



AÇÃO CIVIL PÚBLICA – 20 ANOS – Novos Desafios

Eduardo Cambi

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR
Professor de Direito Processual Civil da PUC-PR e dos cursos
de mestrado da UNESPAR e da UNISUL
Membro do Ministério Público do Estado do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. Retrocessos na ação civil pública; 3. Inquérito civil e poderes investigatórios do Ministério Público; 3.1. Aperfeiçoamento no Projeto Original; 3.2. Conceito e finalidade; 3.3. Objeto dos poderes de investigação na esfera civil; 3.4. Instauração do inquérito civil; 3.5. Competência funcional e territorial para instaurar o inquérito; 3.6. Controle da instauração do inquérito; 3.7. Poderes investigatórios no curso do inquérito civil; 3.8. Observância do contraditório e publicidade indevida; 3.9. Valoração dos elementos de prova colhidos no inquérito civil; 3.10. Arquivamento; 3.11. Rejeição do arquivamento pelo Conselho Superior; 3.12. Ausência de controle judicial no arquivamento; 3.13. Reabertura do inquérito por novas provas; 3.14. Conclusão; 4. Compromisso de ajustamento de conduta; 5. Aprimoramentos na LACP; 5.1. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; 5.2. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos; Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

A Lei 7.347 (LACP), de 24 de julho de 1985, que está preste a completar 20 (vinte) anos, *revolucionou* o processo civil brasileiro e a tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Antes da LACP, a tutela jurisdicional dos direitos coletivos, especialmente relacionados com o meio ambiente, às relações de consumo, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, do patrimônio público e social não encontrava, no ordenamento jurídico, *instrumentos processuais* adequados e efetivos para a sua proteção.

O Código de Processo Civil - Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – foi forjado para a tutela dos interesses individuais (*direitos subjetivos*), sobretudo os de caráter patrimonial. A titularidade do direito subjetivo, irradiada no ordenamento processual pelo *princípio dispositivo* (pelo qual a *sorte do processo* está, em certa medida, entregue a *vontade das partes*), projetou o caráter eminentemente *individualista* do CPC. Esta compreensão está



expresso em regras como as dos artigos 6º (sobre a legitimação ordinária) e 472 (sobre os limites subjetivos da coisa julgada material), cabendo ao titular do direito subjetivo o poder de fruir ou não dele, ou dele desistir, transacionar etc, não podendo os efeitos da decisão ultrapassar a pessoa dos litigantes¹.

Assim, institutos como o da legitimidade *ad causam*, a prova, a sentença e a coisa julgada, porque moldados sob o paradigma do Estado Liberal Clássico, impossibilitavam que a sociedade civil organizada e os órgãos públicos de defesa dos interesses coletivos pudessem levar e ver tutelados pelo Judiciário tais direitos de caráter transindividual². Com efeito, esses institutos não acompanharam a passagem do Estado Liberal para o de Bem-Estar Social.

Três fatores acentuaram uma *nova era de direitos*, a partir de meados do século passado³: i) aumentaram os *bens* merecedores de tutela (as meras *liberdades negativas*, de religião, opinião, imprensa etc, deram lugar aos direitos *sociais e econômicos*, a exigir uma *intervenção positiva* do Estado); ii) surgiram outros *sujeitos de direitos*, além do indivíduo (singular), como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; iii) o próprio homem deixou de ser considerado *em abstrato*, para ser visto na *concretude* das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas etc), passando a tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico etc.

Mais bens, sujeitos e *status* aos indivíduos, associados aos novos problemas decorrentes do *capitalismo moderno* e da vida em uma *sociedade urbana de massas* (poluição, produção em série, crescimento desenfreado das cidades etc) demandaram outros mecanismos de tutela mais adequados a sua efetivação. Logo, a partir da categorização dos

¹ Cfr. Arruda Alvim. Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 76; Ronaldo Porto Macedo Júnior. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 560.

² Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a “*concepção tradicional do processo civil não deixa 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 intentadas por particulares*” (*Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Pág. 50).

³ Cfr. Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.



direitos ou interesses transindividuais, os clássicos instrumentos processuais, pensados para a proteção dos direitos subjetivos, precisaram ser repensados.

Nesse contexto, a ação civil pública nasce da percepção dos *escopos social e político* do processo civil. A técnica processual, mais do que buscar a *atuação da vontade concreta da lei* (Chiovenda) ou a *justa composição da lide* (Carnelutti), deve estar voltada à realização dos valores e direitos fundamentais descritos na Constituição. Cabe ao processo civil estabelecer *instrumentos* céleres, adequados e efetivos para a concretização da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da erradicação da pobreza e a redução das desigualdades econômico-sociais.

Ao longo dos últimos vinte anos, paulatinamente, a LACP ajudou a criar uma *nova cultura jurídica* de defesa dos direitos coletivos, possibilitando o *acesso coletivo à Justiça*.

Tal forma de pensar o direito contribui significativamente com a *agilização da prestação jurisdicional*, na medida em que tais interesses são resolvidos em uma só demanda e em um único processo, evitando centenas ou milhares de ações individuais que emperrariam o funcionamento do Judiciário.

O Ministério Público, transformado pela Constituição de 1988, como um verdadeiro *agente político* de transformação social, foi indispensável nessa mudança cultural. Estatísticas apontam que, apesar do artigo 5º da LACP prever outros legitimados ativos, cerca de 95% (noventa e cinco por cento) das ações civis públicas, no Brasil, foram propostas pelo Ministério Público⁴.

2. Retrocessos na ação civil pública

Ao longo destes vinte anos, o Ministério Público não só tem procurado se adequar às novas atribuições que lhe são impostas (p. ex., com o advento do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Improbidade

⁴ Cfr. *RT informa*, n. 37, junho de 2005, pág. 5.



Administrativa, do Estatuto do Idoso etc), como defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF), contra as investidas freqüentes de inescrupulosos detentores dos poderes político e/ou econômico.

Com efeito, parcelas da sociedade e do governo se sentiram ameaçadas com as ações civis públicas que, durante esses vinte anos, sofreram inúmeros retrocessos ou tentativas de retrocessos, tais como os a seguir salientados.

i) A *redução do objeto* da ação civil pública, pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (ao introduzir o parágrafo único no artigo 1º da LACP), pela qual não podem ser objeto de ação civil pública as pretensões que envolvam tributos⁵, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Tais restrições tiveram o intuito de evitar que interesses governamentais venham a ser contrariados judicialmente, fazendo com que argumentos de *terror econômico* (como o da quebra da Previdência) imperem sobre direitos e garantias fundamentais.

ii) A *restrição* imposta às *entidades associativas*, quando ajuizarem ações coletivas contra o Poder Público, que devem instruir a petição inicial, obrigatoriamente, com a *ata da assembléia* da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da *relação nominal* dos seus associados e a indicação dos respectivos endereços (art. 2º-A da Lei 9.494/97, implementado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001).

As mencionadas disposições criam obstáculos flagrantemente *inconstitucionais* ao acesso à justiça coletiva, além de contrariarem os institutos da legitimação para agir e a

⁵ Inviabilizando a tutela coletiva em relação ao recebimento do empréstimo compulsório sobre combustíveis, cedendo as pressões do governo para não pagar, rapidamente, o que deve, o STF negou a legitimidade da Associação Paranaense de Defesa do Consumidor: “*Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa da associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de interesses individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa dos contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde*



substituição processual reconhecida, constitucionalmente (art. 5º, XXI, da CF)⁶, às entidades associativas e, ainda, os limites subjetivos da coisa julgada das ações coletivas⁷.

Felizmente, os Tribunais Superiores vêm considerando tais restrições inconstitucionais.

iii) A submissão da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, aos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, com a alteração do artigo 16 da LACP, pela Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, com manifesto propósito de *fracionar o alcance* das ações coletivas, exigindo o ajuizamento de outras ações coletivas não abrangidas pela competência territorial do órgão julgador⁸.

Entretanto, tal tentativa de redução do alcance da ação coletiva é frustrado, em sua essência, quando se trata de interesses difusos e coletivos, cujo objeto é *indivisível*, não

logo, provido o recurso extraordinário para julgar procedente a ação rescisória” (AI 382.298-Ag. / RS – 2ª T. - rel. Min. Gilmar Mendes – j. 04.05.2004 – pub. DJ 28.05.2004, pág. 53).

⁶ “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

⁷ Corretamente, o STF considerou inconstitucional a necessidade de expressa autorização dos associados para a propositura da ação civil pública e a execução do julgado, considerando que, em face da tutela de direitos individuais homogêneos, os beneficiários da sentença genérica obtida Associação dos Poupadores do Paraná (APADECO) tinham legitimidade para executar o título executivo judicial, sem tal exigência: “1. Recurso extraordinário: descabimento: preclusão do fundamento infraconstitucional – limites subjetivos da coisa julgada – suficiente à manutenção do acórdão recorrido: incidência, mutatis mutandis, do princípio da Súmula 283. 2. Substituição processual: assente a jurisprudência do STF no sentido de que não se exige, em caso de substituição processual, a autorização expressa a que se refere o artigo 5º, XXI, da CF/88 expressa para a propositura da ação, não há que se fazer a exigência para a respectiva execução de sentença, bastando que a pretensão do exequente se compreenda no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial executado” (RE 436.047-PR – 2ª T. – rel. Min. Sepúlveda da Pertence – j. 26.04.2005 – pub. DJU 13.05.2005, pág. 18). Nesse sentido, também julgou o STJ: “Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na ação civil pública, despidiendola se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Precedentes” (AgRg no REsp. 653.510-PR – 3ª T. – rel. Min. Fátima Andrighi – j. 28.10.2004 – pub. DJU 13.12.2004, pág. 359). Verificar, contudo, a nota seguinte.

⁸ O STJ, em decisão equivocada, reduziu o conteúdo da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, contribuindo para a maior morosidade da justiça: “Processual civil. Ação civil pública. APADECO. Empréstimo Compulsório de Combustíveis (DL 2.288/86). Execução de sentença. Eficácia da sentença delimitada ao Estado do Paraná. Violação do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97. Ilegitimidade das partes exequentes. 1. Impossibilidade de ajuizamento de ação de execução em outros estados da Federação com base na sentença prolatada pela Juízo Federal do Paraná nos autos da Ação Civil Pública n. 93.0013933-9 pleiteando a restituição de valores recolhidos a título de empréstimo compulsório cobrado sobre a aquisição de álcool e gasolina no período de jul/87 a out/88, em razão de que em seu dispositivo se encontra expressa a delimitação territorial adrede mencionada. 2. A abrangência da ação de execução se restringe a pessoas domiciliadas no Estado do Paraná, caso contrário geraria violação do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, *litteris*: ‘A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator’” (AgRg nos EDcl no REsp. 639.158-SC – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – j. 22.03.2005 – pub. DJU 02.05.2005, pág. 187).



permitindo fracionamento. Por outro lado, interpretar tal dispositivo no sentido de afirmar que a decisão, quanto aos interesses individuais homogêneos vale apenas dentro dos limites territoriais em que foi proferida, é uma forma de *redução do acesso à justiça coletiva*, já que exigiria que a mesma demanda fosse proposta em diversos lugares para que todos fossem dela beneficiados, o que contraria flagrantemente o *direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional* (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF), além de contrariar a própria noção ampliativa da coisa julgada *erga omnes*, voltada à tutela mais efetiva de lesões a interesses individuais de *origem comum*.

Aliás, por isto, o artigo 33, par. 5º, do Código Modelo afirma que a *“competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes”*.

Esta linha de argumentação, todavia, não tem prevalecido nos Tribunais Superiores.

iv) A tentativa de extensão, inicialmente pela nova redação ao artigo 84 do CPP⁹, de prever o foro por prerrogativa de função para atos de improbidade administrativa, inclusive após a cessação do exercício do cargo (represtinação da Súmula 394/STF)¹⁰, além da exclusão dos agentes políticos da Lei de Improbidade¹¹, que ficariam sujeitos às leis específicas (Lei 1.079/50 e Dec.-lei 201/67), sujeitando-se ao julgamento somente pelos

⁹ Tal artigo foi introduzido, pela Lei 10.628/2002, com a seguinte redação: “A *competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. Par. 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. Par. 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o par. 1º*”. Este artigo foi objeto da ADIn 2797, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), sob o fundamento de que somente a Constituição poderia estatuir foro por prerrogativa de função, mas a liminar foi negada pelo então Presidente da Corte, Min. Ilmar Galvão. Além disto, há Proposta de Emenda Constitucional (PEC 358/05, substitutivo da Reforma do Poder Judiciário) para transformar o referido dispositivo infra-legal em constitucional.

¹⁰ Esta Súmula, cancelada em 25.08.1999, assegurava a subsistência do foro privilegiado para os crimes comuns mesmo após a cessação do exercício do cargo. Na questão de ordem no Inquérito n. 2.010/SP (Rel. Min. Marco Aurélio), o STF discute a *constitucionalidade* do par. 1º, do art. 84, do CPP, o qual estende ao ex-agente a competência especial por prerrogativa de função. O Relator declarou a *inconstitucionalidade* do referido preceito, sendo acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, mas o feito, até o momento, encontra-se paralisado com pedido de vista formulado pelo Ministro Eros Grau.

¹¹ Cfr. Reclamação 2.138-DF – rel. Min. Nelson Jobim – j. 11.09.2002.



crimes de responsabilidade, perante a Câmara de Vereadores, a Assembléia Legislativa ou o Senado Federal.

Quanto ao primeiro aspecto, a conseqüência prática da manutenção do foro por prerrogativa de função será, em um primeiro momento, transferir aos Procuradores Gerais de Justiça a competência para promover os inquéritos civis e as ações civis públicas na medida em que compete a ele officiar nos processos da competência originária do Tribunal de Justiça¹². Com efeito, isto retirará dos promotores de justiça o poder de fiscalizar acontecimentos locais, envolvendo prefeitos, tornando mais difícil a apuração dos fatos. Por outro lado, todas as ações civis públicas, bem como as ações cautelares (que se fizerem necessárias durante o andamento do inquérito civil), em curso, seriam remetidas ao Tribunal de Justiça, criando um entrave ao regular funcionamento do Poder Judiciário. O excessivo número de demandas desvirtuaria a função precípua dos Tribunais – de órgão revisor – para serem transformados em órgãos de primeiro grau.

Por isto, mesmo que o conteúdo do atual artigo 84 do CPP seja inserido em Emenda Constitucional, conforme pretende a PEC 358/05, isto não evitará a sua *inconstitucionalidade material* (violação das *cláusulas pétreas* – art. 60, par. 4º, CF – referentes à separação dos Poderes e dos direitos e garantias individuais)¹³. O envio de centenas de ações civis públicas ao Tribunal de Justiça inviabilizará a sua *função precípua* de órgão revisional, para transformá-lo em órgão decisório em uma dimensão para a qual não foi concebida pelo Poder Constituinte Originário. Retirar-se-ão do promotor de justiça e do juiz de primeiro grau, que estão mais próximos dos acontecimentos, as melhores possibilidades de apuração dos fatos e da fiscalização da lei. Por isto, o artigo 84 do CPP ou qualquer emenda constitucional que visse, nos mesmos moldes, contemplar o foro por prerrogativa de função não são *razoáveis*, ferindo a garantia do devido processo legal em sentido substantivo¹⁴.

¹² Cfr. Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 180-1.

¹³ Idem. Pág. 181-3.

¹⁴ “A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades de pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal” (STF –



Quanto ao segundo aspecto, sobre a *duplicidade de sistemas punitivos* (envolvendo os agentes políticos), o crime de responsabilidade e o ato de improbidade administrativa são ilícitos diversos que possuem mecanismos e princípios próprios (arts. 37, par. 4º, e 52, par. ún., da CF), ainda que, em determinado caso, possam ter sanções idênticas (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos)¹⁵. Aliás, o artigo 37, par. 4º, da CF é expreso ao mencionar que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*. Não há sistema punitivo duplo, porque, não sendo o ato de improbidade de natureza penal, e podendo a ação penal, por crime de responsabilidade, conforme o caso, conduzir a suspensão dos direitos políticos, conforme o artigo 15, inciso III, da CF, os ilícitos têm natureza jurídica diversa, ainda que as sanções possam ser equivalentes. Ademais, o crime de responsabilidade, tem sofre grande valoração política, sobretudo quando julgado por órgão não jurisdicional, o que não ocorre com o ato de improbidade administrativa.

