erga omnes ou ultra partes, (vii) a preponderância dos princípios da economia processual e isonomia entre os lesados, de forma a gerar maior credibilidade ao instituto, em contraposição ao acesso individual, que muitas vezes acaba ocasionando em insegurança jurídica às partes interessadas.²⁵

Por estarem situados, de certa forma, entre o interesse público e o interesse privado, e por excederem o âmbito estritamente individual, mas não constituírem propriamente interesse público, é que faz-se mister identificar o direito material a ser tutelado, com fulcro de utilizar-se corretamente dos instrumentos disponíveis, assegurando sua proteção adequada.²⁶

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 57 e 58

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro, Jus podium, 3a ed., 2016, p. 76 e 77

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 51-53

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio*

De início, quando considerava-se relativamente recente a criação desses mecanismos processuais capazes de, de uma só vez, solucionar problemas de uma coletividade, criou-se um ânimo e esperança exacerbados de que tais instrumentos seriam a solução para todo e qualquer tipo de pleito que envolvesse um grupo de pessoas. Ocorre que, esse entusiasmo é capaz de levar a uma confusão prática quando da correta aplicação de todos esses mecanismos processuais.

Segundo o Ministro e professor Teori Zavascki, uma das principais causas dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir “direito coletivo” com “defesa coletiva de direitos”. Isso acaba por gerar como consequência, segundo o autor, a possibilidade de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual, em casos em que são tutelados coletivamente.²⁷

Apesar de não ser viável a confusão do ponto de vista teórico entre direitos individuais homogêneos, direitos coletivos *stricto sensu* e direito difusos, como se verá mais adiante, todos vem sendo classificados como direitos metaindividuais, como se semelhantes fossem, principalmente após o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda assim, nem sempre a teoria se amolda perfeitamente a prática. No caso concreto, a confusão conceitual e de subsunção pode ser inclusive comum, quando se tem situações jurídicas heterônomas. Dessa forma, a depender da circunstância fática, pode ser que estejam envolvidos, por exemplo, direitos individuais homogêneos a título reparatório, mas direitos difusos quando se pretende fazer cessar determinada lesão.²⁸

Logo, percebe-se que para a adequada utilização do instrumento processual da tutela coletiva faz-se mister a compreensão e identificação do direito material a ser tutelado, sendo, portanto, de extrema importância a diferenciação entre as referidas espécies. Isso porque cada espécie é pautada em diferentes graus de coletivização correspondendo, dessa maneira, à parâmetros diferentes.

Direitos difusos

Os direitos difusos são conhecidos como a mais ampla síntese dos interesses de uma coletividade²⁹ por terem a indivisibilidade como característica principal, sendo uma circunstância fática a origem de tal direito coletivo. A indeterminabilidade das pessoas lesadas também é relevante caracterizador de tal direito.

O Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único de seu art. 81, con-
cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 50

27 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 24

28 ibid, p. 33

29 ROCHA, Ibraim José das Mercês. Ação civil pública e o processo do trabalho. São Paulo, Ltr, 2a ed., 2001, p. 32

ceitua-o como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. A doutrina critica a expressão “indeterminadas”, ao mencionar que melhor seria trazer a adequada definição de serem tais pessoas indetermináveis.

A importância prática da correta identificação acerca desse interesse está principalmente relacionado ao objeto e ao êxito da demanda. Isso porque sabendo-se que o primeiro é indivisível, quanto ao segundo, em eventual hipótese indenizatória, não há que se falar em repartição entre os lesados, sendo certo que os mesmo são indetermináveis.

Clássicos exemplos são casos de acidentes ambientais, tais como o recente caso de Mariana, ocorrido em 2015, envolvendo uma grande mineradora, e causando dano inestimado ao meio ambiente, ou, então, de propagandas enganosas, as quais não se consegue identificar os expectadores e eventuais consumidores.

Direitos Coletivos Stricto Sensu

Quando se trata se direitos coletivos, primeiramente, faz-se mister esclarecer que, quando compreendidos em sentido lato, são equiparáveis a direitos metaindividuais, ou transindividuais, abarcando, portanto, os difusos, os individuais homogêneos e os coeltivos em sentido estrito. É esse o sentido utilizado, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor e em certo dispositivos da própria Carta Magna³⁰.

Já quanto a sua acepção mais restrita, o conceito admitido pelo Código de Defesa do Consumidor, também acolhido pela lei do Mandado de Segurança é que “são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum”³¹. Por “relação jurídica básica” a doutrina majoritária entende que, apesar der ser uma situação fática que une os indivíduos que passam a ser titulares desses interesses coletivos em sentido estrito, o que de fato os une é a relação jurídica viciada.

Em âmbito subjetivo, é característica fundamental serem os lesados determinados ou, ao menos, determináveis, o que aproxima esse tipo de interesse dos interesses individuais homogêneos. Apesar da determinabilidade dos sujeitos, quanto ao objeto, há aproximação da modalidade anteriormente estudada no sentido de ser este indivisível.

*30 art. 129, III, CF - Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
31 Lei 12.016/09 e Lei 8.078/90*

Direitos Individuais Homogêneos

O parágrafo único do art. 81, em seu inciso III, do Código de Defesa do Consumidor conceitua essa modalidade de interesse como “aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”.

Ressalta-se que, nesse ponto, a Lei do Mandado de Segurança não manteve exatamente a mesma conceituação, sendo o nela disposto no parágrafo único do artigo 21, em seu inciso segundo que “os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante do mandado de segurança.”

Também conhecidos como “acidentalmente coletivos”, os direitos individuais homogêneos tem como característica diferenciadora das demais modalidades de interesse o objeto, que, tendo titulares determinados ou determináveis (em semelhança ao direito coletivo em sentido estrito), poderão ser divisíveis, por ser mensurável o dano causado a cada um dos lesados, em situação de origem comum.

Em termos processuais, percebe-se que tão somente os direitos coletivos stricto sensu é que tem a relação jurídica questionada no próprio objeto da ação coletiva, já que, em se tratando de direitos difusos e individuais homogêneos, tal relação é questionada como causa de pedir.³²

Para melhor análise jurídico-processual relativa às ações coletivas, passa-se a discorrer a respeito das consequências práticas em âmbito procedimental de acesso à tutela de direitos coletivos.

Aspectos processuais da tutela coletiva: os efeitos da sentença e da coisa julgada

Faz-se relevante a análise do tema sob o aspecto processual. Isso porque passa-se a perceber que não é o simples fato de haver titulares diversos com interesse ou lesão de origem comum que irá gerar como consequência, automaticamente, um interesse transindividual.

É, na realidade, a própria ordem jurídica que proporciona o reconhecimento da necessidade de que o acesso à justiça individual pelas pessoas lesadas seja substituído por um acesso coletivo. Dessa forma, garantir-se-ia que a solução obtida no processo coletivo tenha duas funções essenciais, quais sejam: evitar decisões contra-

³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 57

ditórias e conduzir a uma solução mais eficiente da lide.³³

Em 1975, Cappelletti já demonstrava preocupação com a tutela dos direitos de pequeno valor ao assinalar que os titulares do direito lesado podem ignorar seus direitos; ou as suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-los a agir em juízo; o risco de incorrer em elevados custos processuais pode ser desproporcional em relação ao ressarcimento eventualmente a obter.³⁴

Nesse contexto, a Carta Magna de 1988 ficou encarregada de positivar a ampliação da legitimação ativa, proporcionando que a tutela de direitos coletivos e difusos fosse postulada por uma gama maior de legitimados, bem como criou ações em que o objeto específico ensejava a promoção de tais direitos.³⁵

A partir dessa perspectiva é que faz-se mister o exame da coisa julgada e dos efeitos da sentença quando se trata de defesa coletiva em juízo. Tal importância se dá para que se possa evitar que algum colegitimado que não tivesse participado do processo coletivo tivesse a chance de pleitear com base nos mesmos fatos e mesmo pedido, uma nova demanda.

Para tanto, utilizar-se-á como base normativa o próprio Código de Defesa do Consumidor, eis que é esta a lei atualmente mais completa que dispõem sobre o assunto, devendo ser aplicado à toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não só os do plano consumerista.

Primeiramente, cabe fazer breve distinção entre a competência territorial e os limites da coisa julgada. Isso porque, quando parte-se para análise do art. 16³⁶ da Lei da Ação civil Pública, por exemplo, percebe-se que houve certa confusão por parte do legislador. Enquanto esta está ligada a imutabilidade erga omnes da sentença no que toca aos limites subjetivos daqueles indivíduos que serão atingidos pela mesma, aquela, relaciona-se as regras previstas nos artigos 2o³⁷ do Lei da Ação Civil Pública e o art. 93³⁸ do Código de Defesa do Consumidor, que dizem respeito ao órgão julgador.

³³ *ibid*, p. 51

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. Revista di Diritto Processuale*, volume 30, 1975, p. 365

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 7a ed., 2003, p. 141

³⁶ Art. 16. *A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)*

³⁷ 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. Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.*

³⁸ 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 aos casos de competência concorrente. – Ressalta-se que, apesar de estar disposto no Código de Defesa do Consumidor, a tutelar interesses individuais homogêneos em âmbito consumerista, a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli entende que, por ser esta a única norma de processo coletivo a dispor sobre danos nacionais ou regionais,*

Estabelecido este, refletirá a vontade do Estado em todo o território nacional, pelo que não cabe adentrar no mérito da abrangência territorial de seus efeitos.³⁹

Como bem destacou Mazzilli em sua obra, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça caminha no mesmo sentido:

“Por tudo isso, com inteira razão, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, ao apreciar recurso repetitivo em ação civil pública, que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.”⁴⁰

Compreende-se, portanto, que somente quando se trata do dano é que se pode deliberar acerca da sua extensão. Em se tratando de imutabilidade erga omnes, no entanto, é equivocado tratá-la como nacional, regional ou local.

Quanto a coisa julgada, pode-se extrair também do Código de Defesa do Consumidor⁴¹ sua disciplina, a qual deve ser entendida para qualquer tipo de interesse transindividual. Para interesses difusos, estabeleceu-se imutabilidade erga omnes, salvo no caso de insuficiência probatória, como se verá adiante. Significa dizer que a imutabilidade da decisão é referente a todo o grupo social, e por se tratar de tutela de interesses indetermináveis, tal sentença irá beneficiar indistintamente todo o grupo lesado.

Para interesses coletivos em sentido estrito, a sentença será de imutabilidade ultra partes, indo a imutabilidade além das partes da ação coletiva, mas limitada ao grupo, classe ou categoria atingida, sendo sua extensão delimitada a depender do pedido e do respectivo deferimento, valendo a mesma ressalva feita quanto à falta de provas.

Vale comentar que os interesses individualmente considerados não podem

deve ser aplicada a todos os interesses transindividuais. Nesse sentido, Reso n. 1.101.057-MT, 3a turma STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15.04.11.