Resultado destas controvérsia é a *suspensão* de inúmeros processos, por força do artigo 265, inc. IV, “a”, do CPC, até o julgamento da Reclamação n. 2.138-6-DF, protelando decisões importantes que ou agravam o sentimento de impunidade ou a honra do agente público inocente¹⁶.

ADIn-MC 1.063-DF – Tribunal Pleno – rel. Min. Celso de Mello – j. 18.05.1994 – pub. DJU 27.04.2001, pág. 57).

¹⁵ Idem. Pág. 178-9.

¹⁶ Nesse sentido, vale mencionar o seguinte precedente: “*Administrativo e processual civil. Ação de improbidade administrativa. Ex-prefeito. Suspensão do processo. Prejudicialidade externa. Reclamação n. 2.138-DF e Questão de Ordem no Inquérito n. 2.010-SP em trâmite no STF. I – Trata-se de ação civil pública, na qual se busca a condenação de ex-prefeito por atos de improbidade administrativa praticados durante sua gestão, a teor do art. 12, inciso II, da Lei 8.429/92. II – Correto o entendimento do Tribunal a quo no sentido da suspensão do processo em apenso, a teor do artigo 265, inciso IV, aliena ‘a’, do CPC, até o julgamento final da Reclamação n. 2.138-9 e da Questão de Ordem suscitada no Inquérito n. 2.010-SP, em curso perante o STF, em face da relevância de tais julgados ao presente pleito. III – Na RCL n. 2.138-6/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, discute-se qual o regime da responsabilidade imposto aos agentes políticos, caminhando o julgamento, com cinco votos pela procedência da reclamação, com a tese de que os agentes políticos, por estarem regidos por norma especial, não respondem por improbidade administrativa, mas sim por crime de responsabilidade. Assim, a manter-se tal entendimento, a ação de improbidade discutida no Tribunal a quo restaria extinta. IV – Na questão de ordem no Inquérito n. 2.010/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, o Excelso Pretório discute a constitucionalidade do par. 1º, do art. 84, do CPP, o qual estende ao ex-agente a competência especial por prerrogativa de função. O Ministro Relator declarou a inconstitucionalidade do referido normativo, sendo acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, estando o feito paralisado com pedido de vista formulado pelo Ministro Eros Grau. Vingando a tese, também re sairá prejudicada a ação em tela, tendo em vista ser direcionada a ex-prefeito” (REsp. n. 662.050-SP – 1ª T. – rel. Min. Francisco Falcão – j. 26.04.2005 – pub. DJU 30.05.2005, pág. 239)..*



v) as tentativas freqüentes de redução dos poderes (investigatórios) do Ministério Público, com vistas a amedrontar a sua atuação em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁷.

3. Inquérito civil e poderes investigatórios do Ministério Público

3.1. Aperfeiçoamento no Projeto Original

A LACP resultou de anteprojeto apresentado pelos Professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira, levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Federal Flávio Bierrembach, onde se transformou no Projeto de Lei n. 3.034. Tal iniciativa legislativa se *restringia* à tutela jurisdicional do meio ambiente.

Posteriormente, os promotores de justiça de São Paulo Antonio Augusto de Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Júnior apresentaram, em um seminário promovido pelo Ministério Público paulista sugestões ao projeto original, onde não só *ampliaram* o objeto da tutela jurisdicional, como também previram o *inquérito civil*.

Depois da LACP, a própria Constituição Federal (art. 129, inc. III) e outras leis subseqüentes passaram a fazer menção ao *inquérito civil* (como a Lei 7.853/1989, que trata da proteção das pessoas portadoras de deficiência; o Estatuto da Criança e do Adolescente; o Código de Defesa do Consumidor; a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Orgânica do Ministério Público da União).

A propósito, só o Ministério Público está autorizado a instaurar o inquérito civil. Os demais legitimados ativos para a propositura da ação civil pública ou requerem a

¹⁷ Segundo matéria publicada no *O Estado de São Paulo*, de 12.04.1999, p. A-6, o “Ministério Público não desperta a ira dos mais poderosos do Senado, mas tem inimigos na Câmara, onde se discute a reforma do Judiciário. A tucana Zulaiê Cobra (SP) está entre as mais empenhadas em reduzir o poder dos procuradores e promotores. Em solenidade com prefeitos realizada na semana passada no Palácio dos Bandeirantes, ela discursou: ‘O Ministério Público está acabando com as prefeituras; vamos agora acabar com ele’. Foi aplaudidíssima”. Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 234.



abertura de inquérito civil ou devem juntar os elementos de convicção necessários para o ajuizamento da demanda.

3.2. Conceito e finalidade

O inquérito civil é um *procedimento administrativo investigatório*, de caráter inquisitivo e informativo¹⁸, instaurado e presidido pelo Ministério Público¹⁹.

O inquérito civil se destina a colher elementos de convicção para que o Ministério Público verifique se é caso ou não de não só promover a ação civil pública, mas também de exercer atividades *subsidiárias* como a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas, a emissão de relatórios e recomendações. Além disto, as informações colhidas no inquérito civil podem redundar na apuração da *autoria* e da *materialidade* de ilícitos penais, servindo de base para uma eventual denúncia, uma vez que o inquérito penal não é indispensável à propositura da ação penal pública²⁰.

Para bem desempenhar as suas funções o Ministério Público precisa ter *meios próprios de investigação* (incluindo a presença de pessoal especializado, como técnicos em contabilidade, meio ambiente, saúde pública etc) para poder apurar fatos que possam mostrar-se lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural ou a outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No entanto, o inquérito civil pode ser *dispensável* quando existam elementos de convicção suficientes provenientes de outras fontes (documentos provenientes de Comissões

¹⁸ “O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva” (STJ – REsp. 644.944-MG – 2ª T. – rel. Min. João Octávio de Noronha – j. 17.02.2005 – pub. DJU 21.03.2005, pág. 336).

¹⁹ Conforme já reconheceu o STJ: “O inquérito civil é um instrumento de coleta de informações de forma a aclarar, determinar e precisar os fatos denunciados, para que se possa verificar a necessidade ou não de ajuizamento de ação civil pública” (REsp. 262.185-MT – 2ª T. – rel. Min. Castro Meira – j. 05.04.2005 – pub. DJU 23.05.2005, pág. 188).

²⁰ “Com apoio no art. 129 e incisos, da Constituição Federal, o Ministério Público poderá proceder de forma ampla, na averiguação dos fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito. Dispondo o promotor de elementos para o oferecimento da denúncia, poderá prescindir do inquérito policial, haja vista que o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa” (STF - HC 77.770-SC – 2ª T. – rel. Min. Néri da Silveira – j. 07.12.1998 – pub. DJU 03.03.2000, pág. 62).



Parlamentares de Inquérito, extraídos de outros autos de processo judicial ou administrativo, peças recebidas do Tribunal de Contas etc).

3.3. Objeto dos poderes de investigação na esfera civil

O inquérito civil, tal como reconhece o artigo 6º da Lei Orgânica do Ministério Público da União, que se aplica subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais, é um *instrumento de atuação ministerial* e, em sendo assim, deve ser utilizado *não somente* para apurar lesões a direitos transindividuais, mas para a defesa de *todo interesse*, mesmo que individual indisponível, afeto às atribuições do Ministério Público (como, por exemplo, ações para a destituição do poder familiar, nulidade de casamento, interdição etc)²¹.

Contudo, quando se tratar de interesses coletivos ou individuais homogêneos, apesar do artigo 90 do CDC se estender à LACP, Hugo Nigro Mazzilli²² adverte que o Ministério Público só deve agir quando haja *concreta conveniência social em sua atuação*, aferível a partir de *critérios objetivos*, tais como: i) a *natureza do dano* (p. ex., saúde, segurança e educação públicas); ii) a *dispersão dos lesados* (a abrangência social do dano, ou seja, a *quantidade dos lesados*); iii) o *interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico* (previdência social, captação de poupança popular etc).

Quanto às decisões da Administração, no campo da *discricionariedade administrativa*, o Ministério Público deve ter presente que é possível investigar o *mérito do ato administrativo* discricionário, no que concerne aos *motivos* ou aos *fins*, quando tenha havido suspeita de imoralidade, desvio de poder ou de finalidade, ou quando o administrador não tenha observado o princípio da eficiência, da proporcionalidade ou da razoabilidade²³. Por exemplo, diante da falta de vagas para crianças nas creches ou escolas públicas, da inexistência de leitos suficientes para o atendimento dos necessitados na área da saúde pública, da falta de condições de saneamento básico, da superpopulação carcerária etc, pode o agente ministerial controlar a aplicação do *orçamento público*, pois, se é certo que o Poder Executivo pode efetuar despesas ou remanejar verbas dentro da lei, caso o faça *fora* dos

²¹ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. Cit. Pág. 223.

²² Idem. Pág. 223.

²³ Idem. Pág. 226.



parâmetros constitucionais (art. 167/CF), poderá estar causando prejuízo ao patrimônio público e até crime, o que dá ensejo à investigação pelo Ministério Público.

No entanto, não cabe ao Ministério Público, por meio do inquérito civil, do compromisso de ajustamento de conduta ou da ação civil pública, pretender impor ao administrador *critérios discricionários* do promotor de justiça, no tocante à utilização do orçamento, nem querer usurpar do administrador o poder de decidir quais as despesas, investimentos ou opções são melhores para a coletividade, porque, para tais decisões, o administrador público foi investido, eletivamente, pela soberania popular e não o promotor de justiça ou o juiz²⁴.

Ainda quanto ao objeto do inquérito civil, uma vez que o artigo 4º da LACP admite a propositura da ação civil pública para *evitar danos* (tutela inibitória coletiva), é possível investigar, mediante inquérito civil, *meras atividades perigosas* ou *potencialmente ilícitas*. Assim, por exemplo, no setor de prevenção de acidentes do trabalho, é cabível investigar condições laborativas em situações de sabido risco²⁵. Os elementos de convicção apurados, neste inquérito, podem servir de base para se tomar compromisso de ajustamento de conduta do causador do dano ou até para propor as ações inibitórias, voltadas a evitar a ilicitude e, conseqüentemente, os danos²⁶.

3.4. Instauração do inquérito civil

O inquérito civil é instaurado, geralmente, mediante *portaria*, mas pode se dar por *despacho* em documento (ofício, requerimento ou representação), encaminhado ao Ministério Público.

Quando da instauração do inquérito civil, na medida do possível, deve-se descrever os *elementos básicos que integrem o fato ilícito* objeto da investigação. Assim, por exemplo, ao se apurar um caso de poluição de um rio, deve estar descrita a poluição, os seus

²⁴ Cfr. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996.

²⁵ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. Cit. Pág. 228.

²⁶ Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998.



efeitos e o nexa causal, mas pouco importa os nomes dos funcionários da empresa que foram autores da ação física ilícita, porque só os *atos principais* se submetem ao ônus da prova²⁷.

Além disto, o inquérito civil tem natureza de *mero procedimento*, não de processo. Por esta razão, nele não se pode impor *sanções* (limitações, restrições ou cassações de direitos), sob pena de violação da cláusula constitucional do *devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV), pela qual ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Desta forma, o inquérito civil não se destina a *coagir* a imposição de sanções legais, sendo, contudo, facultado ao agente causador dos danos submeter-se, voluntariamente, ao compromisso de ajustamento de conduta ou, se preferir, responder em juízo eventual ação civil pública.

A instauração pode ser de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa. As denúncias – ainda que anônimas – reportagens de jornais e revistas podem servir para embasar pedido de instauração de inquérito civil, desde que possuam *elementos mínimos* de convicção²⁸. Por exemplo, uma carta anônima, no sentido de que uma autoridade é corrupta, é muito vaga para servir de supedâneo para um inquérito civil, mas uma notícia de que uma determinada autoridade recebeu propina para fazer uma ato, acompanhada de cópia dos documentos que comprovam a denúncia, já contém elementos suficientes para abrir uma investigação²⁹. Com efeito, a avaliação depende da prudente avaliação do promotor de justiça no caso concreto.

3.5. Competência funcional e territorial para instaurar o inquérito

Se a autoridade a ser investigada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou o presidente do Tribunal, caberá ao procurador-geral da justiça, pelo artigo 29, inc. VIII, da Lei 8.625/93, a competência *funcional* para instaurar o inquérito.

²⁷ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 318-320.

²⁸ O Ato Normativo n. 02/2004, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná, que pretende regulamentar o inquérito civil (ainda não está em vigor), trata da questão no artigo 2º, par. ún., e no artigo 4º, parágrafos 1º e 2º, da seguinte forma: i) a instauração do inquérito civil, de ofício, compreende qualquer meio, ainda que informal, pelo qual o órgão do Ministério Público venha a tomar conhecimento dos fatos; ii) diante da insuficiência de elementos que permitam a imediata instauração do inquérito civil, o membro do Ministério Público poderá realizar diligências, no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis mediante decisão fundamentada; iii) nesta última hipótese, o Promotor de Justiça determinará a autuação do protocolado, sob a denominação provisória de “procedimento investigatória preliminar”.



No entanto, como regra geral, o inquérito civil deverá ser instaurado pelo promotor de justiça do *local* em que o *dano* ocorrer ou deva ocorrer (art. 2º/LACP), salvo em caso de lesão ou ameaça de lesão a interesses transindividuais de crianças e adolescentes, cuja competência será fixada não pelo local do dano, mas pelo *lugar da ação* (art. 209/ECA), ressalvada a competência da Justiça Federal.

3.6. Controle da instauração do inquérito

A LACP previu um único sistema de controle do arquivamento do inquérito civil, a ser efetuado pelo Conselho Superior do Ministério Público (arts. 8º e 9º).

Em alguns estados, como o de São Paulo, em sua Lei Orgânica do Ministério Público, criou-se um sistema recursal próprio. Contudo, esta regulamentação fere o âmbito normativo reservado pela Constituição Federal às Leis de Organização do Ministério Público (art. 128, par. 5º, CF), na medida em que quebra o *modelo federal* da LACP que já traçou o regime jurídico *integral* do inquérito civil³⁰.

Portanto, no caso de inquérito civil instaurado sem *justa causa*, o *controle deve ser judicial*, cabendo mandado de segurança para obter o seu trancamento³¹.

Por outro lado, quando a *notícia* do fato é *imprecisa*, não havendo elementos suficientes para instaurar o inquérito civil, é comum a realização de uma *averiguação rápida*. Contudo, a LACP não prevê um *procedimento preparatório* ao inquérito civil, para se saber se deve ou não investigar, equiparando, nos artigos 8º e 9º, o inquérito civil às *peças de informação*, com o intuito de evitar que o membro do Ministério Público *archive* sem qualquer controle procedimentos instaurados sob qualquer outro nome que não o de inquérito civil³².

²⁹ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. Cit. Pág. 320.

³⁰ Cfr. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002. Pág. 1350.

³¹ O STJ já decidiu que a Associação dos Delegados do Estado do Rio de Janeiro (DEPOL) não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para impedir que alguns Delegados sejam submetidos a inquérito civil público, pois a legitimidade extraordinária (substituição processual) não existe quando há interesses divergentes na mesma instituição, havendo parte da categoria que pretende a investigação (RMS 15.703-RJ – 2ª T. – rel. Min. Eliana Calmon – j. 18.03.2003 – pub. DJU 21.03.2005, pág. 296).

³² Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. Cit. Pág. 236.



A instauração irregular de procedimento preparatório, ao invés de inquérito civil, pode ter a grave consequência de *não obstar* o curso da decadência, em favor do consumidor, já que, pelo artigo 26, par. 2º, inc. III, do CDC, é só com a instauração do inquérito civil que se suspende o prazo decadencial³³.

Ao arquivar tanto o inquérito civil quanto às peças informativas caberá ao agente ministerial fazê-lo *fundamentadamente* e submeter tal promoção de arquivamento à *homologação* do Conselho Superior do Ministério Público³⁴.

3.7. Poderes investigatórios no curso do inquérito civil

Durante o inquérito civil, cabe ao agente ministerial expedir requisições e notificações, bem como determinar a *condução coercitiva* em caso de desatendimento às notificações para comparecimento ou requisitar os *serviços policiais* para assegurar o cumprimento de suas determinações (art. 129, inc. VI, CF; art. 26, inc. I, da Lei 8.625/93 e art. 8º, da Lei Complementar 75/1993), observando sempre as prerrogativas legais (como a fixação de *prazo razoável* para atendimento ou o direito de certas autoridades de marcar dia e hora para comparecimento, nos termos da lei processual – arts. 411/CPC e 221/ CPP -, aplicável analogamente).

Todavia, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público, constitui *crime* tipificado no artigo 10º da LACP.

Por outro lado, a determinação irregular de condução coercitiva, requisições ilícitas ou quebra ilegal de sigilo de informações podem acarretar a impetração de *mandado de segurança* contra o promotor de justiça junto ao Tribunal de Justiça³⁵.

Há determinadas matérias em que impera a *cláusula constitucional de reserva de jurisdição* – como a busca domiciliar (art. 5º, inc. XI, CF), a interceptação telefônica (art.

³³ Idem. Pág. 236.

³⁴ Conforme a Súmula 29 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo: “*Sujeita-se à homologação do Conselho Superior qualquer promoção de arquivamento de inquérito civil ou de peças de informação alusivos à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos*”.



5º, inc. XII, CF) e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (art. 5º, inc. LXI, CF). Nestes temas específicos, cabe ao Poder Judiciário não apenas proferir a última palavra, mas a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira, excluindo, por força expressa da Constituição, os iguais poderes ao Ministério Público ou de qualquer autoridade no exercício de investigações que lhe são próprias³⁶.

Apesar de haver divergência, alguns precedentes exigem que o Ministério Público peça autorização judicial para solicitar a quebra dos sigilos bancário e fiscal³⁷. Este, contudo, não é o melhor entendimento, porque o artigo 129, inciso VI, da CF afirma ser *função institucional* do Ministério Público “*expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*”. Com efeito, como a quebra do sigilo bancário e fiscal está incluída nos poderes de investigação previstos no artigo 129 da CF, afora as hipóteses em que exista *cláusula constitucional de reserva de jurisdição*, somente a Lei Complementar pode restringir a atuação do Ministério Público para requisitar documentos e informações³⁸.

A Lei Complementar 75, de 20.05.1993 - que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público Federal, e que, por força do artigo 80 da Lei

³⁵ Cfr. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. Cit. Pág. 1631.

³⁶ Cfr. STF – MS 23.452-RJ – Tribunal Pleno – rel. Min. Celso de Mello – j. 16.09.1999 – pub. DJU 12.05.2000, pág. 20.

³⁷ “*Constitucional. Ministério Público. Sigilo bancário: Quebra. C.F., art. 129, inc. VIII. I. A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza o Ministério Público, sem interferência da autoridade judiciária, quebrar sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra de sigilo bancário de qualquer pessoa*” (STF – RE 215.301-CE – rel. Min. Carlos Velloso – j. 13.04.1999 – pub. DJU 28.05.1999, pág. 24). Entretanto, em caso anterior, o STF (MS 21.729-DF – Tribunal Pleno – Min. Marco Aurélio – j. 05.10.1995 – pub. DJU 19.10.2001, pág. 33) havia considerado legítima a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, justificando que ao Ministério Público são conferidos *amplos poderes de investigação* – artigos 128, inciso VI e VIII, da CF e 8º, inc. II e IV, e par. 2º, da Lei Complementar 75/1993. Tais poderes investigatórios visam coibir *atividades afrontosas* à ordem jurídica e a *garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas*. Portanto, o STF indeferiu o mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra ato da Procuradoria-Geral da República para que a instituição financeira fornecesse a lista das empresas beneficiárias de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, ao setor sucro-alcooleiro, além de eventuais débitos para com o banco. E, ainda, que o sigilo das informações bancárias – previsto no artigo 38 da Lei n. 4.595/64 – não autorizava o Banco do Brasil a negar, ao Ministério Público, os nomes dos beneficiários dos empréstimos, devendo imperar o princípio constitucional da *publicidade* dos atos administrativos (art. 37, *caput*, CF) e as regras que autorizam a requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo em defesa do *patrimônio público*. Verifique, ainda, na nota 17 (abaixo) entendimento análogo, em relação aos poderes investigatórios conferidos às Comissões Parlamentares de Inquérito.

³⁸ Cfr. Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. Pág. 92-4.



8.625/93 se aplica subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais – regulamenta a questão no artigo 8º, incisos II, IV, VII³⁹ e no parágrafo 2º, o qual, por sua vez, explicita: “Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

O mesmo entendimento, em relação à desnecessidade de autorização judicial para a obtenção de informações ou documentos gravados pelos sigilos bancários e fiscal, deve ser estendida ao *sigilo telefônico*, quando este incide apenas sobre dados ou registros telefônicos (p. ex., quais números foram discados ou recebidos pelo telefone da pessoa investigada), não recaindo sobre o *teor* das conversas (*inviolabilidade das comunicações telefônicas*). Nestas hipóteses, os poderes investigatórios do Ministério Público, destarte, não podem ceder ao direito da privacidade ou da intimidade da pessoa investigada⁴⁰.

Convém, ainda, ressaltar, com o intuito de evitar arbitrariedades, que, para que o Ministério Público, decrete, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, fiscal e/ou telefônico, em relação às pessoas investigadas, deve existir *indícios* que justifiquem a existência *concreta* de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade/privacidade de quem está sob investigação), no contexto da investigação ampla dos fatos que ensejaram o inquérito civil⁴¹.

Também, conquanto tal decisão implica *restrição* de direitos da pessoa investigada, deve ser, adequadamente, *motivada*, expondo-se as razões de fato e de direito que

³⁹ Nestes incisos estão explicitados: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos da sua competência: II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta e indireta; IV – requisitar informações e diligências investigatórias; VII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública”.

⁴⁰ Em caso análogo, com fundamento na existência de poderes investigatórios, previstos pela Constituição Federal, às Comissões Parlamentares de Inquérito, o STF decidiu: “O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar” (MS 23.452-RJ – Tribunal Pleno – rel. Min. Celso de Mello – j. 16.09.1999 – pub. DJU 12.05.2000, pág. 20).

⁴¹ Cfr., *mutatis mutandis*, MS 23.452-RJ – Tribunal Pleno – rel. Min. Celso de Mello – j. 16.09.1999 – pub. DJU 12.05.2000, pág. 20.



justificam o ato decisório⁴². Afinal, é pela *motivação* que se permite verificar, a qualquer momento, a *legalidade do ato*⁴³, o qual está sujeito a posterior *controle jurisdicional* (art. 5º, inc. XXXV, CF). A motivação do ato pelo órgão do Ministério Público permitirá que o juiz verifique se houve transgressão ao *regime das liberdades públicas* (ofensa aos direitos e garantias fundamentais), em razão de eventuais excessos cometidos, pelo *parquet*, no exercício de sua competência investigatória.

Portanto, os artigos 129, incisos III, VI e VIII, da CF conferem, ao Ministério Público, plenos poderes de requisição e de investigação, não se lhe opondo o *sigilo legal*, salvo quando a Constituição imponha a *cláusula de reserva de jurisdição* (art. 5º, incs. XI, XII e LXI, CF).

À guisa de ilustração, o STJ - aplicando a Lei 8.825/93 (art. 26, inc. II), a LACP (art. 8º) e o referido artigo 129 da CF – que concede ao Ministério Público autorização para a requisição de informações a entidades públicas e privadas, visando à instauração de procedimentos judiciais ou administrativos - considerou que o *parquet* poderia requisitar os documentos inerentes à *transferência do controle acionário da empresa de telefonia celular OI*, com dívidas na ordem de R\$ 4.760.000.000,00 (quatro bilhões, setecentos e sessenta milhões de reais) por apenas R\$ 1,00 (um real), com intuito de investigar a legalidade da operação⁴⁴. Acrescentou, ainda, que - como o artigo 155, par. 1º, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76, art. 155, par. 1º), ao apontar como sigilosas informações que ainda não foram divulgadas para o mercado, não se dirigiu ao Ministério Público, havendo superposição da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 26, inc. II, Lei 8.825/93) – o Ministério Público poderia requisitar tais informações por não haver sigilo em relação àqueles *dados*.

Ademais, enquanto tramita o inquérito, todos os co-legitimados ou, ainda, qualquer pessoa pode oferecer subsídios para a instrução do inquérito civil. Trata-se de decorrência do amplo *direito constitucional de petição* (art. 5º, inc. XXXIV, letra “a”, CF⁴⁵),

⁴² Segundo a referida decisão do STF, no MS 23.452-RJ, “nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal”.

⁴³ Cfr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. Pág. 202-3.

⁴⁴ Cfr. REsp. 657.037-RJ – 1ª T. – rel. Min. Francisco Falcão – j. 02.12.2004 – pub. DJU 28.03.2005, pág. 214.

⁴⁵ “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.



dando-se alcance ampliado ao artigo 9º, par. 2º, da Lei 7.347/85, que somente faz menção à apresentação de razões ou documentos por parte das “associações legitimadas”.

Por fim, o órgão do Ministério Público pode, no curso do inquérito civil, realizar *audiências públicas*, com a finalidade de defender a obediência, pelos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública e social, dos direitos e garantias constitucionais⁴⁶.

3.8. Observância do contraditório e publicidade indevida

O inquérito civil, como acima salientado, é um *mero procedimento*, não um processo, não estando submetido à exigência do contraditório e da ampla defesa.

Porém, nada impede que o promotor de justiça ouça o investigado, o que poderá inclusive servir para elucidar os fatos, obter documentos ou descobrir outras pessoas que conheçam dos fatos, a fim de que o agente ministerial se convença se é caso de propositura da ação civil pública ou de arquivamento.

Nesta hipótese, na notificação do investigado, deve constar a advertência de que lhe é facultado o acompanhamento por advogado. Também deve ser-lhe assegurado o direito de requerer a produção de contraprovas, como a juntada de documentos ou de outras diligências, cuja conveniência e oportunidade será analisada pelo órgão do Ministério Público que presidir o inquérito civil.

Entretanto, pode o presidente do inquérito procurar *surpreender* o agente (p.ex., que lança poluentes na atmosfera, tem depósito de lixo clandestino etc). Nestes casos, quando se impõe o *interesse da sociedade*, fazendo-se analogia com o artigo 20 do CPP, admite-se a imposição de *sigilo*⁴⁷.

Portanto, como regra, pelo artigo 37, *caput*, da CF, o inquérito civil está submetido ao *princípio da publicidade*, podendo os interessados (inclusive o investigado e seu advogado) ter acesso ao procedimento, salvo quando for recomendável o sigilo (aplicação

⁴⁶ Cfr. Art. 21 do Ato Normativo 02/04 da PGJ-PR.



análoga do artigo 20 do CPP) ou quando ele decorrer de imposição legal (p. ex., art. 8º, da Lei 9.296/96, em relação à interceptação telefônica).

Nestes casos, quando se confere a *indevida publicidade* a informações e/ou documentos, sobre os quais incide a cláusula da *reserva legal*, o órgão do Ministério Público pode estar cometendo *conduta altamente censurável* - com, inclusive, conseqüências penais (p.ex., violação de sigilo funcional, profissional, bancário, fiscal etc).

As divulgações de tais informações é revestida do *absoluto grau de excepcionalidade*, devendo existir *justa causa* para a revelação dos dados sigilosos, em razão da apuração ou da efetivação da responsabilidade penal, civil ou administrativa dos infratores (p. ex., a propositura da ação civil pública; o oferecimento de denúncia; a solicitação de abertura de inquérito policial; a remessa das informações à Corregedoria da Polícia Civil ou Militar, quando há o envolvimento de agentes policiais ou à Corregedoria do Poder Judiciário ou do Ministério Público, quando haja a participação suspeita de promotores ou de juízes etc).

Nestas situações excepcionais, a divulgação das informações sigilosas é justificada pelo *relevante interesse social* e, portanto, não gera *ilegalidade*⁴⁸.

3.9. Valoração dos elementos de prova colhidos no inquérito civil

⁴⁷ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. Cit. Pág. 324.

⁴⁸ O STF, em relação às Comissões Parlamentares de Inquérito (que têm poderes investigatórios similares ao do Ministério Público), decidiu: “A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, *ex própria auctoritate*, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão de informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito – enquanto depositária desses elementos informativos –, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável – com todas as conseqüências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar – a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa – e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (com razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, par. 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social – a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configura situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade” (MS 23.452-RJ – Tribunal Pleno – rel. Min. Celso de Mello – j. 16.09.1999 – pub. DJU 12.05.2000, pág. 20).



Os elementos de convencimento colhidos, durante o inquérito civil, por não estarem sujeitos ao crivo do contraditório, perante o juiz (terceiro-imparcial), têm *valor relativo*, devendo ser submetidos ao *princípio do livre convencimento judicial* (art. 131/CPC).

Logo, como nosso ordenamento jurídico não adotou o sistema do *tarifamento da prova*, pode-se afirmar que o juiz tem liberdade para valorar os documentos e as informações contidas no inquérito civil, as quais devem ceder às provas, colhidas sob o crivo do contraditório⁴⁹, quando estas se mostrem mais convincentes ou, quando menos, servem como *indícios* a serem considerados pelo magistrado durante a instrução probatória.

Neste sentido, o artigo 19, parágrafo único, da Lei 9.605/98, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, afirma que a “*perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório*”.

Este posicionamento se justifica na medida em que o promotor de justiça, freqüentemente, vale-se de laudos, relatórios e pareceres provenientes de órgãos públicos especializados. São documentos públicos que se revestem de *presunção de legitimidade*, uma vez que toda a atuação da Administração deve se pautar pela legalidade. Verifica-se, pois, uma *presunção relativa (iuris tantum)* de validade, autenticidade e veracidade, conforme prevê o artigo 364 do CPC, cabendo à parte contrária impugnar esses atributos de legitimidade (arts. 387 e 390 do CPC)⁵⁰.

Ademais, historicamente, admite-se, na fase extraprocessual (durante o inquérito policial), a produção de perícia, com a sua aceitação em juízo como prova pericial, sem contestação da sua validade ou com a exigência de nova perícia, o que, aliás, em grande parte dos casos, seria inviável em razão do desaparecimento dos vestígios. *Mutatis mutandis*, o mesmo entendimento deve ser estendido ao inquérito civil (p. ex., quando já houver

⁴⁹ Vale ressaltar dois posicionamentos do STJ: i) “*As provas colhidas no inquérito [civil] têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só podem ser desconsideradas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzidas sob a vigilância do contraditório*” (REsp. n. 476.660-MG – rel. Mina. Eliana Calmon – pub. DJU 04.08.2003); ii) “*As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo juiz*” (REsp. 644.944-MG – 2ª T. – rel. Min. João Octávio de Noronha – j. 17.02.2005 – pub. DJU 21.03.2005, pág. 336).

⁵⁰ Cfr. Hamilton Alonso Jr. A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 296.



desaparecido a emissão de gases, as partículas, os ruídos, o derramamento de óleo, a mortandade de peixes etc a configurar o dano ambiental)⁵¹.

De qualquer forma, à margem da discussão sobre a valoração probatória, os elementos de prova, colhidos durante o inquérito civil, são utilizados para a embasar o termo de ajustamento de conduta, que resulta de uma *transação* entre as partes envolvidas, ou a propositura da ação civil pública.

3.10. Arquivamento

Convencido da inexistência de fundamento para a ação civil, o órgão do Ministério Público, *de forma expressa e motivada* (arts. 129, inc. VIII, da CF e 43, inc. III, da Lei 8.625/93), deve promover o arquivamento do inquérito ou das peças informativas e, sob pena de incorrer em falta grave, remetê-los, no prazo de 3 (três dias), ao Conselho Superior do Ministério Público, de modo a não ficar a decisão a *critério exclusivo* do órgão de execução competente (art. 9º, *caput*, LACP).