39 Vale ressaltar que para que se evite o ajuizamento simultâneo de ações coletivas, é recomendável que se faça consulta aos cadastros nacionais de informações, instituídos pelo CNJ e pelo CNMP.

40 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 645, em referência ao Resp n. 1.243.887-PR, Cesp STJ, rel. Min Luís Felipe Salomão, DJe 12.12.11.

41 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

ser prejudicados por eventual improcedência dos pedidos feitos em sede de ação coletiva, conforme dispõe o parágrafo 3º do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor. Também será erga omnes a imutabilidade quando se tratar de direitos individuais homogêneos. No entanto, neste caso, o será somente no caso de ser dada procedência à demanda coletiva, a qual se estenderá aos sucessores, a depender do pedido e do deferimento.

No que concerne aos efeitos das ações coletivas quando em comparação com uma ação de cunho individual, conforme dispõem os artigos 104⁴² do Código de Defesa do Consumidor e o art. 22, parágrafo 1º⁴³ da Lei de Mandado de Segurança, pode-se dizer que não há litispendência entre as mesmas. Significa dizer que mesmo que o objeto litigioso seja o mesmo, o fato de as partes serem diferentes, representadas por legitimados distintos, já é suficiente para descaracterizar a litispendência.

Entretanto, deve-se atentar ao fato de que a litispendência entre as ações individuais e coletivas, disposta no art. 104 do Código Consumerista ora em análise, nada confunde-se com a litispendência entre uma ação civil pública e uma ação popular, por exemplo, a qual é perfeitamente possível de ocorrer.

Como consequência, criou força o instituto do Right opt in e Right opt out, compreendidos como direito de incluir-se ou excluir-se, respectivamente, da abrangência e consequências da decisão coletiva. Trata-se, pois, de uma escolha fundamental na matéria, em que ao autor de determinada demanda individual, sendo devidamente notificado da existência de eventual demanda coletiva com mesmo escopo, é dada a faculdade de aderir ao resultado desta.

De acordo com o processualista Cassio Scarpinella Bueno, há três exigências indispensáveis para a verificação da efetiva publicidade de uma ação coletiva, quais sejam: (i) a possibilidade de cada membro pretender sua auto-exclusão, até a data indicada, dos efeitos de eventual decisão de mérito, podendo ele não se sujeitar à coisa julgada (right to opt out); (ii) que o julgamento, seja ele favorável ou desfavorável, afetará todo aquele membro que não requerer sua exclusão na forma da lei e, (iii) que, querendo, poderá o membro participar diretamente da ação, desde que constitua advogado para tanto.⁴⁴

42 Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

43 Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

44 BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: Pontos para uma reflexão conjunta. Publicado originalmente na Revista de Processo, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92-151 Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em 05/12/2016, p. 110

No Direito brasileiro, a possibilidade de auto-exclusão decorre de eventuais prejuízos que podem ser gerados ao jurisdicionado individual, decorrentes, por exemplo, da demora pelo julgamento do processo coletivo, pela ausência de confiança no sistema processual coletivo, ou até mesmo pela simples vedação da tutela individual.⁴⁵

Para se abdicar expressamente da jurisdição coletiva, as normas acima mencionadas que tratam do tema exigem que o autor da demanda individual, inequivocamente ciente da existência do processo coletivo (daí a importância da publicidade supramencionada, a qual verifica-se nos autos do processo), opte pelo prosseguimento daquela, não importando se a propositura dessa ação individual foi anterior, concomitante ou até mesmo posterior à da ação coletiva.

Vale mencionar que, em regra, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* tem coisa julgada *secundum eventum probationes*, isto é, a coisa julgada vai se produzir segundo eventos probatórios, no caso de o magistrado concluir que houve exaurimento das vias probatórias, independentemente da procedência da demanda. Sendo assim, somente não haverá coisa julgada material quando restar caracterizada a improcedência por falta de provas eis que, havendo novas provas, pode ser ajuizada nova ação.

Já no que toca ao direito individual homogêneo, a coisa julgada é dita *secundum eventum litis*, em sentido diametralmente oposto ao da tutela individual do *pro et contra*, só há coisa julgada na procedência da demanda.

Dessa forma, entende-se que, ao excluir-se da abrangência de uma ação coletiva, o indivíduo não será prejudicado pela sentença desfavorável, e da mesma forma, não poderá ser, beneficiado pela coisa julgada da sentença favorável.⁴⁶

Quanto aos institutos do *Right opt in* e *Right opt out* ora abordados, faz-se uma observação quanto à análise do Mandado de Segurança coletivo, eis que há em sua norma regulamentadora um dispositivo que faz com que, nesse tipo de demanda, seja diferente o tratamento processual dado à forma de desistência do mesmo, fugindo à regra do microssistema. Tal se dá pois, nesse caso, segundo Mazzilli, o interessado, mais que a suspensão, como é a regra, deve desistir de sua ação individual.⁴⁷

Nas palavras o ilustre processualista Fredie Didier Junior:

45 DIDIER JÚNIOR., Fredie – Editorial 73: Mandado de Segurança Coletivo. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Apelo ao microssistema de tutela coletiva. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/>. Acesso em 05/12/2016

46 GIDI, Antonio (2007). A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – pg. 300 apud DIDIER JÚNIOR., Fredie – Editorial 73: Mandado de Segurança Coletivo. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Apelo ao microssistema de tutela coletiva. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/>

47 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 646

“o indivíduo deverá desistir do mandado de segurança individual, em vez de pedir a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistência implicar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que deve ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Seria restrição irrazoável ao direito fundamental ao mandado de segurança.”⁴⁸

Segundo o entendimento do professor, mesmo que a desistência do mandado de segurança individual em prol do coletivo não faça coisa julgada material por decorrer de decisão de mérito, continua o indivíduo suscetível a perda de seu direito fundamental ao referido instrumento processual ante a exigência da própria legislação de prazo de 120 dias.⁴⁹ Sendo assim, na prática, tal regra acaba por desencorajar justamente o escopo do instituto do *right opt in*, o qual pretende evitar pendência de ação coletiva e individual sobre o mesmo tema.

No mesmo sentido é a crítica do italiano Vincenzo Vigoriti, quanto a “contra-mão” da pretensão do instituto em determinadas situações:

“Se il singolo non aderisce, egli rimarrà terzo rispetto all’azione collettiva e indifferente al suo esito. In questo modo, una garanzia nata per proteggere e difendere si trasforma in un qualcosa di radicalmente diverso, pregiudizievole per coloro che dovrebbero trarne vantaggio.”⁵⁰

Por fim, cabe o questionamento quanto ao réu de um processo coletivo: estará ele sempre vulnerável a uma nova demanda, independentemente da obtenção de resultado favorável em demanda anterior?

Melhor nos responde e conclui a questão, as palavras de Hugo Nigri Mazzilli:

“É verdade que o julgamento de improcedência de uma ação civil pública, por falta de provas, não impede a propositura de nova ação civil pública com o mesmo pedido e com a mesma causa de pedir, nem a improcedência da ação de índole coletiva impede o ajuizamento de ação individuais fundadas no mesmo fato.”

E ressalva, ainda, o autor:

“Mas a improcedência de uma ação civil pública por outro motivo que não a falta de provas impede o ajuizamento de novas ações civis públicas com o mesmo pedido e mesma causa de pedir, conquanto não impeça o ajuizamento de ação individuais fundadas na mesma causa de pedir, exceto se o lesado interveio na ação civil pública como litisconsorte ou assistente litisconsorcial do legitimado ativo. Isso porque não se pode excluir do lesado individual seu direito de acesso direto à jurisdição, se não participou do julgamento da ação coletiva.”⁵¹

48 DIDIER JÚNIOR., *Fredie – Editorial 73: Mandado de Segurança Coletivo. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Apelo ao microssistema de tutela coletiva. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/>*

49 Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

50 Se o indivíduo não adere, permanecerá em um terceiro plano à ação coletiva e indiferente à seu êxito. Deste modo, uma garantia que nasceu para proteger e defender se transforma em algo radicalmente diferente, prejudicial àqueles que deveria obter vantagem. (tradução nossa) VIGORITI, Vincenzo. *Giustizia e Futuro: conciliazione e class action*. 2010. Disponível em <http://bdjur.stj.jub.br/dspace/handle/2011/82621>, p. 128

51 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 648

Depreende-se, portanto, que em consonância com princípios constitucionais, tais como ampla-defesa e contraditório, somente no caso de estarem envolvidos processualmente no resultado da demanda coletiva, como assistentes litisconsorciais, por exemplo, ou ainda, no caso de o fundamento da improcedência ser a falta de provas, é que os lesados individuais serão impedidos de ingressar em juízo para pleitear nova demanda.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO À LESÃO AOS INTERESSES COLETIVOS LATO SENSU

Breve visão histórica do instituto da responsabilidade civil do estado no direito brasileiro e suas teorias

Após a análise teórica dos institutos relativos ao microsistema de tutela coletiva no Direito brasileiro, passa-se a discorrer a respeito da responsabilidade civil estatal, para posterior exame da atuação deste como causador do dano à interesses transindividuais.

A responsabilidade civil do Estado pode ser hoje conceituada como o dever do Estado de ressarcir os danos que causa a terceiros em decorrência de ação ou omissão de seus agentes. Primeiramente, cumpre destacar que o instituto ora discutido é consequência não só do controle da Administração, como também do princípio da legalidade. Isso porque, identificar-se-á situações em que cabe indenização aos lesados a partir de danos causados aos administrados, com fulcro de se reconhecer proteção jurisdicional àqueles tanto por ato omissivo ilegal quanto comissivo do Estado.

Como se sabe, no Brasil adotou-se o sistema da jurisdição una, o que significa dizer que o controle concreto das ações, especialmente no que tange a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos, inclusive as administrativas, cabe ao Poder Judiciário, com força de coisa julgada, diversamente do que se passa em muitos países europeus.

A dualidade de jurisdição, sistema adotado por exemplo na Itália e na França, reparte a competência em Justiça Administrativa e Poder Judiciário, a partir da distinção entre “direito subjetivo” e “interesse legítimo”. Por se tratar de noção própria do direito europeu dualista, não cabe análise e diferenciação de tais institutos, principalmente por estarem diretamente relacionados ao direito individual, e não coletivo, como é o foco do presente trabalho.