A inexistência de fundamento, para que se dê o arquivamento, deve ser *absoluta*. A *mera complexidade* da questão jurídica ou o *difícil prognóstico* quanto ao sucesso da medida judicial não podem, evidentemente, ser invocados como razões do arquivamento⁵².

Ao se exigir que o promotor de justiça fundamente o arquivamento, está-se vedando o *arquivamento implícito* do inquérito civil, deixando de submetê-lo ao controle do Conselho Superior. Isto deve ser evitado quando, por exemplo, no inquérito civil se apuram duas infrações ambientais - “X” e “Y” – e/ou são investigadas duas pessoas “João” e “Maria”,

⁵¹ Idem. Pág. 297.

⁵² Cfr. Antonio Augusto de Mello de Camargo Ferraz. Apontamentos sobre o inquérito civil. *Revista Justitia*, 1992, pág. 36. Já entendeu, por exemplo, o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo (CSMPSP 29 e 27): a) que se o impacto ambiental for insignificante (i.e., a supressão da vegetação, em área rural, atingir extensão não superior a 0,10ha), o inquérito civil deve ser arquivado (“O Conselho Superior do Ministério Público homologará o arquivamento de inquéritos civis ou assemelhados que tenham por objeto a supressão de vegetação em área rural praticada de forma não continuada, em extensão não superior a 0,10ha, se as circunstâncias da infração não permitirem vislumbrar, desde logo, impacto significativo ao meio ambiente”); b) que se a infração ambiental consistir somente na falta de licença ou autorização ambiental o inquérito deve ser arquivado, já que a matéria deve encontrar solução administrativa por parte dos órgãos que detém poder de polícia (“Sem prejuízo da responsabilização do agente público, quando o caso, e de eventuais medidas na órbita criminal, o Conselho Superior do Ministério Público homologará arquivamento de inquéritos civis ou assemelhados que tenham por objeto infração ambiental consistente apenas em falta de licença ou autorização



mas o promotor de justiça propõe a ação civil pública apenas em relação à “João”, pela infração ambiental “X”. Neste caso, deverá o agente ministerial, sob pena de falta grave, submeter o arquivamento do inquérito, em relação à infração “Y”, supostamente cometida por “Maria” ao Conselho Superior, enviando os documentos e expondo os fundamentos pertinentes⁵³.

Caso não o faça, qualquer co-legitimado para a ação civil pública ou mesmo o juiz, ao receber a petição inicial, pode representar ao Conselho Superior do Ministério Público e denunciar a existência de um *arquivamento implícito*.

Quando o promotor de justiça entender que o inquérito civil deve ser remetido ao Ministério Público de outro estado ou ao Ministério Público Federal, deve submeter tal decisão ao Conselho Superior do Ministério Público, na medida em que estará havendo arquivamento do caso na esfera local⁵⁴.

Em qualquer hipótese, concordando o Conselho Superior com o arquivamento proposto, devolvem-se os autos à origem. Rejeitando-o, comunica-se o fato ao Procurador-Geral de Justiça com vista à designação de outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação (art. 9º, par. 4º, LACP).

O compromisso de ajustamento de conduta, quando celebrado pelo Ministério Público, nos autos do inquérito civil, enseja o seu arquivamento, necessitando, para se completar e operar efeitos válidos, do conseqüente arquivamento, total ou parcial do inquérito civil, pelo Conselho Superior⁵⁵.

ambiental, já que a matéria deve encontrar solução na área dos órgãos licenciadores, que contam com poder de polícia suficiente para o equacionamento da questão”).

⁵³ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. Cit. Pág. 239. Nesse sentido, dispõe a Resolução n. 510, de 2 de maio de 2005, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná: “*Vistos, relatados e discutidos os autos, o Conselho, por unanimidade, resolveu que deve ser submetido ao Conselho Superior do Ministério Público, além dos documentos pertinentes, os fundamentos que sustentam a não inclusão de investigado em Ação Civil Pública, promovida em relação aos demais*”.

⁵⁴ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. Inquérito civil. *Boletim Informativo ESMP*, n. 3, 1996, pág. 3.

⁵⁵ O Ministério Público de São Paulo, no artigo 2º, par. 2º, do Ato 052/92 – PGJ/CSMP/CGMP, de 16.07.1992, impôs que do termo de ajustamento de conduta conste, obrigatoriamente, a seguinte cláusula: “*Este acordo produzirá efeitos legais depois de homologado o arquivamento do respectivo inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público*”. Cfr. Édís Milaré. Ação civil pública por dano ao ambiente. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 205. No Paraná, o Ato Normativo n. 02/2004 (que ainda não está em vigor) propõe, todavia, outra solução no artigo 20, parágrafos 7º e 8º: Par. 7º: “*Celebrado ou aditado o compromisso de ajustamento de conduta, por ofício, o Promotor de Justiça dará ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, assim como ao Centro de Apoio respectivo*”; Par. 8º:



3.11. Rejeição do arquivamento pelo Conselho Superior

Não poderá o Procurador-Geral de Justiça nomear o mesmo órgão do Ministério Público, que promoveu o arquivamento, para ajuizar a ação civil pública, sob pena de violar a sua *independência funcional*.

Tal membro do Ministério Público se torna *suspeito* para se manifestar nesta ação civil pública, mesmo na qualidade de *custos legis* (art. 5º, par. 1º, LACP), uma vez que as partes têm direito de receber manifestação imparcial do Ministério Público sobre o mérito da demanda coletiva. Caso intervenha o Promotor de Justiça que presidiu o arquivamento, a ele pode ser oposta *exceção de suspeição* (art. 138, par. 1º, do CPC).

Por outro lado, o Promotor de Justiça que presidiu o inquérito civil, mesmo tendo colhido provas, tomado decisões e praticado atos, não é suspeito ou impedido para ajuizar a ação civil pública. Aplica-se, por analogia, a Súmula 234 do STJ⁵⁶, na medida em que o inquérito civil serve como *preparação* para o exercício responsável das atribuições inerentes às funções institucionais do Ministério Público.

O órgão do Ministério Público incumbido de ajuizar a ação civil pública ou de prosseguir nas diligências exerce atribuições delegadas do Conselho Superior, não lhe restando outra atitude senão a de cumprir o que lhe foi determinado.

3.12. Ausência de controle judicial no arquivamento

Diferentemente do que ocorre no inquérito penal, cujo arquivamento está submetido ao controle judicial (art. 28 do CPP), no sistema adotado pela Lei 7.347/85, o arquivamento é ato do órgão do Ministério Público, sem necessidade de interferência judicial. Trata-se de matéria restrita ao âmbito *interna corporis* do Ministério Público.

3.13. Reabertura do inquérito por novas provas

“Cumpridas as disposições do compromisso de ajustamento de conduta, o Promotor de Justiça promoverá o arquivamento do procedimento investigatório preliminar ou do inquérito civil respectivo, remetendo-os (...) ao Conselho Superior do Ministério Público”.

⁵⁶ “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.



O arquivamento não impede a reabertura do caso, na hipótese de surgimento de *novas provas*, nem a propositura da ação por parte das demais entidades legitimadas para o seu exercício⁵⁷.

Se o Conselho Superior determinar a *conversão do julgamento em diligência*, surgindo novas provas, reabre-se ao promotor de justiça, autor do arquivamento, a oportunidade para reapreciar o inquérito, podendo, caso convencido, propor a ação civil pública ou, na hipótese contrária, insistir no arquivamento⁵⁸.

Não se pode argüir conexão, continência, litispendência ou coisa julgada, para conseguir o *trancamento* do inquérito civil, pois tais fenômenos só ocorrem entre *ações* e o inquérito civil é mera peça investigatória, onde não há partes, causa de pedir ou pedido.

3.14. Conclusão

As investigações do Ministério Público devem ser instauradas e presididas com *elevado senso de responsabilidade*, pois inquéritos civis e ações civis públicas *pouco ou mal fundamentados* e o *exibicionismo* de alguns poucos integrantes da instituição provocaram reações políticas contrárias à atuação do Ministério Público⁵⁹.

Acresce-se a isto que o exercício irregular das funções tem gerado *ações de responsabilidade civil* de seus membros, porque uma investigação descabida ou uma demanda mal proposta pode provocar danos de difícil mensuração para quem é investigado, seja uma pessoa física ou jurídica.

Por isto, a instituição como um todo deve se *proteger* interna e externamente. Internamente, procurando disciplinar a atuação do agente ministerial, exigindo a

⁵⁷ Nesse sentido, dispõe a Súmula 16 do CSMP-SP: “*O membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento de inquérito civil ou de peças de informações não está impedido de propor a ação civil pública, se surgirem novas provas em decorrência da conversão do julgamento em diligência*”.

⁵⁸ A Súmula 17 do CSMP-SP assim preceitua: “*Convertido o julgamento em diligência, reabre-se ao Promotor de Justiça que tinha promovido o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação a oportunidade de reapreciar o caso, podendo manter sua posição favorável ao arquivamento ou propor a ação civil pública, como lhe pareça mais adequado. Neste último caso, desnecessária a remessa dos autos ao Conselho Superior, bastando comunicar o ajuizamento da ação por ofício*”.

⁵⁹ Cfr. Hugo Nigro Mazzilli. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. Cit. Pág. 244-5.



fundamentação, registro e autuação dos procedimentos investigatórios⁶⁰, bem como diligenciar quanto ao andamento das investigações, de modo a conter eventuais abusos, sem ferir a *independência funcional* do promotor de justiça. Externamente, reagindo ao discurso opressor e as tentativas legislativas de diminuição dos poderes do Ministério Público. Nacionalmente, cabe ao Ministério Público desenvolver *políticas de proteção funcional* e, em cada Estado da Federação, cabe as Associações de Ministérios Públicos, a formação de *conselhos de tutela funcional* e a *contratação de advogados especializados* para a defesa judicial de seus membros.

De outro lado, não adianta nada insistir na fortificação dos poderes investigatórios do Ministério Público se não criam condições necessárias para a sua efetiva atuação. Neste sentido, é urgente a revisão da regra contida no artigo 20, inciso II, letra “d”, da Lei Complementar 101/2000, que, dos 60% (sessenta por cento) da receita líquida do Estado a ser gasta com pessoal, reserva ao Ministério Público apenas 2% (dois por cento). A consequência disto é a falta de promotores e de pessoal especializado (contadores, auditores etc.) o que, na prática, inviabiliza a maior efetividade das indispensáveis investigações a serem produzidas. Em um país onde todos os dias a imprensa informa escândalos de corrupção e malversação do dinheiro público, não investir na implementação de mecanismos investigatórios é tornar inefetiva a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, condenando o país a persistir na miséria, carente de políticas públicas indispensáveis à promoção da educação, saúde e melhor distribuição de renda.

4. Compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso de ajustamento de conduta está previsto no artigo 5º, par. 6º, da Lei 7.347/85, tendo sido introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor e contando com a seguinte redação: “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”.

⁶⁰ A propósito, o artigo 26 do Ato Normativo 02/04 do CSMP-PR, que, embora ainda não esteja em vigor, prevê no artigo 26: “*Cada Promotoria de Justiça manterá controle atualizado do andamento de seus inquéritos civis e ações civis públicas ajuizadas, inclusive das fases recursais, remetendo, anualmente, aos Centros de Apoio respectivos, para fins estatísticos e de conhecimento. Parágrafo único. O Promotor de Justiça receberá, de seu*



Quanto à *natureza jurídica* desse compromisso de ajustamento de conduta, controverte a doutrina.

Fernando Grella Vieira afirma se tratar de *transação*, pois tal compromisso se destina a *prevenir* o litígio (propositura da ação civil pública) ou *por-lhe fim* (ação em andamento), e ainda dotar o ente legitimado de título executivo extrajudicial ou judicial, tornando líquida e certa a obrigação⁶¹.

Já para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro não existe tecnicamente uma transação, porque esta pressupõe concessões mútuas (arts. 1.025/CC-1916 e 840/CC), situação esta impossível em sede de direitos difusos e coletivos, por se tratarem de direitos indisponíveis⁶².

De qualquer modo, para a celebração do compromisso, é indispensável a *reparação integral do dano*, por ser de natureza indisponível o direito violado. Logo, o *objeto do compromisso* deve ser o mesmo da ação civil que viesse a ser ou tenha sido ajuizada⁶³. Com efeito, a convenção vai recair apenas sobre as *condições* de cumprimento das obrigações (modo, tempo, lugar etc).

Contudo, a *liberdade de escolha das condições*, em cada caso concreto, *não é absoluta*, porque a discricionariedade deve ser exercida nos limites autorizados pela lei e pelos princípios jurídicos.

Dessa maneira, se as condições de cumprimento das obrigações ajustadas no termo de compromisso, em determinado caso, colidirem com o princípio da *razoabilidade*, serão ilegítimas e comprometerão a validade da transação (v.g., a pesca predatória da lagosta não pode ser reparada com a doação de cestas básicas, mas com a cessação da atividade lesiva e com a criação da espécie em cativeiro).

antecessor, relatório atualizado do andamento dos inquéritos civis, procedimentos investigatórios preliminares e das ações civis públicas ajuizadas pela Promotoria de Justiça”.

⁶¹ Cfr. Fernando Grella Vieira. A transação na esfera dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 267-270.

⁶² Cfr. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. 9º Congresso Nacional do Ministério Público – 1992. *Livro de Teses*, pág. 400.

⁶³ Cfr. Édis Milaré. Ação civil pública por dano ao ambiente. Cit. Pág. 202.



Ainda quanto ao objeto, em matéria de improbidade administrativa (v.g., agente público que autoriza a construção de um *resort* em área de proteção ambiental), a possibilidade do termo de ajustamento é restrita ao ressarcimento do dano e à perda em favor do Poder Público da vantagem ilícita obtida, jamais no que se refere às demais sanções legais do ato de improbidade (como a perda do cargo público ou a responsabilização criminal do agente), as quais apenas por meio de processo judicial competente (ação civil ou penal pública) podem ser aplicadas aos responsáveis⁶⁴.

Ademais, a eficácia do compromisso, como título executivo extrajudicial (art. 585, inc. II, CPC), implica previsão de obrigação *certa* quanto aos seus *elementos constitutivos subjetivos e objetivos* (isto é, quanto aos *sujeitos* ativos e passivos da relação jurídico-material; quanto à natureza de seu *objeto* e quanto à *identificação e individualização* deste, quando for o caso)⁶⁵. Ainda, multa pecuniária pode ser inserida, com caráter cominatório e não compensatório, para funcionar *medida de coerção indireta* para influenciar o cumprimento espontâneo da obrigação específica.

O compromisso de ajustamento de conduta, enquanto instrumento de transação, é *meio extintivo de obrigações* e pode ser celebrado em qualquer fase da investigação (durante o inquérito civil) ou no curso de ação civil pública já ajuizada.

Poderá ocorrer, contudo, que a situação lesiva aos interesses tutelados reclame o atendimento de *outras exigências* que não foram estabelecidas no compromisso, ou, ainda, que as *obrigações impostas e as condições do seu cumprimento sejam inadequadas* à recomposição do interesse ofendido⁶⁶.

Na primeira hipótese (da necessidade de serem atendidas outras exigências), a transação será válida quanto ao que consagra, mas não impedirá o ajuizamento de ação civil pública para exigir do autor do dano a obrigação faltante. Essa solução decorre, basicamente, da natureza *indisponível* dos interesses, consoante disposto no par. 6º do art. 5º da Lei 7.347/85.

⁶⁴ Cfr. Fernando Grella Vieira. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. Cit. Pág. 281.

⁶⁵ Cfr. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004. Pág. 210.



Afinal, não é o compromisso de ajustamento de conduta que, por si só, implica a extinção das obrigações, mas o efetivo atendimento das *exigências legais*, no que se refere à completa e integral reparação, que libera o causador da ilicitude e/ou do dano, justamente por se tratar de *interesses indisponíveis*.