Sendo assim, em consonância com o que dispõe o art. 5o, inc. XXXV⁵², da Carta Magna, o Judiciário controlará a legitimidade dos comportamentos da Poder Público, a fim de anular suas condutas, impor obrigações e condenar eventuais indenizações por ato lesivo.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello assim dispôs acerca da relevância do Princípio da Legalidade quando do controle dos atos administrativos, in verbis:

“O princípio da legalidade – como é claro a todas as luzes – não se impõe e não se propõe a ser um mero instrumento de organização burocrática do aparelhamento administrativo do Estado para delinear os contornos de suas unidades internas e desenhar seus correlatos meios de atuação. O que deveras se pretendeu e se pretende com tal princípio, como é óbvio, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia. Quis-se outorgar-lhes a certeza de que ato administrativo algum poderia impor limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos sem que tais cerceios ou gravames estivessem previamente autorizados em lei, e que ato administrativo algum poderia subtrair ou minimizar vantagens e benefícios que da lei resultariam para os cidadãos se esta fosse observada.”⁵³

Nesse diapasão, percebe-se que princípio da legalidade é corolário da atuação do Estado no que concerne à limitação de seus atos frente aos administrados, de modo a reconhecer a proteção jurisdicional a quem seja agravado sempre que isso ocorra de maneira ilegal.

A doutrina classifica o instituto em diferentes espécies, nas quais devem estar presentes os elementos básicos caracterizadores da responsabilidade civil, considerados na doutrina pressupostos gerais desta, quais sejam: ação ou omissão do agente, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo experimentado pela vítima ou vítimas. Tais elementos foram extraídos do conceito de ato ilícito, constante do art. 186 do atual Código Civil vigente.⁵⁴

Segundo a doutrina de Fernando Noronha⁵⁵, o dever de indenizar decorre de um fato antijurídico, a ser imputado a alguém, que produza danos, e que esses possam ser considerados como a causa do ato ou fato praticado, ou, em alguns casos, suficiente apenas o risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.

Tratando especificamente da responsabilidade estatal, foram elaboradas inúmeras teorias. Cada sistema achou por bem adotar uma, eis que estas não se confundem nem tampouco se complementam.

52 XXXV, *Constituição Federal - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*;
53 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 975

54 Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

55 NORONHA, FERNANDO. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Saraiva, 3a ed., 2010, p. 468

No presente trabalho, utilizar-se-á como base a o sistema Europeu-Continental, o qual foi fortemente influenciado pelo Conselho de Estado francês, já que não é pertinente a abordagem do sistema Anglo-Saxão como influência significativa no tema ao Direito brasileiro.

Historicamente, em brevíssima síntese, prevalecia inicialmente a Teoria da Irresponsabilidade, evoluindo depois para a Responsabilidade Subjetiva, a qual ainda hoje é aplicada em determinadas situações, e, por fim chegou-se à Responsabilidade Objetiva.

Há, quanto às teorias que abarcam a responsabilidade civil do Estado, relevante divergência doutrinária, eis que os autores brasileiros trazem nomenclaturas e interpretações diversas para o instituto.

O Estado, como se sabe, é titular não só de direitos, mas também de obrigações, pelo que afasta-se qualquer entendimento dado até o século XIX, abrangidos pela Teoria da Irresponsabilidade, bem como as Teorias Civilistas.

Segundo a administrativista Maria Sylvia Zapanella Di Pietro, a teoria da irresponsabilidade fazia distinção da pessoa do Rei (*The king can do no wrong*), o qual praticava atos de império, da pessoa do Estado, que praticava atos de gestão. Os primeiros, eram imunes a qualquer responsabilização, enquanto que para os segundos, por sua vez, admitia-se a imputação do instituto da Responsabilidade Civil.⁵⁶

A relevância dessa Teoria é principalmente quanto a sua repercussão. Apesar de não mais persistir a distinção entre “atos de império” e “atos de gestão”, foi a partir dela que surge a exigência de demonstração de culpa em determinados casos, consagrando a Responsabilidade Subjetiva do Estado.

Partindo-se para uma base principiológica do Direito Público, o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, trouxe a baila a discussão do conflito de jurisdição, no qual entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Direito Privado, havendo que se fazer uma espécie de conciliação entre as necessidades do serviço, os direitos do Estado e os direitos privados.

Pode-se dizer que houve aqui, um marco inicial para o surgimento de diversas teses publicistas de responsabilização estatal, entre elas: Teoria da culpa do serviço⁵⁷ e a Teoria do risco, que pode ser subdividida em risco administrativo e risco integral.

Em breve análise, pode-se dizer que a Teoria da Culpa do Serviço é a tentativa de desresponsabilizar o Estado quanto aos atos culposos de seus funcionários. Sendo assim, faz-se a distinção entre o ato individualmente praticado por um funcio-

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 26a ed., 2013, p. 706-707
⁵⁷ Também conhecida como culpa administrativa ou teoria do acidente administrativo.

nário e a culpa do serviço público, a qual engloba os casos de (i) não funcionamento de determinado serviço, (ii) funcionamento retardado, (iii) funcionamento ineficiente. Nessas hipóteses, será o próprio Estado o responsável, sem que se possa responsabilizar qualquer servidor público, em sentido amplo, pelo ato danoso.

Quanto a Teoria do Risco, a qual foi desenvolvida pelo Conselho de Estado Francês concomitantemente com a teoria anteriormente abordada, serviu de maneira a embasar o que chamamos de Responsabilidade Objetiva do Estado. De acordo com a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, essa teoria coaduna a ideia de que “o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo”⁵⁸, sendo, portanto, aquele que colhe os frutos da utilização ou exploração de determinado objeto ou atividade quem deve experimentar as consequências e prejuízo que eventualmente dela decorram.

Entende Di Pietro⁵⁹ que a questão da responsabilização objetiva parte do princípio da igualdade, o que gera tanto encargos sociais iguais para os indivíduos, quanto benefícios de determinada prestação de serviço. Dessa forma, ao trazer um prejuízo maior a uma determinada pessoa, rompe-se esse equilíbrio, restando o dever de indenizar com verba pública. Tem-se, nesse caso, segundo a autora, uma substituição da ideia de culpa pela noção de nexo de causalidade.

Assim, tanto pode-se entender a nomenclatura dessa teoria por ser predominante nesta o fato de que toda atuação estatal comporta um risco inerente a ela, como também, sendo objetiva, prescinde da análise de elementos subjetivos do ato, isto é, não se faz necessária a análise de culpa e dolo.

Há ainda na doutrina quem faça mais uma distinção interna à Teoria do Risco, de forma a trazer como subespécies o risco administrativo e o risco integral. A clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles admite para o risco administrativo as causas excludentes da responsabilidade estatal (i.e, culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior), enquanto o risco integral, como o nome já diz, o Estado assume integralmente o ônus de responsabilizar-se, independentemente de haver influências externas que contribuem para o dano.⁶⁰

Terminologias a parte, fato é que, na prática, e fazendo-se uma análise histórica do conteúdo das Constituições da República anteriores, tais como as Constituições de 1824 e 1891, que sequer previam qualquer disposição expressa a respeito da responsabilidade do Estado, jurisprudência e doutrina brasileiras nem sempre seguiram

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo, Malheiros, 4a ed., 2003, p. 623

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 26a ed., 2013, pg. 707

⁶⁰ O autor traz como exemplo de risco integral situações em que o Estado esteja envolvido em acidentes nucleares (art. 21, XXIII, CFRB/88), ato terroristas que causem algum dano, atos de guerra ou similares, conforme Leis n. 10.309/01 e 10.744/03, além dos artigos 246, 393 e 399 do Código Civil, que envolvem os institutos caso fortuito e força maior.

com afimco uma determinada teoria.

Somente com a Constituição de 1946 acolheu-se a teoria da Responsabilidade Objetiva, que previa em seu artigo 194⁶¹ a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direitos público interno pelos danos causados por seus funcionários a terceiros, dispondo em seu parágrafo único acerca da possibilidade de ação de regresso em face dos mesmos, em caso de culpa.

Foi a Constituição de 1967 que introduziu, na parte final do parágrafo único do dispositivo, a possibilidade de ação regressiva também em caso de dolo, além da culpa, já prevista na Constituição anterior.

No entanto, somente com a atual Carta Magna é que pode-se dizer que o instituto restou completo e de maneira expressa, ao ser positivado no sentido de também delimitar os sujeitos, sendo o Estado responsável objetivamente e seus agentes responsabilizados subjetivamente, como dispõe o conhecido art. 37, parágrafo 6o, da Constituição Federal vigente.⁶²

Quanto ao nosso Estatuto Civilístico, em âmbito privado, somente veio dispor nesse sentido recentemente, de maneira a atender a tendência doutrinária e jurisprudencial. O código anterior, datado de 1916, previa ainda como regra a responsabilidade subjetiva, conforme dispunha o art. 159, sendo a exceção a responsabilidade objetiva, na legislação especial.

Evidente, portanto, que, atualmente, estão consagradas as teorias predominantes no Direito Brasileiro, sendo nosso sistema dualista, por coexistirem as teorias objetiva e subjetiva, que abarcam não só os atos comissivos como também os atos omissivos do Estado, aqueles decorrentes de leis e regulamentos, bem como a responsabilização por atos jurisdicionais, sempre ressaltando-se, quando cabível, as hipóteses excludentes e atenuantes da responsabilidade.

Responsabilidade civil em âmbito de interesses metaindividuais

Feita a digressão a respeito do tema da responsabilidade civil, faz-se mister estabelecer a influência dessa quando relacionada ao direitos metaindividuais.

Como observação inicial, vale dizer que o regime tradicional da responsabilidade civil foi pensado, originalmente, para tutela de direitos individuais, e não para

61 Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

62 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

proteger os “novos direitos” coletivamente considerados.

Por tal razão inclusive, o professor Doutor Elton Venturi entendeu como “universos em revolução” os institutos ora em comento. De acordo com o autor, quando se analisa os direitos coletivos lato sensu sob a égide dos danos a eles causados, depara-se com o Direito da Responsabilidade que, assim como os direitos transindividuais, buscam harmonizar os diferentes valores de uma sociedade em constante evolução, a qual relativiza as concepções tradicionais da ideologia liberal e individualista que influenciam diretamente o pensamento e procedimentos jurídicos.⁶³

Nessa ótica, ambos os institutos, tanto os interesses transindividuais como a responsabilidade civil, estiveram sob o enfoque da doutrina nos últimos anos, pelo que tiveram suas concepções de certa forma, muito evoluída e alterada com o passar do tempo. As principais funções da responsabilidade civil passaram a ser principalmente a indenização da vítima e a prevenção dos comportamentos anti-sociais.

Quando se passa a perspectiva da responsabilidade civil daquele que causa danos a uma coletividade, deve-se atentar ao fato de que a reparação do dano aos lesados será de difícil aferição, ante a indeterminabilidade dos sujeitos em certas espécies de direito transindividual.