Na segunda hipótese (de serem as obrigações impostas e as condições de seu cumprimento *inadequadas*), existirá um vício propriamente dito.

É irrelevante a determinação da causa geradora do vício, bastando demonstrar a inutilidade das obrigações pactuadas ou das condições do seu cumprimento para que se legitime a pretensão quanto a invalidação judicial do compromisso.

Nessa situação, a ação civil pública deve ser ajuizada, por qualquer dos co-legitimados, com o escopo de *desconstituir* o compromisso, decorrendo o interesse processual da não participação desses co-legitimados na transação pactuada.

Nas duas hipóteses, o compromisso poderá ser ignorado, pois a ação civil pública ou visará ao *fim supletivo* ou será *cumulada* com o pedido de *desconstituição* do compromisso.

Entretanto, pode ocorrer que o compromisso seja obtido por órgão público que não tenha legitimidade para o caso concreto. Nessa hipótese, a transação não terá eficácia jurídica, pois consiste em um *ato juridicamente inexistente*, não havendo, sequer, necessidade de sua desconstituição.

O compromisso, quando celebrado pelo Ministério Público, nos autos do inquérito civil, enseja o seu arquivamento, necessitando, para se completar e operar efeitos válidos, do conseqüente arquivamento, total ou parcial do inquérito civil, pelo Conselho Superior.

Por outro lado, não obstante o artigo 6º, par. 5º, da LACP não preveja a participação do Ministério Público quando a iniciativa do compromisso é de outro órgão

⁶⁶ Cfr. Fernando Grella Vieira. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de



público, é indispensável a sua participação, já que lhe cabe, institucionalmente, por determinação constitucional (art. 127, *caput*), a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Aliás, deve-se fazer analogia com o parágrafo 1º, daquele mesmo dispositivo, que obriga a intervenção do agente ministerial quando não for parte no processo; se deve atuar no processo, onde já há a necessidade de observar as garantias processuais fundamentais (do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal), com maior razão, a sua participação se justifica na esfera extraprocessual. Logo, a sua não intervenção, nos mesmos moldes do artigo 84 do CPC, compromete a validade do compromisso de ajustamento de conduta⁶⁷.

Ademais, incumbirá ao órgão do Ministério Público fiscalizar o efetivo cumprimento do acordo.

Cumpridas as obrigações pactuadas, serão elas consideradas extintas, desde que integralmente reparado o dano, e, destarte, desaparecendo o interesse processual (de agir) dos legitimados.

Deste modo, os demais co-legitimados, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica, poderão ajuizar a ação civil pública, conforme acima analisado, somente para *suprir* omissão da transação (p. ex., prestação necessária, não incluída no compromisso) ou em razão de *vício* propriamente dito (p. ex., estabelecimento de obrigações ou condições atentatórias à finalidade da lei).

Por outro lado, não cumpridas as obrigações avançadas, o compromisso de ajustamento tem eficácia executiva, ensejando a execução específica da obrigação de fazer, não fazer ou de dar coisa certa e/ou a execução por quantia certa (p. ex., em razão do descumprimento da multa cominatória⁶⁸). Consiste, pois, em título executivo extrajudicial, com fundamento no artigo 585, inciso II, do CPC⁶⁹.

ajustamento de conduta. Cit. Pág. 286-9.

⁶⁷ Idem. Pág. 274-6.

⁶⁸ A multa cominatória é exigível, a partir do descumprimento do compromisso de ajustamento de conduta, e independentemente do cumprimento da obrigação principal.

⁶⁹ É dispensável o comparecimento de testemunhas a esse compromisso, sendo suficiente que dele conste as assinaturas dos interessados e da entidade legitimada para que se caracterize como título executivo extrajudicial. Neste sentido, já decidiu o STJ: “Os acordos feitos com o IBAMA, prevendo multa diária em casos de degradação do meio-ambiente, mesmo quando não assinados por testemunhas, são títulos executivos extrajudiciais e podem embasar qualquer execução. Não se aplica o CPC 585, mas o CDC 113, que, por não ter



5. Aprimoramentos na LACP

Com vistas a aprimorar a tutela dos bens jurídicos coletivos, os especialistas discutem a partir de duas grandes propostas legislativas, o do chamado Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e sob o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

5.1. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual surgiu, em 1957, com o intuito de realizar jornadas de estudos para o aperfeiçoamento do Direito Processual.

Nas jornadas realizadas em Caracas, em 1967, decidiu-se elaborar Códigos Modelo de Direito Processual Civil e Penal que servissem para orientar *reformas legislativas* nos países latino-americanos, com vistas a maior *integração e uniformização* das regras existentes na região. A idéia era formar uma referência padronizada e considerada internacionalmente moderna, a fim de que cada país pudesse adaptar tais propostas à sua realidade nacional.

Tais Códigos Modelos foram aprovados nas jornadas realizadas, no Rio de Janeiro, em 1988. Já em 1989, a estruturas e as instituições previstas no Código Modelo de Direito Processual Civil foram adotadas no Código General del Proceso de Uruguay. No ano seguinte, modificam-se os Códigos de Processos Civis da Costa Rica e da Colômbia também seguindo soluções apontadas no Código Modelo⁷⁰. No Brasil, várias reformas legislativas, como a da introdução da audiência preliminar do artigo 331 do CPC, foram também inspiradas no Código Modelo.

A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos foi sugestão do jurista brasileiro Antônio Gidi, durante o VII Seminário Internacional, co-organizado pela Centro di Studi Giuridici Latino Americani, da Università degli Studi di Roma-Tor Vergata, pelo Istituto Ítalo-Latino Americano e pela Associazione di Studi Sociali Latino-Americani, em

sido vetado formalmente pelo Presidente da República, ainda permanece válido na legislação brasileira” (REsp. 213.947-MA – 4ª T. – rel. Min. Barros Monteiro – j. 28.05.2002 – pub. DJU 16.09.2002, pág. 195).



maio de 2002, em Roma⁷¹. Nesta oportunidade, o Instituto Ibero-americano de Direito Processual constituiu Comissão formada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antônio Gidi, com o intuito de elaborar uma Anteprojeto de Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América.

Em outubro de 2002, durante as Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Montevideu, a proposta, elaborada pelos processualistas brasileiros, foi transformada em Anteprojeto.

Entre os dias 22 a 26 de setembro de 2003, durante jornada realizada na Cidade do México, foram feitas várias sugestões ao Anteprojeto, tendo sido submetido a uma Comissão Revisora formada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes, Aníbal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia. A redação definitiva foi revista pelo Professor uruguaio Angel Landoni Sosa e foi então aprovado, em setembro de 2004, na jornada ocorrida em Caracas.

O Código Modelo, na sua origem, sofreu influência direta no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, embora tenha sido ainda mais ambicioso, pois, indo além das relações de consumo, pretende formatar um novo modelo legislativo para todo o processo coletivo, desvinculando-o das regras tradicionais dos Códigos de Processo Civil, de matriz individual, bem como de estatutos específicos como o do consumidor.

A Proposta do Código Modelo está estruturada em sete capítulos: I – Disposições gerais; II – Dos provimentos jurisdicionais; III – Dos processos coletivos em geral; IV – Da ação coletiva reparatória dos danos individualmente sofridos; V – Da conexão, da litispendência e da coisa julgada; VI – Da ação coletiva passiva; VII – Das disposições finais.

Inúmeras são as inovações trazidas pelo Código Modelo, em relação à legislação brasileira, destacando-se, dentre outras, as seguintes:

⁷⁰ Cfr. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia-antecedentes-exposicion de motivos*. 3ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1999. Pág. 7.

⁷¹ Cfr. Exposição de Motivos do Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.



a) *Legitimidade ativa ad causam*: o Código Modelo amplia o rol dos legitimados ativos, alargando o *acesso à justiça coletiva*, para admitir, inclusive, que o indivíduo, pessoa natural, ajuíze a ação coletiva.

Contudo, a ampliação da legitimação ativa veio acompanhada de *requisitos específicos* para a propositura da demanda coletiva, visando a um controle, no caso concreto, da *seriedade, viabilidade e importância* da demanda coletiva.

Para as demandas coletivas em geral, exige-se a *representatividade adequada* do legitimado e a *relevância social* da tutela coletiva. Quanto à tutela dos interesses individuais homogêneos, é necessário auferir a *predominância* das questões comuns sobre as individuais e da *utilidade* da tutela coletiva no caso específico.

A preocupação com a *representatividade adequada* deriva da construção do direito norte-americano, onde a *adequacy of representation* é um pressuposto de admissibilidade de toda *class action*. Cuida-se de uma forma de controle judicial das qualidades do autor da ação civil pública, visando evitar que, pela propositura dessa ação por pessoa desqualificada, o bem jurídico coletivo não seja tutelado adequadamente, já que a coisa julgada – salvo na improcedência por falta de provas – é *erga omnes* ou *ultra partes*.

Mais do que esta explicação processual, a *representatividade adequada* tem preocupações *democráticas*. Quando grupos ou instituições sociais – associações civis, Ministério Público etc – atuam, em nome do cidadão, a participação deste se dá de forma *indireta*, devendo aquelas instituições bem representar o conjunto dos anseios populacionais na proteção do meio ambiente, patrimônio público, consumidor etc, enfim, do bem jurídico coletivo, objeto de tutela.

Como o termo *representatividade adequada* é um conceito jurídico indeterminado, o Código Modelo procurou trazer alguns critérios para que o juiz examine tal representação, em relação ao representante e ao advogado, como (art. 2º, par. 2º): i) a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; ii) o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses de grupo; iii) a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; iv) a coincidência entre os interesses dos membros



do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; v) o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

Da forma como o dispositivo está redigido, os critérios de controle da representatividade adequada, pelo juiz, são *exemplificativos*. No entanto, os poderes do juiz devem ser adequadamente utilizados, sob pena de se criarem *exigências personalíssimas* que tornem difícil ou impossível a propositura da ação coletiva, por determinado legitimado, ou, o que seria ainda mais grave, a formação de uma *corrente jurisprudencial* que, legitimando tais atuações judiciais, reduzisse significativamente o acesso à justiça coletiva, valendo-se, por exemplo, de argumentos genéricos como o da existência de um acúmulo de demandas que emperram o funcionamento do Poder Judiciário⁷².

Já o exame da *relevância social* levará em consideração a natureza do bem jurídico, as características da lesão e o número de pessoas atingidas.

Ainda, no que concerne à tutela dos interesses individuais homogêneos, a exemplo do que ocorre nas *class actions* do direito norte-americano (de plena aplicação à ação civil pública reparatória dos danos individualmente sofridos⁷³), o Código Modelo exige, ainda, que exista a *predominância* das questões comuns sobre as individuais e da *utilidade* da tutela dos interesses individuais homogêneos, no caso específico⁷⁴. Estes requisitos devem ser

⁷² Cfr. Álvaro Luiz Valery Mirra. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representação adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 55.

⁷³ A referida ação está regulamentada nos artigos 91 a 100 do CDC, também denominada de “ação de classe brasileira”, foi inspirada nas *class actions for damages do direito norte-americano* (rule 23 da Federal Rule of Civil Procedure de 1966), da onde se importam os requisitos da *preponderância* e da *utilidade*.

⁷⁴ Exemplos retirados da jurisprudência norte-americana: 1) *Caso Cimino* (Claude Cimino *et alii* v. Raymark Industries Inc. *et alii*; j. 21.09.1998): objetivando a reparação de danos provocados pelo asbesto, produto causador de uma série de enfermidades como mesotelioma, câncer de pulmão, asbestose, enfermidades da pleura. Entendeu-se que as questões individuais predominavam sobre as comuns, porque as conseqüências variavam de acordo com cada litigante (tempo de exposição, intensidade do produto, enfermidade causada etc). O argumento contra a utilidade foi os problemas que surgiam quanto à eficiência e à justiça da decisão, por haver uma quantidade demasiada de questões não comuns e um número tão elevado de membros da classe, constituindo obstáculo à ação de classe; 2) *Caso Castano* (Dianne Castano *et alii* v. The American Tobacco Company *et alii*; j. 23.05.1996): referente à reparação dos danos provocados pela dependência da nicotina, com base nas alegadas falta de informação fraudulenta a respeito da dependência e manipulação para aumentar o nível desta. Quanto à prevalência, o Tribunal assentou que, após o processo coletivo, a causalidade ainda deveria ser demonstrada em processos individuais. A questão comum era apenas uma parte menor do julgamento. Quanto à utilidade, a causalidade individual se sobreponha sobre questões comuns. O tratamento coletivo poderia levar a pressões insuportáveis, qualificadas como “chantagem judicial”, incidindo sobre um inteiro setor produtivo. Cfr. Ada Pellegrini Grinover. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 27-9.



verificados, pelo juiz, quando do juízo de admissibilidade da demanda, a fim de preservar a *efetividade* do processo.

A análise da *representatividade adequada*, da *relevância social* da tutela coletiva e da *predominância* das questões comuns sobre as individuais e da *utilidade* da tutela dos interesses individuais homogêneos *modifica radicalmente* os mecanismos de controle existentes na LACP.

Nela, permite-se, ao magistrado, no máximo, verificar o *tempo de existência da associação*, quando esta for autora, se constituída a menos de um ano, além de se estão incluídos entre suas *finalidades institucionais a proteção do interesse transindividual ou individual homogêneo* (art. 5º, inc. I e II), podendo tais requisitos ser dispensados quando haja *manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano*, ou *pela relevância do bem jurídico a ser protegido* (art. 5º, par. 4º, LACP). Dois exemplos colhidos da jurisprudência do STJ: i) admitiu-se, no REsp. 294.021-PR, que a Associação Paranaense de Defesa do Consumidor (APADECO) tivesse legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública, para a defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores de combustíveis (gasolina e álcool), para a devolução do “empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis”, previsto no Dec.-lei 2.288/1986, ainda que a previsão estatutária fosse genérica⁷⁵; ii) reconhece, em caso envolvendo contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes, no que concerne a caderneta de poupança, a dispensa do requisito da pré-constituição, considerando o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e do bem jurídico a ser protegido⁷⁶.

Neste sistema atual, o juiz não pode exigir nada além do que impõe a lei. Limitar a atuação das associações civis por outros fundamentos não previstos em lei, seria criar obstáculos ao *direito amplo e incondicionado de ação*, previsto constitucionalmente (art.

⁷⁵ O artigo 2º. do Estatuto Social da APADECO previa: “A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – Apadeco – tem por finalidade essencial promover a defesa do consumidor, de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (Codecon) e legislação correlata, como também dos contribuintes e a quaisquer pessoas, relativamente aos danos causados ao meio ambiente, na forma da Lei de Ação Civil Pública e legislação vigente”.

⁷⁶ “Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano, de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos” (REsp. 106.888-PR – 2ª Seção – rel. Min. César Asfor Rocha – j. 28.03.2001 – pub. RSTJ, vol. 161, pág. 226).



5º, inc. XXXV, CF). Só a lei pode criar *condições para ação* ou requisitos para o seu processamento adequado. Por isto, a *representatividade adequada* ainda não existe no direito brasileiro, não sendo legítimo que o juiz limite o direito de ação com fundamento em critérios pessoais (p. ex., o reconhecimento prévio da associação civil pelo Poder Público, o número de seus associados, a sua atuação em processos anteriores, a sua vinculação territorial etc).

Tratou-se de uma *opção política* do legislador brasileiro, com o intuito de estimular a propositura das ações coletivas. Aliás, isto fica claro quando se constata que o Congresso Nacional, ao aprovar a LACP, refutou o projeto original do Deputado Federal Flávio Bierrenbach (Projeto de Lei 3.034/1984), o qual previa expressamente o controle da representatividade adequada pelo juiz (arts. 2º e 4º, *caput*)⁷⁷. Em contrapartida, a LACP exigiu a atuação obrigatória do Ministério Público, como *custos legis*, nas demandas que não ajuizou, além de assumir a sua titularidade no caso de desistência infundada ou abandono (arts. 5º, par. 1º e 3º, e 15) e, ainda, considerou que, havendo deficiência de provas, a coisa julgada poderia ser “relativizada”, com a repropositura da mesma ação (art. 16).