Melhor explica Venturi, confira-se:

“O que aparentemente constitui mero jogo de palavras (reparação do dano sofrido X reparação do dano produzido), em verdade retrata a dimensão da responsabilidade civil envolvida, pois que a violação de um direito metaindividual, caracterizado pela indivisibilidade e indeterminabilidade de seus titulares, acarreta ao causados do dano o dever de repará-lo integralmente e coletivamente, o que conduz à própria transfiguração da natureza da reparação envolvida. Assim é porque a reparação dos “danos produzidos”, que se intenta por intermédio das ações coletivas, requer especial e peculiar mensuração, uma vez que “o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o “prejuízo sofrido” por cada consumidor lesado”.⁶⁴

Ademais, para que seja cumprido também o escopo de prevenção de novos eventos danosos à grupos, classes ou categorias, é importante que a reparação seja substancialmente relevante também para o réu. Tal se dá para que este realmente passe a precaver-se quanto a possíveis reincidências infracionais, evitando-se o fim contrariamente pretendido, isto é, para que se evite eventuais estímulos, ante uma punição proporcionalmente leve ao causador do dano.

⁶³ VENTURI, Elton. *Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 15/1995 | p. 79 - 98 | Jul - Set / 1995 Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 5 | p. 219 - 246 | Mar / 2011 DTR\1995\284. São Paulo, 1995, p. 79.

⁶⁴ VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 76

Responsabilidade civil do estado quando causador de danos aos interesses coletivos lato sensu

Como é sabido, o Estado, apesar de ser legitimado ativo para a propositura de ações coletivas, comumente acaba por figurar no polo passivo destas demandas, por ser ele o responsável ou corresponsável pelo referido dano.

Nesse ínterim, há que se considerar, como já mencionado anteriormente, que o Estado pode ser responsabilizado diretamente tanto por condutas comissivas, como também omissivas, ou ainda, por simples fato de proporcionar a ocorrência de uma determinada situação danosa, ou seja, uma conduta de risco por parte do Estado.

Outrossim, vê-se comumente o Estado também como responsável indireto, caso em que, por exemplo, cabe a ele algum tipo de fiscalização ambiental, ou então controle aos direitos fundamentais de consumidores, estando ele, de certa forma, concorrendo para lesão eventualmente gerada.

Nesse diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IBAMA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. 1. Tratando-se de proteção ao meio ambiente, não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo. 2. O Poder de Polícia Ambiental pode - e deve - ser exercido por todos os entes da Federação, pois se trata de competência comum, prevista constitucionalmente. Portanto, a competência material para o trato das questões ambiental é comum a todos os entes. Diante de uma infração ambiental, os agentes de fiscalização ambiental federal, estadual ou municipal terão o dever de agir imediatamente, obstando a perpetuação da infração. 3. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, logo responderá pelos danos ambientais causados aquele que tenha contribuído apenas que indiretamente para a ocorrência da lesão. Agravo regimental improvido.”⁶⁵

Admite-se, assim, que pessoas jurídicas de direito público, mesmo que não sejam elas as causadoras diretas do dano a um interesse transindividual, sejam solidariamente responsáveis por este. Entretanto, deve-se tomar cuidado para que o Estado não passe a figurar como um tipo de “segurador universal”, como denominou Celso Antônio, havendo que se estabelecer critérios para evitar usurpações.

Nas palavras do ilustre doutrinador:

“É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o ‘serviço não funcionou’. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses o Estado estaria erigido em

⁶⁵ (AgRg no REsp 1417023/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015)

segurador universal!”⁶⁶

Há ainda que se destacar que, como se depreende da evolução histórica do presente capítulo, o Estado também responderá pelos atos que seus agentes causarem a terceiros, conforme traz expressamente a Constituição da República, art. 37, parágrafo 6o, em consonância com a teoria do risco administrativo analisada.

Discute-se ainda, quanto a possibilidade de o Estado denunciar a lide com o fulcro de transferir a responsabilidade para o agente causador do dano, mediante exame da culpa ou do dolo. Controvérsias a parte, a doutrina majoritária, a qual nos filiamos no presente trabalho, entende que a simples verificação dos elementos volitivos dentro do mesmo processo, isto é, sem ação regressiva própria, já seriam suficientes para ferir a economia processual, e, conseqüentemente, prejudicaria um dos principais fins da responsabilização objetiva do Estado, eis que mesmo que este responda de maneira objetiva, nos autos do processo, seria averiguada a responsabilidade subjetiva do agente, o que demanda instrução probatória mais aprofundada.

Ademais, registra-se que, em eventual discussão a respeito do direito de regresso por parte do Estado para averiguação da responsabilidade do agente, de nada altera a situação do lesado, eis que a responsabilização objetiva já garante a este o direito à eventual indenização ou ressarcimento.

Entretanto, vale trazer à baila que a corrente minoritária, representada por Humberto Theodoro Jr.⁶⁷ e Cândido Rangel Dinamarco⁶⁸, a qual defende que é faculdade do Estado denunciar a lide, possuindo base constitucional e legal para tanto ao combinar os artigos 37, parágrafo 6o da Constituição Federal e o atual artigo sobre o tema, art. 125⁶⁹ do Estatuto Processual Civilístico em vigor. De acordo com os mencionados dispositivos, é direito do Estado em face do agente causador do dano valer-se do instituto em comento, para que não tenha que se aguardar o trânsito em julgado da ação principal, e mesmo que momentaneamente, lesar o erário, para somente depois ingressar com a ação de regresso.

A doutrina de Hugo Nigro Mazzilli impõe que, para haver a responsabilização do agente, este deve, cumulativamente, ter incorrido nos seguintes requisitos: (i) estar

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 979

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 50a ed., 2009, p. 267

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 154

⁶⁹ Art. 125. É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes: I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam; II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo. § 1o O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida. § 2o Admite-se uma única denúncia sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denúncia, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma. - deixa de lado a anterior obrigatoriedade do instituto da denúncia à lide do CPC anterior.

na qualidade de agente público, mesmo que não propriamente no exercício da função, (ii) restar comprovado o dano e o nexo de causalidade entre a ação do agente e o mesmo e, (iii) não ter havido culpa ou dolo da vítima.⁷⁰

Cabe ainda comentar outra questão comumente discutida a respeito da legitimação do Estado para figurar no polo passiva de demandas coletivas. Como bem entendem os Tribunais Superiores e doutrina, a condenação do Estado a ressarcir prejuízos gerados a um grupo de indivíduos acaba por confundir nas mesmas pessoas, indenizado e indenizador, eis que o erário é arrecado com dinheiro dos próprios contribuintes.

Nesse sentido, Mazzilli colaciona o seguinte trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça, tratando de danos ambientais:

“Se a pretensão fosse viável, equivaleria à condenação da própria vítima da poluição, isto é, o povo ao ressarcimento dos danos provocados pelas indústrias, o que constituiria verdadeiro paradoxo”.⁷¹

Apesar disso, com muita precisão, destaca o autor um relativo impasse, conforme explica a seguir, verbis:

“não se pode sempre assegurar a irresponsabilidade do Estado-Leviatã sob o argumento de que seria o povo o último a pagar a conta. É preciso bastante equilíbrio, seja para não carrear apenas ao Estado as consequências de tudo o que ocorre de errado no País (e, portanto, ao cidadão que paga impostos), seja para não isentar a priori o Estado e, principalmente, seus administradores de toda e qualquer responsabilidade, quando não raro são estes que cometem diretamente a ação lesiva”.⁷²

Percebe-se, pois, que deve-se ater a um meio termo para que as palavras de Mazzilli e Celso Antônio entrem em consonância com um parâmetro que não permeie uma exacerbada perseguição ao Estado, nem tampouco coadune com os erros, de maneira a estimular a reiterada prática lesiva por parte daquele que deveria dar o exemplo.

Cabe, portanto, a jurisprudência tentar fixar um caminho que cumpra esse papel de maneira adequada, sem prejudicar, por óbvio e em qualquer aspecto, a sociedade.

⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 707

⁷¹ Resp 604.725-PR, 2a Turma. STJ. Relator Min. Castro Meira, DJU 22.08.05 em MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 421

⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 422

TUTELA EXECUTIVA E INSTRUMENTOS DE TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Aspectos gerais

A tutela dos direitos coletivos lato sensu, por serem materialmente distintos, como analisado anteriormente, também pressupõe instrumentos processuais diferentes para postulá-los em juízo.⁷³ Sendo assim, identifica-se em nosso sistema processual, uma espécie de microsistema que delimita esses diferentes instrumentos de tutela de direitos transindividuais.

O mestre Guilherme Peña entende que “as garantias constitucionais dos direitos coletivos são dedicadas à associação, cuja instituição não depende de autorização governamental, desautorizada a intervenção estatal”.⁷⁴

De acordo com Zavascki, por fazer parte este autor da corrente que não admite chamar os direitos individuais homogêneos de direitos metaindividuais, distinguindo-os dos coletivos stricto sensu e dos difusos, há dois grupos de instrumentos para tutelar esses interesses. As ações civis públicas e ações populares, instrumentos para tutelar direitos coletivos lato sensu, e ações coletivas, estando o mandado de segurança coletivo nelas incluído, que tutelam coletivamente direitos subjetivos individuais.⁷⁵

Como visto, por vigorar no Brasil o sistema de jurisdição única, cabe ao Poder Judiciário o controle da legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, direcionando àquelas obrigatórias e, em sendo o caso, condenando à eventual indenização, proporcional ao dano.⁷⁶

Em se tratando de dano causado pelo Estado aos interesses transindividuais, importa saber, pois, em que situações o controle jurisdicional faz-se possível ou até mesmo necessário a ponto de legitimar a procura ao Judiciário por parte do administrado.

Por tal motivo, mister se faz o exame das medidas judiciais cabíveis que compõem o microsistema de tutela coletiva, intentáveis para a correção da conduta administrativa, as quais conflitam, por exemplo, com atos ou omissões de autoridades públicas capazes de lesionar direito coletivo lato sensu.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 43

⁷⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013, p. 636

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, pg. 25 a 29 e p. 44 a 45

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 974

Princípios inerentes a tutela executiva

Os princípios relacionados ao tema, como vetores interpretativos que são, fazem-se relevantes para que se possa compreender a maneira adequada de tutelar e ressarcir os interesses metaindividuais.

Inicialmente, deve-se destacar o que Elton Venturi chamou de princípio da “absoluta instrumentalidade na tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Baseia-se, para tanto, no art. 83⁷⁷ do Código de Defesa do Consumidor, não se tratando, pois, de princípio vazio.

Sendo assim, tal princípio seria uma forma de garantir que, independentemente do instrumento processual utilizado, seja possível realizar o escopo jurídico, qual seja, a tutela de direitos transindividuais. Significa dizer que tanto os legitimados para a propositura de processos coletivos quanto o Poder Judiciário devem atuar no sentido de obter o máximo aproveitamento para se satisfazer o fim pretendido.⁷⁸

Um segundo princípio seria o da “efetiva prevenção e reparação dos danos causados aos direitos transindividuais”. Ainda segundo Venturi, a tutela preventiva perpassa pelo caráter insuficiente da tutela reparatória, especialmente quando se trata de direitos coletivos lato sensu.

Fato é que, como anteriormente se examinou, nem sempre uma decisão que estipule sanção meramente financeira com fins reparatórios cumpre seu papel. Como se sabe, não raro o réu de uma ação coletiva acaba não sendo afetado relevantemente sob o aspecto econômico a ponto de fazer valer uma alteração comportamental que o faça evitar novas práticas lesivas.

Ademais, muitas vezes a reparação econômica não é suficiente para suprir a perda, eis que alguns patrimônios são impagáveis do ponto de vista cultural, emocional e temporal, sendo quase impossível retornar efetivamente ao status quo ante. Dessa maneira, por ser muitas vezes inócua qualquer tipo de recompensa meramente financeira, pode-se perceber a tutela preventiva passa a ganhar força, em detrimento da repressiva.⁷⁹

Outro princípio inerente a tutela de direitos coletivos lato sensu é o princípio da “maior coincidência entre o direito e sua realização”, denominação sugerida por Barbosa Moreira, ao dispor que “o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o resultado prático daquele que levaria a atuação espontânea do direito”.

77 Art. 83 – Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

78 VENTURI, Elton. Execução da Tutela Coletiva. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 76 e 77

79 MOREIRA, José Carlos Barbosa (1987) A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. apud VENTURI, Elton. Execução da Tutela Coletiva. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 71

As palavras do referido autor, quando trata do princípio em tela, fazem alusão ao aspecto da compatibilidade entre o direito violado e a forma de ressarcí-lo. É, pois, como menciona Elton Venturi, citando o italiano Mandrioli⁸⁰, uma questão de utilidade específica, sob a qual recai uma restauração direta, tendente a reconstituir a situação jurídica anterior, e utilidade genérica, podendo esta ter ressarcimento economicamente mensurável, ou seja, restauração indireta de cunho patrimonial.⁸¹

Depreende-se, portanto, que os referidos princípios não são meramente retóricos, mas uma regra dirigida ao magistrado, que tem o poder-dever de atuar concretamente, com o escopo de fazer valer o ressarcimento proporcional ao dano, não só no âmbito econômico.

Medidas judiciais no processo coletivo

O processo, como instrumento por meio do qual atua a jurisdição, deve ser visto, quando tratado em dimensão coletiva, como forma apropriada de tutela dos direitos metaindividuais.

Trata-se de uma forma revolucionária de ver o processo, até então tutelado tão somente no âmbito individual. Como bem dispõe Venturi, parte-se para uma iniciativa de representation of the unrepresented and underrepresented⁸², uma maneira de efetivar o devido processo legal aos grupos menos privilegiados.⁸³

Em se tratando de uniformização do sistema, comumente na doutrina tem-se discutido a respeito da criação de uma legislação processual que dispusesse acerca dos instrumentos de acesso aos direitos coletivos em sentido lato.

Há quem diga que seria inócuo um projeto de código de processo coletivo, apesar dos esforços despendidos no anteprojeto de 2002. Estes aduzem ser impraticável compilar as leis existentes em uma só legislação, e ainda, que o processo coletivo não pode ser administrado de maneira completamente apartada do processo individual. Como já se viu, o grupo ou categoria de pessoas não perdem a opção de demandar individualmente em nome próprio, pelo simples fato de existir uma demanda coletiva em curso, devendo caminhar lado a lado as ideias de coletivo e individual.⁸⁴

⁸⁰ VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 84, citando MANDRIOLI, Crisanto. *L'escuzione forzata in forma specifica* – pg. 7 e ss

⁸¹ VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 83, citando MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais*, Revista de Processo, Ed. RT, São Paulo – pg. 41 a 152

⁸² *Representação dos não representados e dos menos representados* – Tradução nossa

⁸³ VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 30 a 32

⁸⁴ Nesse sentido, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos*. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1093, 25 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6345-o-projeto-de-lei-brasileira-sobre-processos-coletivos>. A autora, inclusive, enumera dispositivos os quais considera colidentes. Veja-se: “Podem-se, assim, citar 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 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83,

De outra banda, há aqueles favoráveis a uma legislação una, tais como Nelson Nery Jr., Hugo Nigro Mazzilli e Gregório Assagra de Almeida, os quais defendem ser uma maneira de dar espaço aos chamados “novos direitos”, uniformizando o microsistema atualmente esparso e muitas vezes inclusive colidente, claramente insuficiente para as crescentes demandas sociais, sugerindo uma espécie de compilado coerente dos regramentos já existentes, como forma de democratização ao acesso à justiça.⁸⁵

A doutrina de Gregório Assagra nos ensina ainda, em suas palavras:

“de nada adianta a criação de instrumentos poderosos, como as ações coletivas e a própria coisa julgada coletiva, se o instrumento formal existente de viabilização de uma e de outra não é capaz de dar efetividade a esses novos institutos, seja pela falta de princípios ou de regras interpretativas específicas, seja pela inexistência de estudos que desenvolvam a concepção de tutela jurisdicional coletiva por intermédio de método e objeto próprios.”⁸⁶

Faz-se mister comentar, ainda, em síntese, a relevância do Código de Processo Civil em vigor, publicado em 16.03.2015, já que o tema dos direitos coletivos lato sensu sofreu diversas críticas, mormente no que tange a perda da oportunidade de expressa normatização e sistematização do tema em espaço próprio no estatuto processual civilístico.

Para melhor atender as respostas aos conflitos de massas que tiveram cristalino aumento de incidência ao longo das últimas décadas, cabia ao Código de Processo Civil, que acaba de ser repaginado, abordar o tema de maneira eficiente, ante a falta de codificação específica.

Entretanto, limitou-se o novo código a (i) fazer referência ao microsistema composto pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, (ii) a ampliar o alcance da suspensão dos processos no caso de arguições de relevância, de recursos extraordinários e especiais, passando a dispor agora no sentido de haver suspensão dos processos coletivos ou individuais, e não só dos recursos, como antes, (iii) criar o instituto do incidente de demandas repetitivas.

De resto, o código vigente somente perpassou pelo tema da tutela coletiva, sem propriamente adentrar nas minúcias deste. Por tal razão, todas as dúvidas que permeiam os processos coletivos continuam cabendo a doutrina e a jurisprudência a resposta, numa tentativa de seguir as leis esparsas sobre o tema, ante a falta de legislação própria e adequada.

85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.”

85 NERY JÚNIOR, Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo? De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, vol. 7, 2006, p. 154 a 156; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 139 e 189

86 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 29

Forte crítica a aludida omissão por parte dos legisladores do novo código pode ser vista nas palavras de Mazzili, veja-se:

“a decisão tomada pouco antes, de sequer envolver o processo coletivo no anteprojeto de CPC, deve ter parecido politicamente acertada aos juristas que, diante das dificuldades teóricas e práticas de viabilizar a tutela coletiva no novo CPC, tinham escolhido o caminho mais simples, de omitir sua disciplina. (...) Tivesse sido a nova codificação realmente vocacionada a dar à luz novo ordenamento processual ao País com vistas ao presente e ao futuro, teria sido indispensável cuidar do processo coletivo – este a maior, talvez a única grande novidade nas últimas décadas no Direito brasileiro, desde o CPC de 1973. Se a tutela coletiva algum defeito tem, é justamente porque não mereceu ainda disciplina integral e harmônica com o processo civil, visando a objeto mais abrangente, pois ela sim é capaz de trazer real contribuição à tarefa hercúlea de democratizar e tornar efetivo o acesso à justiça.”⁸⁷

Fato é que o Código de Processo Civil de 2015 não adentrou em matérias de suma relevância para o processo, o que, indiretamente, acaba por dificultar o acesso da coletividade à prestação jurisdicional, já que, com o tempo, as demandas sociais só tendem a aumentar. Aspectos pontuais como a vedação do acesso coletivo à jurisdição em certas matérias, a suspensão das ações individuais e a disciplina da coisa julgada coletiva deveriam ter sido melhor desenvolvidas na codificação em vigor.

Enfim, mesmo que não tenham sido suficientes as novidades trazidas pelo novo código, ainda subsiste, aliás, exclusivamente como normas de tutela dos direitos coletivos, fontes que compõem o microssistema de tutela destes.

Vejamos, em breve síntese, as quatro principais medidas judiciais coletivas que tutelam os direitos metaindividuais, quais sejam: (i) Ação Civil Pública disciplinada pela Lei n. 7.347/85; (ii) Ação Popular, positivada na Lei n. 4.717/65, (iii) Ação de Improbidade Administrativa, prevista na Lei n. 8.429/92, (iv) Mandado de Segurança Coletivo, regido pela Lei n. 12.016/09.

Ação Civil Pública - Lei n. 7.347 de 1985

Certamente, umas das ações coletivas mais importantes é aquela prevista na Lei n. 7.347/85. Com certa confusão e críticas à terminologia da referida ação em âmbito doutrinário, a Ação Civil Pública, espécie do gênero ações coletivas (que se contrapõe às ações individuais)⁸⁸, visa tutelar direitos transindividuais.⁸⁹ Para chegar

⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 139

⁸⁸ Calamandrei preferiu chamar os gêneros de ações públicas e privadas, sendo estas aquelas em que o poder de provocar o exercício da jurisdição está reservado de um modo exclusivo ao titular do interesse individual que a norma jurídica protege, enquanto aquelas fazem referência ao exercício de jurisdição confiado pelo Estado a um órgão público especial, por dever de ofício. – em *Istituzione di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, I, par. 38.

⁸⁹ Cabe lembrar que, como visto em tópico próprio e, em que pese a posição de fortíssima influência de Teori Zavascki, o presente trabalho adota a corrente que denomina direitos e interesses transindividuais de maneira a abarcar tanto os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, como os direitos individuais homogêneos.

a tal conclusão, basta combinar os artigos 1o, inc. IV⁹⁰ da Lei das Ações Cíveis Públicas e os artigos 81 e 91⁹¹ do Código de Defesa do Consumidor.

Cabe destacar que, conforme discorreu-se em tópico anterior, deve-se aplicar aos instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos transindividuais, de uma maneira geral, o princípio da absoluta instrumentalidade, pelo que devem ser consideradas as ações coletivas, pela primazia do fim a que se destina o instrumento proposto, mesmo que seja aplicada nomenclatura equivocada.

É nesse sentido que alguns autores defendem a ideia da fungibilidade entre os modelos processuais coletivos, por pertencerem as ações a um mesmo suporte procedimental. De acordo com essa tese, distinguir os instrumentos seria uma volta à tipicidade do direito de ação. Enquanto ainda não vigora um Sistema Único de processos coletivos, no entanto, fica confusa a utilização prática da referida ideia.

No que toca ao objeto das ações cíveis públicas, com base no art. 1o da Lei 7.347/85, esse comporta os danos morais e patrimoniais causados (i) ao meio-ambiente, (ii) ao consumidor, (iii) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e paisagístico, (iv) a interesses difusos ou coletivos, (v) por infração da ordem econômica, (vi) à ordem urbanística, (vii) à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e (viii) ao patrimônio público e social.