De qualquer modo, tanto nas situações hoje previstas em lei (*de lege lata*) quanto na proposta legislativa (*de lege ferenda*), o juiz precisa sempre motivar sua decisão, como, aliás, prevê o artigo 93, inc. IX, CF⁷⁸, estando sujeita ao posterior controle recursal.

O Código Modelo, ao introduzir outros critérios de controle da ação coletiva, visa buscar *repelir ações civis públicas inidôneas* para gerar provimentos jurisdicionais *efetivamente úteis*. A ausência de mecanismos de controle da representatividade adequada poderia conduzir a ausência de tutela adequada ao bem jurídico coletivo, ao descrédito das ações coletivas, à frustração dos consumidores em relação à justiça e ao desprestígio do Poder Judiciário.

⁷⁷ “Art. 2º No processo penal, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, com poderes previstos no Código de Processo Penal, a associação que, a critério do juiz, demonstre representatividade adequada, revelada por dados como: I – estar constituída há seis meses, nos termo da lei civil; II – incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos. Parágrafo único. Poderão as associações legitimadas intentar ação privada subsidiária da pública, se esta não for proposta no prazo legal. (...) Art. 4º A ação civil poderá ser proposta pelo Ministério Público ou por associação, nas condições do art. 2º desta lei. Poderá também ser proposta pela União, Estados e Municípios e, atendido o requisito do art. 2º, inciso II, desta lei, por suas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.(...)”..

⁷⁸ Tal regra é parcialmente mitigada pela jurisprudência: “O juiz, para atender à exigência de fundamentação do art. 93, IX, da C.F., não está obrigado a responder a todas as alegações suscitadas pelas partes, mas tão-



A ausência de *representação adequada*, contudo, não deve acarretar a extinção do processo sem julgamento de mérito, porque, tal como no caso de *desistência infundada ou abandono da causa por pessoa física ou associação legitimada* (art. 3º, par. 3º). Neste caso, o juiz deve intimar o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, para que, querendo, assumam a titularidade da demanda coletiva.

Contudo, importa considerar que não deve ser o Ministério Público o *demandante subsidiário* de todas as ações coletivas propostas sem representatividade adequada, mesmo porque, tratando-se de direitos ou interesses individuais homogêneos, sem *relevante interesse social*, não teria sido o *parquet* a instituição mais adequada para a propositura da ação civil pública. Assim, outro legitimado deve ser notificado, mas, de qualquer modo, se os interesses individuais prevalecerem sobre os comuns, faltará interesse processual (necessidade-adequação) na propositura da ação coletiva.

Enfim, somente não sendo encontrado legitimado adequado interessado para assumir a titularidade ativa da ação coletiva, o juiz extinguirá o processo coletivo sem julgamento de mérito (art. 3, par. 4º).

b) *Fixação do pedido e da causa de pedir*: o Código Modelo procurou *flexibilizar* as regras tradicionais, como a de que os pedidos devem ser interpretados restritivamente (art. 293/CPC). A proposta do Código-Tipo é que tanto o pedido quanto a causa de pedir sejam interpretados *extensivamente*. Tal proposta se insere no espírito do Código norteado pela interpretação *aberta e flexível*, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos que trata, conforme expressamente prevê o seu artigo 39.

Em outras palavras, o pedido na ação civil pública é o da proteção do bem jurídico coletivo ou do interesse coletivo *lato sensu*. Nenhum rigor formal (*formalismo*) deve ser obstáculo para tutela integral do meio ambiente, do patrimônio público, da moralidade administrativa, dos deficientes físicos, dos idosos, da defesa (coletiva) do consumidor, das crianças e dos adolescentes, da saúde pública, dos direitos das minorias étnicas etc.

somente àquelas que julgar necessárias para fundamentar sua decisão” (STF – AI 417.161-AgR-SC – 2ª T. – rel. Min. Carlos Velloso – j. 17.12.2002 – pub. DJU 21.03.2003, pág. 61).



Assim, sem haver limitações temporais (como ocorre com o artigo 294/CPC), o juiz, ouvidas as partes, permitirá a emenda da petição inicial, para *alterar* ou *ampliar* o objeto do processo (pedido) ou a causa de pedir (art. 10, par. 1º).

Aliás, o Código Modelo foi ainda mais arrojado e possibilitou, ainda, a alteração do objeto *a qualquer tempo e grau de jurisdição*, desde que realizada de boa-fé, não represente *prejuízo injusto* para a parte contrária e o contraditório seja preservado (art. 10, par. 2º).

Por exemplo, quando se propõe ação inibitória, por que se teme que determinado produto vai ser colocado no mercado com *risco* de prejuízo à saúde pública (p. ex., colocação à venda de alface com comprovado excesso de agrotóxicos ou de carne bovina, importada da Europa, com suspeita de contaminação pelo “mal da vaca louca”) e, no curso do processo, verifica-se que tal produto já foi posto no mercado, exigindo que o autor altere o pedido inicial para pleitear a *remoção do ilícito* ao invés da tutela inibitória⁷⁹.

Por outro lado, o juiz poderá *separar* os pedidos e as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar *economia processual* ou *facilitar a duração do processo coletivo* (art. 11, par. 5º, inc. II).

Neste sentido, o Código Modelo previu, expressamente, a possibilidade do juiz julgar, desde logo, um dos pedidos, quando não houver necessidade de produção de prova, prosseguindo-se o processo, em relação aos demais pedidos que dependem da realização da audiência de instrução e julgamento, fazendo-se a execução da parte antecipada em autos complementares (art. 13, par. ún.).

Deste modo, o Código Modelo contribuiu para a superação do princípio da *unidade* e da *unicidade* de julgamento. Este princípio foi moldado por Giuseppe Chiovenda para um processo de cunho eminentemente *oral*, marcado pela concentração dos atos processuais, da imediatidade do juiz em relação às partes e da identidade física do juiz⁸⁰. O acúmulo de demandas somado a falta de estrutura do Poder Judiciário fizeram com que o

⁷⁹ Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. Pág. 296.

⁸⁰ Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Op. Cit.* Pág. 141-4.



processo civil brasileiro se desenvolvesse, essencialmente, por *escrito*, contribuindo para o fracasso do princípio da oralidade e aumentando a lentidão da prestação jurisdicional.

Com fundamento no *direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva*, então fundamentado no artigo 5º, inc. XXXV, da CF, o legislador brasileiro inseriu, no artigo 273 do CPC, o parágrafo 6º, pelo qual “*a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*”.

Com efeito, o CPC passou a prever uma *nova espécie* de tutela antecipada, desvinculada do pressuposto da *urgência* (“*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*” – art. 273, inc. I, CPC) e calcada não em cognição sumária, mas em *exauriente*, na medida em que sobre o pedido ou a parcela do pedido *incontroversos* não há necessidade de produção de prova, sendo inócuo prosseguir o curso processual, em relação a eles, já que não há razão para observar o contraditório e a ampla defesa.

Exemplo de pedidos cumulados, quando um deles está *maduro* para julgamento, enquanto o outro demanda a produção da prova: ação inibitória, para fazer cessar o ato ilícito, cumulado com ressarcimento do dano pelo equivalente, quando para se julgar o primeiro pedido basta a prova documental e, para o segundo, faz-se necessário a realização da instrução probatória.

Ainda, com fundamento no direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional e no princípio da economia processual, que é um de seus corolários, o juiz poderá *separar* os pedidos e as causas de pedir em ações coletivas distintas. Assim, quando em um dos pólos da relação processual, existir um número muito grande de litigantes a tornar muito morosa a prestação jurisdicional, o magistrado deve proceder a divisão do grupo de litigantes em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo⁸¹. Esta compreensão do processo coletivo evitaria casos como o da ação civil pública, ajuizada em 1986, para combater a poluição da cidade de Cubatão-SP,

⁸¹ A proposta apresentada por Antonio Gidi era expressa neste sentido: “*O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo*” (art. 10.4, primeira parte). Cfr. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. *Revista de processo*, vol. 111, julho-setembro/2003. Pág. 199.



considerada a mais poluída do mundo, que, passados quase vinte anos, ainda não foi julgada, porque envolve vinte e quatro diferentes demandados⁸².

Enfim, tais disposições que permitem a flexibilização do pedido e da causa de pedir, além da mitigação do princípio da unidade e da unicidade do julgamento, propostas pelo Código Modelo, estão em consonância com o artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF (garantia da *razoável duração do processo*), introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004,⁸³ constituindo propostas concretas de melhor efetivação dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

c) *Litispêndência e conexão*: o conceito de litispêndência do Código de Processo Civil (art. 301, par. 2º, CPC), de que duas ações são idênticas quando possuem as mesmas partes, causa de pedir e pedido, sofre alterações no Código Modelo.

Para evitar que a chamada “guerra de liminares”, que gera insegurança jurídica e contribui para a inefetividade das ações coletivas, duas ações coletivas são idênticas quando recaiam sobre o *mesmo objeto*, ainda que ajuizadas por sujeitos legitimados e com causas de pedir diferentes (art. 30).

O referido conceito se aplica tanto à tutela dos interesses difusos quanto aos coletivos, uma vez que, em ambas as situações, o *objeto é indivisível*. Como a coisa julgada recairá sobre o dispositivo da decisão, que apreciará o objeto do processo, e terá eficácia *erga omnes* pouco importa quem ajuizou a ação, podendo o co-legitimado para propositura da ação coletiva, quando já ajuizada (art. 263/CPC), deduzir seus argumentos na qualidade de *litisconsorte*, caso o seu ingresso se dê antes da citação, ou na qualidade de *assistente litisconsorcial*, se comparecer aos autos após a citação. Desta forma, não se nega ao co-legitimado à possibilidade de *participar* do processo, deduzindo seus argumentos e contribuindo para o êxito da demanda⁸⁴.

⁸² Cfr. *RT informa*, vol. 37, maio-junho/2005, pág. 5.

⁸³ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade da sua tramitação”. Cfr. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. *Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

⁸⁴ Em sentido contrário, Pedro da Silva Dinamarco, vinculando-se ao conceito puro do instituto (moldado para os processos individuais), argumenta que não há litispêndência entre as ações coletivas, por que isto implicaria a negativa do direito de ação do co-legitimado: “*Sendo as demandas coletivas, de qualquer espécie, ajuizadas por autores diferentes (p. ex., uma ação pelo Ministério Público e outra por uma associação), o reconhecimento de litispêndência significaria excluir a legitimidade de alguém que a lei ou a Constituição disseram ser parte*”.



Também pouco importa qual o *nome* da ação coletiva proposta. Logo, tendo sido proposta posteriormente à ação civil pública um mandado de segurança coletivo ou uma ação popular, com o mesmo pedido, pode restar caracterizada a litispendência.

A noção de litispendência, desconsiderando os sujeitos, todavia, não se aplica à tutela dos direitos individuais homogêneos, quando os autores das ações individuais não requerem a suspensão de suas demandas, no prazo de trinta dias a contar da ciência da ação coletiva (art. 31), como já reconhece a regra do artigo 104 do CDC. Isto porque os direitos individuais homogêneos são, como se auto-determinam, *individuais*, mas, por terem origem comum (p. ex., produtos viciados fabricados pela mesma empresa) podem ser protegidos mais facilmente pelos mecanismos do processo coletivo, embora não se retire o *interesse processual* do indivíduo buscar, mediante demanda própria, a sua proteção judicial⁸⁵.

Por outro lado, também com o propósito de racionalizar e dar maior celeridade à tutela dos bens jurídicos coletivos, sendo duas ações coletivas *conexas*, em razão de seu objeto ou da sua causa de pedir, a segunda ação deve ser distribuída por *dependência*, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a reunião de todos os processos.

Importante considerar que, para se chegar a possibilidade de admitir a conexão, deve ser retirado do artigo 2º, *caput*, da LACP a expressão “competência funcional”, já que isto inviabiliza a conexão que é uma forma de modificação da competência relativa⁸⁶.

legítima para o ajuizamento. Ora, não há razão sistemática para se afirmar que apenas o legitimado que primeiro ajuizar a ação coletiva teria a possibilidade de defender os interesses da sociedade, excluindo automaticamente todos os demais! Essa interpretação pode até mesmo se tornar inconstitucional, por violação ao direito de ação coletivo, contido nos arts. 5º, XXXV, LXX e KXXIII, e 129, III, da CF, que garantem o acesso à justiça e outorgam legitimidade extraordinária para as pessoas lá especificadas, a fim de defender certos interesses metaindividuais” (Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 514).

⁸⁵ “Processual – Ação civil pública – Correção monetária – FGTS – Litispendência – Ações individuais – Inexistência. Não há litispendência entre ação civil pública e as ações individuais. Mesmo já ajuizada a ação civil pública e concedida a liminar autorizando a correção monetária dos depósitos do FGTS, continua a existir legítimo interesse processual dos autores. Recurso improvido” (STJ – REsp. 192.322-SP – 1ª T. – rel. Min. Garcia Vieira – j. 04.02.1999 – pub. DJ 29.03.1999, pág. 104).

⁸⁶ Sob o argumento de que a competência funcional era absoluta, o TJ/PR, afastou a possibilidade da reunião de ações conexas: “A competência para processamento da ação civil pública é de natureza funcional (art. 2º, da Lei 7.347/85) e, portanto, absoluta e improrrogável. Não se admite, assim, a reunião com outras ações propostas em Comarcas diferentes, mesmo que sejam conexas” (Ap. Cív. 53.365-3 – 1ª C.C. – rel. Des. Munir Karam – Ac. 14.998 – pub. DJPR 01.06.1998, pág. 5153).



d) *Competência*: o Código Modelo não repete a expressão *competência funcional* do artigo 2º, *caput*, da LACP. A intenção da LACP, ao prever esta expressão, era indicar que, *no foro do local onde ocorreu o dano*, haveria melhores condições de se buscar provas para a tutela coletiva, além do que a resposta jurisdicional se daria no próprio lugar em que sentiu os efeitos danosos, aumentando a credibilidade na Justiça.

Esta intenção não está repelida no Código Modelo, excluindo-se, portanto, a possibilidade das partes modificarem a competência por vontade própria. Aliás, a exemplo do que ocorre na parte final do artigo 95 do CPC, tal advertência deveria constar expressamente do Código⁸⁷.

Com efeito, o mais importante de se retirar a expressão “competência funcional”, no Código Modelo, é evitar se impedir a conexão, como pode parecer à luz do artigo 2º da LACP, para possibilitar maior celeridade e uniformidade à prestação jurisdicional coletiva.

Ademais, o Código Modelo, diferentemente da LACP e a exemplo do artigo 93 do CDC, explicita que, se os danos forem de âmbito regional ou nacional, o foro competente é o da Capital (no Brasil, do Estado ou do Distrito Federal)⁸⁸, já que os prejuízos não se concentram em um único lugar.

Outra inovação trazida pelo Código Modelo foi o resgate do parágrafo único do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, permitindo que a liquidação dos danos da *sentença genérica*, obtida em ação para defesa de interesses individuais homogêneos, seja ajuizada no *foro do domicílio do liquidante*. Tal dispositivo havia sido vetado pelo Presidente da República, em relação ao CDC, por entender que retirava de uma das partes a “certeza

⁸⁷ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira. A expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei de Ação Civil Pública. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 254.

⁸⁸ Conforme já julgou o STJ, o Distrito Federal não é o único foro competente para julgar os danos de âmbito nacional: “*Conflito de competência. Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor. 1. Interpretando o art. 93, II, do CDC, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e o Distrito Federal, em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do 1º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito*” (CC 17.533 – 2ª Seção – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – pub. DJU 30.10.2000, pág. 120). Tratando-se de competências territoriais concorrentes, o foro competente se resolve pela *prevenção*, como bem dispõe o artigo 2º, parágrafo único, da LACP.



quanto ao foro de execução”, rompendo o princípio da vinculação entre os processos de conhecimento e de execução. O veto, destarte, mostrou total desconhecimento da natureza do processo de liquidação de sentença, bem como ser contrário à efetividade dos direitos individuais homogêneos, dificultando o acesso à justiça⁸⁹.

e) *Tutela antecipada*: seguiu-se, a rigor, os moldes do artigo 273 do CPC brasileiro, alterando apenas a expressão “prova inequívoca”, por “prova consistente”, uma vez que aquela expressão denota um juízo de certeza, próprio da cognição exauriente, em discrepância com a probabilidade inerente aos provimentos de urgência, fundados em cognição sumária⁹⁰.