Extraí-se dos incisos expostos que, os interesses neles contidos devem ser sempre coletivamente considerados, ante a presença do vocábulo “outros” no inc. IV, i.e, “outros interesses difusos ou coletivos”, o que permite concluir que os demais incisos já estão sendo colocados nessa dimensão.

Quanto ao mesmo inciso quarto, deve-se também atentar ao fato de que, apesar de ter sido proposta pelo próprio Executivo, quando do momento da sanção presidencial, não obstante aprovação nas duas casas legislativas, o Chefe do Executivo Federal entendeu por bem não incluir no artigo primeiro o inciso IV. Segundo as razões de veto, este entendeu que a expressão “interesses difusos” traria demasiada insegurança jurídica, ante a amplitude ainda não absolutamente delimitada pela doutrina dessa modalidade de interesse metaindividual, em clara postura temerária as consequências dessa inclusão.⁹²

Ocorre, no entanto, que com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor em 1990, o veto presidencial perdeu sua impor-

90 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

91 Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

92 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 154 e 155

tância, tendo sido o acesso coletivo à jurisdição em matérias não interessantes ao governo incluído, de maneira ampla, no campo de incidência da Ação Civil Pública.

Mazzilli faz ainda relevante crítica ao parágrafo primeiro do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública⁹³, o qual vale análise mais aprofundada. Recai a crítica sob o aspecto da constitucionalidade formal do aludido dispositivo.⁹⁴

Isso porque, por ter sido o parágrafo único introduzido pela medida provisória n. 2.180-35/2001, precedida pelas medidas provisórias n. 2.102/26-2000 e 1.984/20-2000, todas anteriores a 2001, não incide sobre elas a regra do parágrafo 3º do art. 62⁹⁵, da Carta Magna. Nesse diapasão, a medida provisória em questão não perdeu sua eficácia, mesmo não tendo sido revertida em lei pelo Congresso Nacional, como atualmente exige a Constituição.

É por essa razão, que mesmo em não se verificando nenhum tipo de urgência e relevância para que fosse o caso de edição de medida provisória, sendo claramente inconstitucional a medida, nenhum Tribunal se debruçou sobre o tema, estando ele, até a presente data, invisível aos olhos do Judiciário.

Por conseguinte, não causa estranhamento que nem mesmo os Tribunais Superiores o tenham feito, já que algumas medidas protegem o Estado em sentido lato, e aqueles são órgãos de origem política, pelo que se entende o porquê de algumas matérias simplesmente passarem “despercebidas” pelo crivo da constitucionalidade.

Tem-se aqui uma situação de vedação ao acesso coletivo à jurisdição quando se trata de matérias que não interessam o governo federal, pelo simples fato de que este terá seus próprios interesses atingidos, não havendo, em nenhum momento, benefício em prol da sociedade.

A restrição do parágrafo único impede que os legitimados para propor Ação Civil Pública debatam sobre matéria relativa a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser considerados individualmente. Significa dizer que, em querendo um indivíduo discutir qualquer dessas matérias, claramente contrárias ao interesse do governo, deve fazê-lo em por ação individual.

93 Art. 1º - Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

94 MAZZILLI, Hugo Nigro (2012). Notas sobre o objeto da Ação Civil Pública. Disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/notasobjetoacp.pdf. Publicado nos Anuais do 17º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 7º Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola, e 7º Congresso de Estudantes de Direito Ambiental, realizado em São Paulo.

95 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Questiona-se: a Constituição Federal não garantiu o acesso à jurisdição, expressamente, em seu art. 5o, inc. XXXV⁹⁶, incluído no Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o qual contém o capítulo I, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”? Qual seria, então, a razão para, em lei infraconstitucional, uma medida provisória, sem qualquer caráter de urgência ou relevância, incluir um parágrafo que veda, por si só, o acesso coletivo em matérias que dizem respeito a eventuais prejuízos ao governo? Parece que a questão merece a atenção dos Tribunais, eis que gritante a negativa do exercício de direitos fundamentais.

Ainda quanto ao objeto da Ação Civil Pública, por tratar o presente trabalho essencialmente a respeito da responsabilidade civil do Estado quando da lesão a direitos coletivos, vale comentar a possibilidade de impugnação de ato administrativo discricionário por meio do remédio constitucional em comento.

A doutrina de Celso Antônio melhor conceitua “discricionariedade”, vejamos:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de 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.⁹⁷

Assim, os aspectos da conveniência e oportunidade destes atos estão, em tese, sob o controle do administrador. Apesar disso, ainda cabe o controle judicial de ato administrativo, o qual perpassa, por exemplo, pela averiguação dos motivos, da fundamentação da finalidade e da causa do ato, bem como do controle de competência, por ser este o meio de garantir a lei, e o próprio fim do ato.

Quanto a legitimidade para a propositura da ação em exame, extrai-se do art. 5o da Lei da Ação Civil Pública e do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor que são legitimados para propositura desta (i) o Ministério Público, (ii) a Defensoria Pública, (iii) a União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, (iv) autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, (v) órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica, destinados à defesa do respectivo interesse transindividual, (vi) associações civis que cumpram os requisitos estipulados pela lei.

Nesse aspecto, a discussão doutrinária permeia a natureza jurídica dessa legitimação, havendo correntes que entendem ser ela ordinária, mista, autônoma ou, ainda, extraordinária.⁹⁸ Filiamo-nos no presente a esta última linha, a qual é defendida

96 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

97 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 994

98 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. Revista Magister de direito imobiliário, registral, urbanístico e ambiental – Porto Alegre, 2005. Disponível em <http://docslide.com.br/documents/artigo-hugo-nigro-mazzilli-aspectos-polemicos-das-aco-es-coletivas.html>, p. 4

por Mazzilli, pelo entendimento de que há clara situação de substituição processual pela defesa de interesse alheio, característica predominante para determinar sua natureza.

Ainda no que concerne à legitimidade ativa, cabe salientar que a Defensoria Pública foi introduzida no rol de legitimados tão somente pela Lei n. 11.448/07 e LC80/94. Mesmo com essa ampliação da legitimação, a doutrina majoritária, entendeu por bem acabar, de certa forma, por restringir o âmbito de atuação desse legitimado.

Entendeu-se que, por ser a Defensoria Pública responsável pela tutela de direitos dos hipossuficientes econômicos, não poderia ela, como nova legitimada, simplesmente usurpar a competência dos demais, de maneira ilimitada, fugindo de seu fim institucional de origem constitucional. Nesse interim, será a Defensoria Pública legitimada para a propositura de ações civis públicas, desde que esteja substituindo processualmente um grupo de pessoas carentes de recursos financeiros, como forma de verificação de sua pertinência temática.

No que toca à natureza jurídica da ação civil pública, deve-se primeiramente compreender que esta é caracterizada por sua natureza dúplice, pois pode ser analisada sob o âmbito constitucional ou processual.⁹⁹

Sob aspecto constitucional, a doutrina também não é uníssona para determinar a natureza desta ação. Uma primeira corrente, representada pelos professores Guilherme Peña e Nagib Slaibi Filho, defende que trata-se de remédio constitucional que tutela interesses coletivos lato sensu, nesse sentido abarcando tanto os difusos e coletivos stricto sensu, como os individuais homogêneos, com a qual nos identificamos. Já sob uma perspectiva mais administrativista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende serem as ações civis públicas meios de provocação do controle jurisdicional de atos da Administração Pública.¹⁰⁰

Em âmbito processual, esta ação tem natureza cível, sendo, inclusive, principal atuação do Ministério Público nessa esfera. Pode-se dizer que é normalmente precedida de inquérito civil, procedimento administrativo investigatório da autoria e materialidade de ameaça ou lesão a interesse metaindividual.

Já a competência para fixação do foro de julgamento da ação civil pública é firmada, em regra, pelo local onde ocorreu o dano, ou, em tendo esta carácter preventivo, no local onde deva ocorrer o dano. Nesse aspecto, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial perpassa pelo caso de inexistência de Vara Federal em caso de julgamento de ação civil pública que envolva União, ou entidade autárquica e empresa

⁹⁹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013, p. 731 a 733
¹⁰⁰ *ibid*, p. 733

pública federal, já que, de acordo com o com o art. 109, I, ¹⁰¹ da Constituição Federal, é competente, nesses casos, a Justiça Federal.

Há quem diga que passa-se, pois, a competência para a esfera Estadual, mas mantendo, porém a localização do dano. Em sentido contrário, há quem entenda ser prioritária a manutenção da jurisdição federal, podendo abrir mão do local específico e ampliando-se para a circunscrição judiciária em que tenha ocorrido o dano.¹⁰²

Cabe ressaltar, ainda, que no caso de o dano ser regional ou nacional, a propositura da ação civil pública ou coletiva deve ser feita na capital do Estado ou do Distrito Federal, conforme dispõe o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, anteriormente mencionado.

Outra peculiaridade nos processos coletivos é o destino da indenização, já que a divisibilidade das espécies dos interesses transindividuais são distintas. Em se tratando de direitos individual homogêneo, por serem os lesados identificados, será dividido o produto da indenização entre eles. Já nos casos das espécies em que o objeto é indivisível e os lesados não são identificados ou identificáveis, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor determinam que eventual indenização deverá ir para um fundo fluido, voltado, prioritariamente, a reparar os danos que lhe deram origem.¹⁰³

Ação Popular – Lei n. 4.717 de 1965

Embora haja pontos de contato entre a Ação Popular e a Ação Civil Pública, cabe aqui diferenciá-las. A primeira e mais relevante distinção é quanto as hipóteses de cabimento, que na ação popular encontram-se previstas no art. 5o, inc. LXXIII, da Constituição Federal. São elas: (i) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, (ii) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, (iii) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural.

O professor e constitucionalista Guilherme Peña melhor a conceitua, veja-se:

“a ação popular consiste em meio de controle judicial da atividade administrativa, com vistas à legalidade, à legitimidade e à licitude, de que dispõem os cidadãos, para demandar a anulação ou declaração de nulidade de atos que ameacem ou lesem valores constitucionalmente protegidos.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

¹⁰² É nesse último sentido o posicionamento do STF, confira-se RE n. 228.955, Rel. Min Ilmar Galvão, DJU 24.3.2000; apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013, p. 738

¹⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. Revista *Magister de direito imobiliário, registral, urbanístico e ambiental* – Porto Alegre, 2005. Disponível em <http://docslide.com.br/documents/artigo-hugo-nigro-mazzilli-aspectos-polemicos-das-acoes-coletivas.html>, p. 9

¹⁰⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013, p. 717

Cumpra assinalar que, para melhor compreensão das condições específicas da ação, ou seja, do binômio ilegalidade, ilegitimidade ou ilicitude - lesividade, requisitos os quais, segundo a jurisprudência dos Tribunais, não são tidos como cumulativos, o professor distingue os termos em cuja a invalidação seria baseada na ação popular, quais sejam: “ilegalidade”, “ilegitimidade” e “ilicitude”.

No seu entendimento, o primeiro estaria ligado a contrariedade entre o ato, o contrato ou acordo administrativo, relacionado a vontade da lei correlata ao Estado de Direito. Já o segundo, é sintetizado como contraste entre o ato administrativo em sentido lato, ligado a vontade do povo, em consonância com o Estado democrático. Por fim, o terceiro está vinculado a contraposição entre os mesmos atos, mas dessa vez, por meio da vontade moral, correspondente ao Estado de Justiça.¹⁰⁵

Quanto à natureza jurídica dessa ação, nos ensina o referido autor que, assim como na ação civil pública, pode-se desmembrá-la para tratar do âmbito processual ou constitucional.

Em uma perspectiva constitucional, a natureza é de remédio constitucional, a qual serve de instrumento para tutela de certos interesses públicos difusos, que sofreram ou podem vir a sofrer alguma lesão por parte da Administração. Já em se tratando da análise pelo âmbito processual, a natureza jurídica da ação popular é de ação cível.

De maneira complementar ao disposto na Carta Magna, a Lei de Ação Popular, anterior à própria Constituição, conceitua o patrimônio público, apesar de anterior a aquela, em seu art. 1º, parágrafo 1º como “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético e histórico ou turístico”. Percebe-se, pois, a amplitude vasta dessa ação, a qual engloba não só bens materiais, como imateriais, pertencentes à coletividade.

No que toca a amplitude do objeto da ação popular, o processualista Daniel Assumpção, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁶, discorda da posição doutrinária que defende o cabimento desta também para a tutela difusa do consumidor.¹⁰⁷ Nas palavras do ilustre doutrinador, fazendo referência a Gajardoni:

“Conforme ensinamento da melhor doutrina, na ação popular, são tuteláveis apenas direitos materiais difusos, sendo, nesse caso, mais restrita que a ação civil pública, por meio da qual se pode tutelar todas as diferentes espécies de direito material protegidas pelo microsistema coletivo.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ *ibid*, p. 719

¹⁰⁶ (STJ, 1ª turma, Resp 818.725/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.05.08, DJE 16.06.2008)

¹⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro, Jus podium, 3ª ed., 2016, p. 78

¹⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro, Jus podium, 3ª ed., 2016, p. 78

Continua discorrendo o autor sobre a possibilidade de propositura de ação popular quando o ato lesivo for gerado por uma omissão. Como bem visto no presente trabalho, a lesão a direitos coletivos pode decorrer tanto de posturas comissivas como também omissivas, com ausência de atuação por parte do Poder Público.

Sendo assim, quando, por exemplo, o Estado deixa de fiscalizar uma obra de restauração de um imóvel com elevado valor histórico, ou quando não toma medidas preventivas para que se evite determinado acidente ambiental, ou, ainda, quando desvia verbas de determinada obra, deixando de cumpri-la como anteriormente acordado, tem-se situações em que a omissão certamente lesou, respectivamente, o patrimônio histórico cultural, o meio ambiente e a moralidade administrativa.

Quando se tratar de omissão, vale lembrar que não haverá pedido anulatório na ação popular, eis que não há que se falar em ato a ser anulado, pelo contrário, haveria que se falar na obrigatoriedade de agir, quando o Poder Público não o fez, havendo tutela meramente declaratória.¹⁰⁹

Nesse mesmo sentido, tal qual os atos omissivos podem ser tutelados, entende também a melhor doutrina que a ação popular pode ter carácter preventivo, em razão de dano potencial, na qual se busca uma tutela inibitória.

Ademais, como foi visto na análise das ações civis pública, também em sede de ação popular caberia a propositura em face de atos discricionários da Administração. Dessa forma, não só o mérito da motivação de determinado ato poderia ser objeto de impugnação, como também eventual análise da razoabilidade no exercício do poder discricionário estatal, poderão sofrer controle judicial.

Quanto a legitimação ativa, por seu carácter cívico-administrativo, sabe-se que o cidadão com título de eleitor é o protagonista da ação popular, diferentemente da Ação Civil Pública, que, conforme visto, tem rol amplo, quando em comparação com esta, previsto em lei. É também o caso de legitimação extraordinária, visto que o cidadão está agindo tanto em defesa de direito próprio, como na de direito alheio.

Quanto a antiga controvérsia que pairava sobre a possibilidade de pessoa jurídica propor ação popular, o Enunciado de Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal veio saná-la, ao dispor expressamente no sentido de que não serão legitimadas ativas para a propositura da ação popular, as pessoas jurídicas.

A ação popular pode ser proposta em face de pessoas públicas ou privadas, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo, conforme prevê o

¹⁰⁹ *ibid*, p. 79

art. 6º da Lei da Ação Popular.

A competência para julgamento, em consonância com o disposto no art. 5º caput e parágrafo 1º da Lei 4.717/65, será do juízo a que couber a apreciação das causas de interesse da União, Estados, DF e Municípios, conforme a organização judiciária local. Em havendo mais de uma entidade política ou administrativa relacionada ao mesmo ato ou contrato administrativo, será competente aquele juízo referente ao ente público de maior proeminência, em atenção ao parágrafo 2º do aludido dispositivo. Já em obediência ao parágrafo 3º, na hipótese de conexão ou continência entre ações populares, fica prevento o juízo que primeiro determinar a citação válida ou que primeiro despachar.¹¹⁰

Como veremos, a ação popular não se confunde com o mandado de segurança, nem tampouco com a ação de improbidade administrativa, da qual passa-se a discorrer.

Ação de Improbidade Administrativa - Lei n. 8.429 de 1992

Inicialmente, vale destacar que quando a moralidade administrativa perpassa pela tutela do erário e da probidade administrativa, far-se-á uso da ação de improbidade administrativa, que pode ser caracterizada como uma espécie de ação popular de objeto mais restrito.

É nessa perspectiva que passa-se a analisar o referido instrumento, cabendo ressaltar, desde já que, diferentemente das demais ações coletivas em sentido lato a serem analisadas no presente trabalho, a lei de improbidade administrativa tutela o patrimônio público, e tem por objeto a responsabilização dos agente públicos que cometem atos de improbidade decorrente de desonestidade ou imoralidade destes.

Em nossa visão, continua essa ação relacionada ao tema do presente trabalho, eis que não deixa de ser um caso em que o Estado, atuando como administrador e ferindo princípios administrativos tais como legalidade, moralidade, imparcialidade e honestidade, gera danos à um grupo coletivamente considerado, sejam por exemplo, moradores de determinado Município, seja uma categoria, como os aposentados.

No entanto, defende Mazzilli que a tutela da probidade administrativa não está relacionada a interesse transindividual, mas ao interesse público primário, ao bem geral da coletividade.¹¹¹

Sendo assim, a Lei 8.429/92 traz três categorias de atos de improbidade ad-

110 Convém notar, à título de exemplo, que viu-se nesse ano de 2016 o caso de múltiplas ações populares distribuídas em lapso temporal curto, em que pretendia-se anular a nomeação do ex-presidente Lula ao cargo de ministro-chefe da Casa Civil.

111 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 28ª ed., 2015, p. 220

ministrativa, revistas respectivamente nos artigos ¹¹², ¹⁰¹¹³ e ¹¹¹¹⁴, quais sejam: (i) atos

112 Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, 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.

113 Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, 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 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 assistências, 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 de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los 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 estrita 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. XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

114 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele

que importem enriquecimento ilícito, (ii) os que causem prejuízo ao erário, (iii) os que atentem contra os princípios da Administração pública.

No que concerne à responsabilidade, pode-se falar tanto naquela das pessoas jurídicas em razão de atos lesivos à administração pública, quanto na responsabilidade do agente público que comete ato ímprobo.

Primeiramente, quanto às pessoas jurídicas, é certo que responsabilidade destas é objetiva, independendo, portanto, da comprovação de dolo ou de culpa, conforme dispõe o art. 2º¹¹⁵ da Lei 12.846/13.

Já quanto ao agente público, tanto a Lei de Improbidade Administrativa como a Lei 12.846/13 mencionam a responsabilização dos mesmos na medida de sua culpabilidade. Entretanto, faz-se mister atentar ao fato de que, enquanto o art. 10 exige a comprovação de culpa ou dolo, os artigos 9 e 11, que, como mencionado supra, dizem respeito a outras espécies de atos de improbidade, não fazem referência a modalidade culposa.

Para melhor esquematizar, percebe-se, pois, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem sido tendente a exigir a comprovação do dolo nos atos que comportem enriquecimento ilícito e nos que atentem contra os princípios da administração pública, mas bastaria ao menos a culpa nos atos que causem prejuízo ao erário.

Em âmbito processual, a Lei de Improbidade Administrativa estipula um procedimento próprio a fim de apurar e aplicar as sanções nela previstas, o qual somente se aplica quando se tratar de improbidade típica. Significa dizer que, o procedimento de que trata a Lei de Improbidade Administrativa, por trazer peculiaridades nos processos por ela regidos, não serão aplicados, por exemplo, à ações de responsabilidade apenas patrimonial.

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, in verbis:

“EMENTA ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. AÇÃO FUNDADA NA ILEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DA SEÇÃO. 1. A ação de improbidade administrativa, de matriz

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; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

115 Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade (REsp 1.163.643, 1ª Seção, DJe 30/03/10). 2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Para que se caracterize a improbidade administrativa, é indispensável que o agente tenha atuado com dolo, nas condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou, pelo menos, com culpa grave, nas do seu artigo 10 (STJ, 1ª Seção, EResp 875.163, DJe de 23/06/10; EResp 654.721, DJe de 01/09/10; e EResp 827.445, DJe 27/09/10). 3. No caso, a demanda tem como causa de pedir a ilegalidade da dispensa de licitação, sem que a inicial afirme ou demonstre que os demandados tenham agido dolosamente ou com culpa grave. E a própria ilegalidade da dispensa de licitação foi afastada pelas instâncias ordinárias, de modo uníssono, entendimento que o recurso especial não consegue desfazer. 4. Recurso especial improvido.”¹¹⁶

Nesse mesmo julgamento, em seu voto, o Ministro relator distingue a ação de improbidade de uma simples ação de ressarcimento ao erário. Segundo Zavascki, a ação de improbidade tem assento no art. 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, possui caráter repressivo, e tem por escopo aplicar sanções de natureza pessoal aos responsáveis por tais atos ímprobos, em consonância com os artigos 17 e 12 da Lei 8.429/92. Por outro lado, a ação de anulação de atos que geram danos ao erário, visam a reparação, está assentada no art. 129, inciso III, da Carta Magna, tem por objeto tão somente sanções civis comuns, desconstitutivas e reparatórias.