Ainda, com o intuito de promover a efetividade da tutela jurisdicional, também se admite, nos moldes do artigo 11, par. 5º, inc. II (acima), o *fracionamento* do objeto do processo. Assim, se não houver controvérsia sobre a parte antecipada da decisão liminar, ela transita em julgado, prosseguindo-se o processo somente em relação à parcela do pedido ou a outros pedidos que demandem a instrução probatória (art. 5º, par. 5º).

Como acima se referiu, o Código Modelo, seguindo os moldes do artigo 273, par. 6º, do CPC, criou uma *nova espécie* de tutela antecipada, baseada em cognição exauriente.

f) *Conversão de ações individuais em coletivas*: se o juiz tiver conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento (p. ex., expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança; conflitos envolvendo inúmeros aposentados pedindo equivalência com os

⁸⁹ Cfr. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 147-8.

⁹⁰ Cfr. Eduardo Cambi. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. Pág. 64-6. Conforme a jurisprudência do TJ/PR: “1. Conciliando as contraditórias expressões ‘**prova inequívoca**’ e ‘**verossimilhança da alegação**’, contidas na regra do artigo 273 do C.P.Civil, para a concessão da antecipação dos efeitos da sentença de mérito (tutela antecipatória), é necessário que fique caracterizada a probabilidade (**probator inferior**) do direito alegado pelo autor. 2. Havendo dúvidas quanto a probabilidade do direito alegado, máxime quando a parte contrária ainda não teve a oportunidade para integrar a relação jurídica processual, é conveniente que o juiz dê prosseguimento ao procedimento legal, efetivando o contraditório, pela citação do réu, a fim de que possam ser trazidos novos elementos aos autos, para que o juiz possa formar, a partir desta cognição sumária, razoável compreensão sobre a **res in judicio deducta**” (Agravo de Instrumento n. 76.917-5 - 6º C. C. - Ac. n. 3539 - Rel. Des. Accácio Cambi – unân. - j. 19.5.99.).



rendimentos com os servidores públicos na ativa etc)⁹¹, com o intuito de evitar centenas e milhares de processos individuais instaurados, sem que as ações coletivas cumpram o seu papel, deverá notificar o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva (art. 31).

Se a ação coletiva for julgada *procedente*, como a coisa julgada é *erga omnes*, seus efeitos se estendem àqueles que não propuseram à ação. Logo, o título executivo (sentença genérica) pode ser executado por qualquer pessoa beneficiada, mesmo que não pertença à entidade associativa que ajuizou a demanda coletiva⁹².

Os individuais não ficam impedidos de ajuizarem ações próprias, mas se não requererem a suspensão de suas demandas no prazo de 30 (trinta) dias, da ciência efetiva da ação coletiva, não se beneficiarão dos efeitos da coisa julgada coletiva.

Ademais, caso tenham requerido a suspensão das ações individuais e a ação coletiva tiver sido julgada *improcedente*, os efeitos da coisa julgada não se estendem às ações individuais, porque o artigo 33, par. 2º, do Código Modelo - em moldes *mais amplos* que os contidos no artigo 103, inc. III e par. 2º, do CDC (este dispositivo impede à propositura da ação individual por aquele que interveio como litisconsorte no processo coletivo) - só permite a referida extensão quando for para beneficiar aqueles que demandaram por danos individualmente sofridos. Afinal, quando *suspendeu* a sua demanda individual, até o julgamento do processo coletivo, *não desistiu* da ação.

Contudo, a opção legislativa pela desistência da ação individual, ajuizada antes da demanda coletiva, desde que resguardados amplos direitos de participação processual (aplicação análoga do regime jurídico do *litisconsórcio unitário*, pelo qual os atos benéficos praticados por um dos litisconsortes a todos aproveita; já os atos prejudiciais devem ser

⁹¹ Cfr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. O anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. *Revista de processo*, vol. 117, setembro-outubro/2004, pág. 122-3.

⁹² Nesse sentido, vale mencionar a seguinte decisão do STJ: “Porquanto a sentença proferida na ação civil pública estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15/6/87 e 15/1/89, a eles devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada, e não somente aos poupadores vinculados à associação proponente da ação” (AgRg no REsp. 653.510-PR – 3ª T. – rel. Mina. Fátima Andrighi – j. 28.10.2004 – pub. DJU 13.12.2004, pág. 359).



confirmados por todos)⁹³ poderia ser conveniente, na medida em que se evitaria a enxurrada de ações individuais para questionar a mesma questão decidida na ação coletiva e, o que é ainda pior, a *insegurança jurídica* a ser gerada pela possibilidade de *decisões contraditórias* sobre o mesmo assunto.

Por outro lado, se centenas ou milhares de indivíduos viessem a intervir, como poderes idênticos ao do substituto processual, além do tumulto processual, desnecessária seria a preocupação com a *representatividade adequada*.

g) *Audiência preliminar*: insiste-se nas formas alternativas de resolução da controvérsia, como a mediação, a arbitragem ou a avaliação neutra de terceiro (art. 11, par. 1º).

Nesta última hipótese, um terceiro, diverso dos sujeitos processuais (demandante-juiz-demandado) orientará as partes na tentativa amigável do conflito. Desta tentativa, não tomará parte o magistrado. Aliás, o artigo 11, par. 2º, do Código Modelo afirma que ela deve ser *sigilosa*, mas ressalta que ela não vincula as partes, tendo a finalidade exclusiva de buscar a *orientação* das partes. Entretanto, o Código não define quem pode exercer tal atribuição e, não obstante magistrado não participe desta tentativa de solução consensual da controvérsia, legislação complementar deve prever os requisitos para o referido exercício que devem passar pelo controle do juiz.

Ademais, o Código Modelo esclarece que, nas transações (como nos compromissos de ajustamento de conduta), deve ser preservada a *indisponibilidade* do bem jurídico coletivo, podendo-se transigir apenas quanto ao *modo* (tempo, lugar etc) de cumprimento da obrigação. Caso as condições impostas ao cumprimento das condições ajustadas, no termo de compromisso, colidirem com o *princípio da razoabilidade* (devido processo legal em sentido substantivo), não tutelando adequadamente o bem coletivo, deverão ser consideradas ilegítimas e comprometerão a validade da transação⁹⁴. Por exemplo, colidiria com o princípio da razoabilidade, comprometendo a validade da transação, se, em situação de pesca predatória da lagosta, impusesse ao infrator a reparação mediante à doação de cestas

⁹³ Cfr. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001. Pág. 453.



básicas, ao invés a cessação da atividade lesiva e com a criação da espécie em cativo. Neste caso, qualquer co-legitimado para a propositura da ação civil pública poderia demandar em juízo, demonstrando a lesividade ao bem jurídico coletivo e pedindo a nulidade do compromisso de ajustamento de conduta ou a sua eventual complementação, por falta de *reparação integral do dano ambiental*.

Questão que pode surgir, no direito brasileiro, é quanto à obrigatoriedade ou não da referida audiência preliminar, uma vez que o parágrafo 3º, introduzido ao artigo 331 do CPC, pela Lei 10.444/2002, permite que o juiz deixe de realizar essa audiência quando o *direito em litígio não admitir transação* ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a sua obtenção. Deve-se ter presente que o simples fato do bem ser indisponível não impede a transação⁹⁵, pois, se assim fosse, nenhum bem coletivo se submeteria à possibilidade de compromisso de ajuste de conduta. Assim, na medida do possível, as soluções consensuais devem ser estimuladas, para a melhor efetividade dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, podendo, nas audiências preliminares, buscar a extinção do processo pela realização do referido compromisso de ajustamento de conduta.

Aliás, insistir na realização desta audiência preliminar significa buscar a pacificação social (por intermédio da conciliação), o saneamento do processo e a organização da atividade probatória. Este último aspecto, conforme será analisado no ponto seguinte, assume grande relevância no Código Modelo que despreza os critérios tradicionais da distribuição do ônus da prova.

h) *Provas*: o Código Modelo inova, em matéria probatória, em três aspectos fundamentais:

i) Adotando a *moderna teoria da carga dinâmica da prova*, distribuindo o ônus da prova não com base na regra tradicional do artigo 333 do CPC (fatos constitutivos, para o

⁹⁴ Cfr. Fernando Grella Vieira. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. Cit. Pág. 281.

⁹⁵ Cfr. Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 116, 120 e 123-7; Athos Gusmão Carneiro. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pág. 105; Nelson Nery Jr. Audiência preliminar e saneamento do processo. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. Pág. 339-40; Nelson Nery Jr. *Atualidades sobre o processo civil. A reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996. Pág. 109-110; Luiz Rodrigues Wambier. A nova audiência preliminar (art. 331 do CPC). *Revista de processo*, vol. 80. Pág. 31 e 35.



demandante; demais fatos, para o demandado) nem com base na técnica adotada no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, pelo qual cabe ao juiz, após verificar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, inverter o ônus da prova.

Ambos os sistemas não tutelam adequadamente o bem jurídico coletivo. A distribuição do ônus da prova conforme a *posição da parte em juízo* e quanto à *espécie do fato* do artigo 333 do CPC está muito mais preocupada com a decisão judicial – aliás, com qualquer decisão (já que se veda o *non liquet*; art. 126/CPC) – do que com a *tutela* do direito lesado ou ameaçado de lesão. Assim, se o demandante não demonstrou o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com a *dificuldade* ou a *impossibilidade* da parte ou do fato serem demonstrados em juízo. Esta distribuição *diabólica* do ônus da prova, por si só, poderia inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados.

Para romper com esta lógica perversa, o CDC conferiu poderes ao juiz para, ao considerar o caso concreto, pudesse, dentro dos critérios legais (da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor), inverter o ônus da prova.

Com o escopo de se buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, no Código Modelo, o ônus da prova incumbe à parte que *detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas* sobre os fatos, ou *maior facilidade na sua demonstração*, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova.

Assim, a *facilitação da prova* para a tutela do bem jurídico coletivo se dá por força da lei (*ope legis*), não exigindo a prévia apreciação do magistrado (*ope iudicis*) de critérios pré-estabelecidos de *inversão* do *onus probandi*, como se dá no artigo 6º, inc. VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor), bem como não restringe esta técnica processual às relações de consumo.

Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma *inversão*, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica que se dá no *caso concreto*. O magistrado continua sendo o *gestor da prova*, agora com *poderes* ainda maiores, porquanto,



ao invés de partir do modelo clássico (art. 333/CPC) para inverter o *onus probandi* (art. 6º, inc. VIII, CDC), cabe verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes.

Desta forma, o Código Modelo revoluciona o tratamento da prova, uma vez que rompe com a *prévia e abstracta* distribuição do ônus da prova, ignorando, por completo, a questão da *posição da parte em juízo* e da *espécie do fato controvertido*.

Assim, o Código reforça o *senso comum* e as *máximas da experiência* ao reconhecer que quem deve provar é quem está em *melhores condições* de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia⁹⁶.

Portanto, a distribuição do ônus (ou da carga) da prova se dá de forma *dinâmica*, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes)⁹⁷.

A facilidade da demonstração da prova, em razão desses argumentos de ordem técnica, promove, adequadamente, a *isonomia* entre as partes (art. 125, inc. I, CPC), bem

⁹⁶ Cfr. Michele Taruffo. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*. In: *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002. Pág. 121-155.

⁹⁷ A distribuição dinâmica do ônus da prova, no direito brasileiro, tem sido acolhida pela jurisprudência e pela doutrina em matéria de responsabilidade civil do médico e com relação aos contratos bancários, apesar da inexistência de regra expressa. Neste sentido, vale mencionar os seguintes precedentes jurisprudenciais: i) “*Responsabilidade civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resulto a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido*” (STJ - REsp. 69.309-SC – 4ª T. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – j. 18.06.1996 – pub. DJU 26.06.1996, pág. 29.6888); ii) “*Negócio jurídico bancário. Ação de revisão de contrato. Juntada dos contratos celebrados entre as partes. Ônus da prova. Distribuição dinâmica da carga probatória. Deixando, o autor, de trazer aos autos o contrato objeto da ação revisional, e postulando seja determinado à instituição financeira o forneça, pode, o decisor, assim ordenar, distribuindo o ônus da prova de modo a viabilizar o exame do pedido. Aplicabilidade, in casu, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus da prova aquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isto mesmo, em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova*” (TJ/RS – AI 70011691219 - 7ª Câmara Cível – rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol – j. 20.05.2005). Na doutrina pátria, conferir, entre outros: Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *Revista jurídica*, vol. 280, fevereiro/2001, pág. 5-20; Hildegard Taggessell Giostri. *Responsabilidade médica*. Curitiba: Juruá, 2002. Pág. 188-196; Miguel Kfourri Neto. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002. Pág. 137-157.



como ressalta o princípio da *solidariedade*, presente, no sistema processual, no dever dos litigantes contribuírem com a *descoberta da verdade* (arts. 14, inc. I, e 339 do CPC), na própria exigência da *litigância de boa-fé* (p. ex., arts. 17, 129 e 273, inc. II, do CPC) e no dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça (arts. 125, inc. III, e 600 do CPC).

Aliás, esta preocupação com a *colaboração* processual, deve estar presente durante todo o processo, não devendo ser utilizada pelo magistrado, somente na fase decisória (arts. 130 e 263 do CPC). Quer com isto evitar *decisões surpresas*, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, forçando com que o juiz se preocupe com a distribuição carga probatória a partir da defesa do demandado. Logo, a *organização da atividade probatória* (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada na *audiência preliminar* (arts. 331/CPC e art. 11 do Cód. Mod.) ou, na sua ausência, em *decisão ordinatória* (“saneadora”), anterior à fase instrutória. Seria um grande equívoco introduzir a distribuição dinâmica da carga probatória, com base no princípio da solidariedade, mas, tal como faz grande parte da doutrina brasileira em relação a inversão do ônus da prova do artigo 6º, inc. VIII, do CDC, percebê-lo como um *critério de julgamento*, a ser considerado pelo juiz somente no momento de sentenciar. Neste caso, a distribuição deixaria de ser solidária na medida em que daria ensejo às *decisões surpresas*: a facilidade na produção da prova deve ser reconhecida antes da decisão para que a parte onerada tenha amplas condições de provar os fatos controvertidos, evitando que, a pretexto de tutelar o bem jurídico coletivo, retirem-se todas as oportunidades de defesa.

A distribuição dinâmica da carga probatória não deve ser *arbitrária* nem servir para *prejulgar a causa*, repassando a dificuldade do demandante para o demandado, quando este não está em melhores condições de provar. A *liberdade* do magistrado deve ser atrelada sempre à *responsabilidade*. Logo, a decisão, que distribui a carga da prova, deve ser motivada, levando em consideração fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, que a distribuição dinâmica do *onus*



probandi amplia os poderes do juiz, tornando-o um *intérprete ativo e criativo*, um *problem solver* e *policy-maker*, além de assumir, frequentemente, o papel de um *law-maker*⁹⁸.

A carga (ou o ônus) da prova, assim distribuída, por consolidar uma *visão amplamente solidarista* do *onus probandi*, supera a visão individualista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos.

Conseqüentemente, evita-se que, por ser muito difícil para o demandante demonstrar a licitude ou a não lesividade do comportamento do demandado (*maior dificuldade na produção da prova*), mantenha-se a situação como está (*status quo*), em prejuízo da proteção dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sem que retirar do suposto causador da ilicitude ou dos danos as amplas oportunidades de provar o contrário.

ii) O Código Modelo inova ao se referir ao *custo da prova*, afirmando que, quando o ônus da prova não puder ser cumprido, por razões de ordem econômica ou técnica, o juiz poderá requisitar perícias à *entidade pública*, cujo objetivo estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Todavia, se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar a sua realização, a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais *Homogêneos*. O objetivo desta regra é incentivar a propositura das demandas coletivas pela própria sociedade civil ou por pessoas físicas, com representatividade adequada, mas com situação financeira precária.