Diferencia, ainda, em seu brilhante voto, a ação em análise da ação popular e ação civil pública, por terem, respectivamente, natureza essencialmente desconstitutiva, visando, como visto, anular atos administrativos ilegítimos, e natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

Mandado de Segurança Coletivo – Lei n. 12.016 de 2009

A Constituição Federal de 1988 reservou os incisos LXIX e LXX, do art. 5º¹¹⁷ para tratar do mandado de segurança. O último inciso é destinado a modalidade coletiva de tutela de direitos metaindividuais líquidos e certos, ameaçados ou lesados por atos causados por autoridades públicas ou agentes delegados. Outro marco regulatório da matéria é a Lei 12.016/09, que teve vigência imediata e escopo de consolidar a disciplina em um único diploma, a qual recebeu inúmeras críticas ante o avanço insatisfatório quanto a modalidade coletiva, para qual dedicou-se tão somente dois artigos, representando verdadeiro retrocesso.

116 (STJ – Resp: 1163643 SP 2009/0207385-8, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento 24/03/2010, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação no DJe 30/03/2010)

117 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, 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; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Nesse perspectiva, o artigo 21 da aludida legislação limitou-se a dispor a respeito da legitimação ativa, que consagra a substituição processual, e de seu objeto, que são a principal distinção entre as duas espécies de mandado de segurança. É exatamente o regime de legitimação ativa por substituição que faz da modalidade coletiva não só um instrumento assecuratório, como o individual, como também uma ação coletiva.¹¹⁸

No que toca à natureza jurídica, segundo a doutrina do professor Guilherme Peña, o mandado de segurança coletivo é revestido de natureza dúplice, sendo o aspecto constitucional o que a caracteriza como remédio constitucional para a tutela de direito metaindividual e sob o aspecto processual, tem natureza de ação cível.¹¹⁹

Quanto ao objeto, nem a Carta Magna nem a Lei do Mandado de Segurança delimitam especificamente o que se entende por direitos transindividuais, ficando a cargo do operador do direito, ou seja, doutrina e jurisprudência, delimitá-lo.¹²⁰ Existem duas correntes, sendo que a majoritária, protagonizada por Ada Pellegrini, Nelson Nery Júnior, em sentido ampliativo, entende que tanto os direitos individuais homogêneos, como coletivos e difusos podem ser tutelados pelo mandado de segurança coletivo. Nessa linha, fica claro que o que diferenciaria o mandado de segurança coletivo das demais ações coletivas seria principalmente a legitimidade ad causam, e não o objeto.

Elton Venturi aduz, inclusive, que melhor seria se a legislação referente ao mandado de segurança sequer tivesse tratado de sua modalidade coletiva, pois assim, ao invés de utilizar-se as restrições nela previstas no que toca aos legitimados ativos, poder-se-ia, por analogia, aplicar as demais regras do microsistema de processo coletivo.¹²¹

No que toca a coisa julgada, produzirá efeito ultra partes da sentença que julgar o mandamus, conforme dispõe o art. 22 da lei. Aqui, há um ponto importante que fora comentado no item 1.4 supra. Diferentemente do demais regimes de ações coletivas, em que o particular que deseja participar da decisão do processo coletivo deve suspender sua ação individual, em sede de mandado de segurança, a lei delimitou que deve haver não a suspensão, mas a desistência.

Mais um ponto, portanto, em que há prejudicialidade do instrumento em análise em relação aos anteriormente vistos. Isso porque o prazo decadencial do mandado de segurança é de curtos 120 dias, o que, valendo-se de eventual desistência,

118 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 193

119 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013, p. 683

120 VENTURI, Elton – O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o Projeto de Lei n. 5.130/09 em Em defesa de um novo sistema de processos coletivos, estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro, Saraiva, 2010, p. 227

121 ibid, p. 227

acabaria por prejudicar o indivíduo particularmente considerado, o que não parece ser escopo de nenhuma lei do microsistema.

Com relação a decisão no mandado de segurança, é admitida a concessão de tutelas de urgência e de mérito, sendo certo, também, que a coisa julgada, aproximando-se da modalidade individual, é *secundum eventum litis*.¹²²

No que toca à liquidez e certeza do direito tutelado por essa ação coletiva, a melhor doutrina entende que, na verdade, seriam fatos líquidos e certos, tanto para o instrumento individual como para o coletivo. Por esse motivo exige-se a comprovação por meio incontestável, sendo assim também o fato, cabendo ao julgador apenas decidir acerca da existência ou não do direito em si.¹²³ O Supremo Tribunal Federal inclusive já sumulou o entendimento no Enunciado de Súmula n. 625¹²⁴.

Já quanto à lesão causada pelo Estado, a jurisprudência do referido Tribunal acompanha o entendimento de que o writ em análise também é cabível quando a fiscalização estatal é necessária e imprescindível para a garantia de direitos metaindividuais, veja-se:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO. GRATUIDADE PARA O IDOSO. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO NA ORIGEM. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E DE EXPEDIÇÃO DE NORMA PELO ESTADO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO CONFIGURADA. Eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que assegurou a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, reconhecida em precedente desta Corte (ADI 3.768/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 26.10.2007). Possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Ofensa ao princípio da separação de poderes não configurada. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.¹²⁵ (grifos nossos).

Logo, tendo o mandado de segurança coletivo características de ação coletiva, apesar das críticas quanto aos restritivos dispositivos da legislação que o rege, deve-se interpretar o aludido instrumento como mais um mecanismo de defesa dos direitos coletivos em sentido lato.

¹²² MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013, p. 688

¹²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro, Jus podium, 3a ed., 2016, p. 84

¹²⁴ Súmula 625- *Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*.

¹²⁵ (STF – AI 707810 RJ, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05-06-2012 PUBLIC 06-06-2012)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, a presente monografia se propôs a discorrer acerca do tema da microssistema de tutela coletiva, assunto com o qual vem recebendo maior visibilidade e utilização com o passar dos anos, por meio da consagração e reconhecimento dos instrumentos analisados como meio de tutela de direitos metaindividuais.

No primeiro capítulo, fez-se mister o exame das diferentes espécies de direitos coletivos em sentido lato, por terem as ações coletivas, que foram objeto de análise do terceiro capítulo, características e peculiaridades adequadas à satisfação do direito material que pretende tutelar.

Ademais, foi de extrema relevância para o presente trabalho o capítulo inicial por ter sido nele feita a análise das nomenclaturas a serem usadas no decorrer do texto, bem como uma breve análise da origem das ações coletivas, o que retratou como e porquê são demasiado importantes para o direito brasileiro como um todo.

Já no segundo capítulo, adentrou-se ao tema de maneira mais aprofundada para tratar do tema da responsabilidade civil do estado, numa primeira abordagem geral sobre o instituto, e depois, fazer a relação com situações em que o Estado é causador do dano a direitos coletivos. Quanto ao Estado como legitimado passivo, há diversos casos concretos ainda em andamento dos os quais vale o acompanhamento de seus desfechos, tanto relacionados à desastres ambientais por falta de fiscalização ou concessão de licenças inadequadas, como relacionados a grandes obras e eventuais prejuízos ao erário.

No terceiro e último fez-se, inicialmente, uma exposição generalizada dos instrumentos de tutela coletiva existentes em nosso direito e suas características comuns, bem como dos princípios que regem o tema, para, depois, ser feita uma abordagem específica dos quatro principais meios de tutela de direitos transindividuais, apontando-se suas peculiaridades.

Evidencia-se, portanto, que ainda restam muitas divergências relacionadas ao tema do microssistema de tutela coletiva, principalmente quanto a seus efeitos práticos, já que não há um regime uniformizado que defina mais especificamente as regras e consequências de uma decisão judicial. Mister se faz atentar-se às próximas interpretações não só na doutrina, que teve papel de suma importância para o trabalho, por clarear tudo aquilo que ainda não está disposto em lei, como da jurisprudência, que terá a relevante função de consolidar os entendimentos e discussões relacionadas ao assunto ora trabalhado

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo, Saraiva, 5a ed., 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas, Revista MPMG jurídico, Edição comemorativa de lançamento, ano I, Setembro 2005. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10177-10176-1-PB.pdf> . Acesso em 05/12/2016

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira, Rio de Janeiro, Renovar, 7a ed., 2003.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009 – Lei do Mandado de Segurança. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Código de processo civil, 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Código de Processo Civil, 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Constituição Federal, 1946. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL, Lei n. 11.448, 15 de janeiro de 2007. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2016.

BRASIL. Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: www.planalto.gov.br . Acesso em 05/12/2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: Pontos para uma reflexão conjunta. Publicado originalmente na Revista de Processo, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92-151 Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em 05/12/2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Traduzido por Ellen Gradie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. Revista di Diritto Processuale, volume 30, 1975.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo, Malheiros, 4a ed., 2003.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. – Editorial 73: Mandado de Segurança Coletivo. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Apelo ao microsistema de tutela coletiva. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Atlas, 26a ed., 2013.

GAMBARO, Antonio. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milano, A. Giuffrè Editore, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1093, 25 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6345-o-projeto-de-lei-brasileira-sobre-processos-coletivos>. Acesso em 05.12.2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o objeto da Ação Civil Pública. Disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/notasobjetoacp.pdf Publicado nos Anuais do 17o Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 7o Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola, e 7o Congresso de Estudantes de Direito Ambiental, realizado em São Paulo, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública. Revista Magister de direito imobiliário, registral, urbanístico e ambiental – Porto Alegre, 2005. Disponível em <http://docslide.com.br/documents/artigo-hugo-nigro-mazzilli-aspectos-polemicos-das-acoes-coletivas.html>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 14a ed., 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006, Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br>

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. Rio de Janeiro, Jus podium, 3a ed., 2016.

NORONHA, FERNANDO. Direito das obrigações. Rio de Janeiro, Saraiva, 3a ed., 2010.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Ação civil pública e o processo do trabalho. São Paulo, Ltr, 2a ed., 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 50a ed., 2009.

VENTURI, Elton. Execução da Tutela Coletiva. São Paulo, Malheiros, 2000.

VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. Revista de Direito do Consumidor | vol. 15/1995 | p. 79 - 98 | Jul - Set / 1995 Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 5 | p. 219 - 246 | Mar / 2011 DTR\1995\284.

São Paulo, 1995.

VENTURI, Elton – O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o Projeto de Lei n. 5.130/09 em Em defesa de um novo sistema de processos coletivos, estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro, Saraiva, 2010.

VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e Futuro: conciliazione e class action. 2010. Disponível em <http://bdjur.stj.jub.br/dspace/handle/2011/82621>

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 5a ed., 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014.

SOBRE A AUTORA

Sophia de Moura Leite

Graduada em direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós Graduada em Administração Pública e Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.



AYA EDITORA
2021