Infelizmente, o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo (a seguir analisado) não reproduziu esta regra, se limitando, laconicamente, a afirmar que o juiz poderá determinar provas de ofício (art. 11, par. 3º). Neste ponto, o Anteprojeto precisa ser

⁹⁸ “Come sul piano dell’interpretazione e applicazione del diritto il giudice assume un ruolo sempre più creativo dei **problem-solver** e di **policy-maker**, e sempre più spesso di **law-maker**, così sul piano extragiuridico egli non può che definirsi come **interprete attivo** della cultura, della coscienza sociale, dei principi e dei valori del suo tempo. Naturalmente ciò non significa recepire nozioni precostituite, ma analizzare problemi, compiere scelte, acquisire e metabolizzare conoscenze spesso incerte e complesse, verificar criticamente il fondamento e la validità epistemica delle nozioni e dei criteri di giudizio forniti dall’esperienza e del senso comune. Per essere un **buon interprete** il giudice deve dunque essere consapevole della frammentazione e della variabilità delle coordinate conoscitive e valutative che ormai sono i tratti dominanti della società attuale. La sua dote essenziale non deve essere una passiva ortodossia culturale, o la supina accettazione di ciò che viene ‘dal di fuori’ del mono conchiuso del diritto, ma l’assunzione di responsabilità per le proprie scelte nella consapevolezza che nulla è dato più **a priori**, e che anche la conoscenza del mondo è il risultato di un processo di apprendimento e



aperfeiçoado, sob pena de se perder a oportunidade de não só *estimular* a propositura das ações coletivas por representantes adequados da sociedade civil organizada, mas também destinar recursos financeiros para viabilizar a produção das provas imprescindíveis a tutela do bem jurídico coletivo, inibindo o ilícito e/ou reparando os danos.

iii) O Código Modelo também inova quanto a admissibilidade das *prova estatística* ou *por amostragem*, quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção. Por exemplo, seria difícil ou extremamente difícil recolher todos os medicamentos proscritos, de determinado fabricante, colocados no mercado, para se demonstrar que são nocivos a vida ou à saúde (art. 18, par. 6º, inc. II, CDC), devendo se fazer prova por amostragem.

i) *Incentivo financeiro ao ajuizamento da ação coletiva*: para estimular o acesso à justiça coletiva, quando o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, disseminando esta cultura processual, o juiz pode atribuir uma gratificação financeira ao representante e ao interveniente, cuja atuação foi relevante na condução e êxito da ação coletiva (art. 15, par. 2º).

Para isto, o magistrado deve levar em consideração a *participação* do legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua *adequada atuação*, entre outros fatores que demonstrem a utilidade da sua participação e a sua conduta exemplar⁹⁹.

j) *Ações coletivas passivas*: o Código Modelo inova ao prever, expressamente¹⁰⁰, a possibilidade de se ajuizar ações coletivas, para que se elimine um *estado de incerteza* quanto ao descumprimento de interesses transindividuais e individuais homogêneos, por parte de uma classe.

di interpretazione incerto, faticoso, complicato e mai veramente esaurito" (Michele Taruffo. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. Cit. Pág. 154).

⁹⁹ Cfr. Antônio Gidi. Op. Cit. Pág. 204.

¹⁰⁰ Ada Pellegrini Grinover afirma que a referida ação já está prevista em nosso ordenamento jurídico, por força dos artigos 5º, par. 2º, da LACP, 83 e 97 do CDC. Cfr. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – a Lei 7.347, de 24.07.1985. *Revista de Processo*, vol. 44. Pág 117.



Com efeito, a ação não é proposta pela classe, mas em face dela¹⁰¹, que passa a figurar no pólo passivo da relação processual. Tal situação decorre da chamada *defendant class action* do direito norte-americano (rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure).

São exemplos de ações civis públicas passivas: i) a ajuizada em face de uma associação de moradores de bairro que decidissem bloquear o acesso de automóveis a determinadas ruas; ii) a ajuizada, pelo Ministério Público, em face das torcidas organizadas, visando impedir o ingresso nos estádios de futebol; iii) a proposta, em face da Ordem dos Advogados do Brasil ou outra autarquia federal representativa de classe, por distribuir adesivos ofensivos a outras categorias profissionais¹⁰²; iv) a intentada em face de uma associação de pescadores a fim de evitar a pesca predatória ou a pesca em determinado período de reprodução das espécies.

A partir do reconhecimento da ação coletiva passiva, em algumas situações, quando se possa vislumbrar conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa (art. 315/CPC), é possível até admitir *reconvenção* em ação coletiva. Por exemplo, se uma determinada empresa de planos de saúde ajuíza ação coletiva passiva em face do IDEC (representante dos consumidores), visando à declaração de licitude de determinada cláusula padrão, poderia a associação-demandada, em pedido reconvenicional, objetivar a declaração de nulidade da referida cláusula¹⁰³.

O Código-Tipo afirma que tais demandas podem ser propostas em face de uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado. Em princípio, poder-se-ia excluir do pólo passivo o Ministério Público e os demais legitimados ativos, devendo aquele atuar como *custos legis*. Contudo, ao mencionar que “podem” e não “devem” ser propostas, em face daqueles legitimados, resta dúvida se os demais co-legitimados ativos podem também figurar no pólo passivo.

De qualquer modo, a coisa julgada passiva, tratando-se de interesses difusos, será *erga omnes*, atingindo os membros do grupo, categoria ou classe, já que a decisão versa sobre bens jurídicos de natureza *indivisível*.

¹⁰¹ Cfr. Exposição de Motivos do Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

¹⁰² Cfr. Ada Pellegrini Grinover. Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista forense*, vol. 98, n. 361, maio-junho/2002, pág. 6.



Todavia, cuidando-se de interesses individuais homogêneos, de natureza divisível, embora a coisa julgada seja *erga omnes*, os membros do grupo, categoria ou classe não ficam vinculados, podendo ajuizar ações individuais (art. 37).

Preserva-se, destarte, a regra que somente a sentença *favorável* à tutela dos direitos individuais homogêneos vinculam os membros da classe (arts. 33, par. 2º, e 103, inc. III, CDC).

Assim, no último exemplo citado, se for julgada procedente a ação ajuizada pela empresa de plano de saúde, declarando a licitude da cláusula, nada impede que o consumidor, individualmente, demande no sentido de ser a cláusula abusiva, posto que a autoridade da coisa julgada não lhe atinge¹⁰⁴.

Por outro lado, a sentença de improcedência da ação ajuizada pela empresa de plano de saúde e de procedência da reconvenção (declarando ilegal a cláusula), por ser favorável aos indivíduos, beneficia-os-á, inibindo a propositura de futuras ações individuais.

1) *Coisa julgada*: o Código Modelo, a exemplo do artigo 471, inc. I, do CPC, prevê que, nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificações no estado de fato ou de direito, a parte pode pedir a revisão do que foi instituído pela sentença (art. 34).

Assim, tratando-se, por exemplo, de uma situação de poluição ambiental em razão de acidente nuclear ou de venda de remédio nocivo à saúde cujos efeitos sejam conhecidos após o trânsito em julgado da decisão, alteradas as circunstâncias fáticas pelo *agravamento* ou pela *diminuição* dos efeitos deletérios na qualidade de vida da população ou aos consumidores atingidos, é possível modificar a condenação para incluir os demais prejuízos causados.

Tais decisões, portanto, estão gravadas com a cláusula *rebus sic stantibus*, admitindo, mesmo após o trânsito em julgado, que nova demanda seja proposta para, comprovados fatos novos (p.ex., agravamento ou diminuição das conseqüências do ilícito), que alteram o conteúdo do *decisium*, possibilitar a revisão do julgado.

¹⁰³ Cfr. Pedro Lenza. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 211.



m) *Prioridade no processamento*: quando haja manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico protegido, o juiz deve dar prioridade no processamento da ação coletiva (art. 16).

Muitas vezes a resolução de uma ação coletiva pode representar a solução do problema de centenas ou milhares de pessoas, evitando, com o julgamento deste processo, que outros surjam para resolver a mesma problemática.

Tal regra visa concretizar o princípio da economia processual. Além disto, quando o bem jurídico é de grande relevância (p. ex., improbidade administrativa cometida pelo prefeito municipal), a solução prioritária da ação coletiva visa dar resposta célere ao problema social, dando maior credibilidade à justiça.

5.2. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

O Código Modelo foi transformado, sob orientação dos Professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe e auxílio de seus alunos de pós-graduação na Universidade de São Paulo, em Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, que, baseados em institutos como o da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, coisa julgada, pretende a concretização de uma *legislação própria* para o processo coletivo, unificando as regras da ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo e ações populares¹⁰⁵.

O Anteprojeto, datado de janeiro de 2005, está estruturado em 7 (sete) Capítulos: I – Das ações coletivas; II – Da ação civil pública (Seção I – Disposições gerais; Seção II – Da ação civil pública para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos); III – Da ação coletiva passiva; IV – Do mandado de segurança coletivo; V – Do mandado de injunção coletivo; VI – Ações Populares; VII – Disposições Finais.

O Anteprojeto, se aprovado, resultará na *revogação* da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), do Título III do Código de Defesa do Consumidor (Da defesa do

¹⁰⁴ Idem. Pág. 211.

¹⁰⁵ Cfr. Ada Pellegrini Grinover. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 13-16.



consumidor em juízo), além de outras regras processuais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas Leis 4.717/65, 7.853/89, 9.404/97 e 10.741/2003.

Em complementação ao item anterior, vale ressaltar as seguintes inovações previstas nesse Anteprojeto, especialmente em relação à ação civil pública:

i) *Comunicação sobre processos repetitivos*: adiciona o Anteprojeto que se o juiz tiver conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, notificará o Ministério Público e os outros representantes adequados.

Caso o promotor de justiça não promova a ação coletiva no prazo de 90 (noventa) dias, o magistrado fará remessa de peças dos processos individuais para o Procurador-Geral que ajuizará a ação coletiva, designará outro promotor para fazê-lo ou insistirá, motivadamente, na não apresentação da demanda, informando o juiz (art. 8º).

Adota, *mutatis mutandis*, o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, em relação ao controle dos atos do promotor de justiça, pelo juiz, em relação ao inquérito policial.

Em casos duvidosos, como não houve investigações preliminares pelo Ministério Público, parece razoável entender que, antes da propositura da ação, seja possível a proceder à realização de inquérito civil, para que se colham outros e melhores elementos de prova.

Nesta hipótese, além do controle anterior do magistrado, será necessário proceder ao arquivamento do inquérito civil, caso agente ministerial não esteja convencido da propositura da ação coletiva.

Impor pura e simplesmente a atuação do Ministério Público representaria violação do princípio da *independência funcional* reconhecido no artigo 127, par. 1º, da CF. Logo, não há *obrigatoriedade absoluta* na propositura da ação civil pública ou, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, deve prevalecer a *obrigatoriedade temperada*, ou seja, o Ministério



Público tem o dever de agir quando identifica a hipótese de atuação (*justa causa*), mas tem a liberdade para apreciar se *ocorre hipótese* em que sua ação se torna obrigatória¹⁰⁶.

ii) *Motivação da sentença*: na sentença de improcedência, deverá o juiz explicitar se rejeita a demanda por *insuficiência de provas* (art. 12, par. ún.). Isto terá implicação nos efeitos da coisa julgada material (*secundum eventum probationis*), ficando clara a possibilidade de renovação da mesma ação com melhores provas.

No entanto, a incidência desta hipótese será reduzida, pois, caso aprovado o controle da *representatividade adequada*, nos moldes propostos pelo Anteprojeto, haverá um rigor, ainda maior, quanto a atuação do demandante no processo.

iii) *Coisa julgada*: o Anteprojeto inova em três pontos essenciais:

a) Fixa o *prazo decadencial* de dois anos, da descoberta da prova nova, para que qualquer legitimado, ainda que pelo mesmo fundamento, desconstitua a sentença que julgou improcedente a ação coletiva por falta de provas (art. 13, par. 1º).

Este dispositivo altera a tradicional disciplina da ação rescisória, prevista no artigo 495 do CPC, pelo qual o direito à sua propositura se extingue em 2 (dois) anos, *contados do trânsito em julgado*¹⁰⁷. Contudo, passado dois anos da descoberta da prova nova sem que seja a demanda ajuizada, a autoridade da coisa julgada se torna, definitivamente, imutável, mesmo não tendo sido reconhecida, pela decisão intempestivamente ou não impugnada, a proteção do bem jurídico coletivo.

A tentativa desta alteração é conter o fenômeno da “*relativização*” da *coisa julgada material*, em prol da segurança jurídica. Modifica, portanto, o disposto nos artigos 16 da LACP e 103 do CDC, pelo qual, na hipótese de *coisa julgada secundum eventum litis* (por insuficiência de provas), a mesma ação coletiva, com *novas provas*, pode ser ajuizada a *qualquer tempo*.

¹⁰⁶ Cfr. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 78.

¹⁰⁷ No mesmo sentido, com o intuito de evitar a “relativização” da coisa julgada material, é a proposta de José Carlos Barbosa Moreira. Cfr. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Gênese Revista de Direito Processual Civil*, vol. 34, outubro-dezembro/2004, pág. 742-3.



O Código Modelo propõe uma *solução intermediária* entre a segurança jurídica, elemento essencial do Estado de Direito, e a justiça material. Dois anos, contados a partir do conhecimento da *nova prova*, é um prazo mais que razoável para que os *antigos fatos* sejam melhores esclarecidos e, destarte, o bem jurídico coletivo seja tutelado adequadamente.¹⁰⁸

b) Na tutela dos interesses individuais homogêneos, a sentença coletiva de improcedência do pedido, não impedirá o ajuizamento de ações individuais, salvo, adiciona o Anteprojeto, se a referida demanda tiver sido ajuizada por *sindicato* na condição de substituto processual da categoria (art. 13, par. 2º).

Tal modificação dá maior força aos sindicatos e pretende dar efetividade aos artigos 5º, XXI (“*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*”) e 8º, inciso III, da CF (“*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais*”).

Porém, o sindicato não pode defender qualquer interesse individual homogêneo de seu associado, mas, por força do artigo 8º, inc. III, da CF, somente aqueles direitos ligados ao trabalho, o que impede, por falta de *representatividade adequada*, por exemplo, que seja procedida a defesa de um interesse derivado de relação de consumo¹⁰⁹.

Importa observar, contudo, que, embora o sindicato tenha legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública para a defesa de interesse individual homogêneo, nesta hipótese, a sua atuação se dá na condição de *representante processual* e não de

¹⁰⁸ “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com prevalência do direito positivo garantido através de leis e do poder, mesmo quando aquele seja pelo seu conteúdo injusto e inadequado, salvo se a contrariedade da lei positiva à Justiça for de tal modo intolerável, que a lei, enquanto ‘direito injusto’, deva ceder à Justiça” (Arthur Kaufmann. *Filosofia do direito*. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2004. Pág. 285).

¹⁰⁹ “Em relação aos direitos e interesses derivados de relação de consumo (CDC, art. 2º c.c. LACP, art. 1º, II), não haverá interesse jurídico por parte dos sindicatos, muito embora seus membros certamente também possam ser classificados como consumidores. Ocorre que a representatividade prevista no art. 8º da CF/88 tem como finalidade a proteção dos direitos do trabalhador, de modo que haveria verdadeiro desvio de finalidade concebida pelo constituinte, caso admitida a tutela de direitos do consumidor por parte destes entes” (Eduardo Appio. *Ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005. Pág. 231).



substituto processual, sendo, pois, indispensável, segundo precedente do STJ, a *autorização do sindicalizado*¹¹⁰.

De qualquer modo, o Anteprojeto confunde representação com substituição processual. A improcedência da ação coletiva dos sindicalizados, *representados* pelo sindicato, gera coisa julgada material, impedindo a repositura de ações individuais. Aqueles que não autorizaram o sindicato a representá-los, contudo, têm a possibilidade de ajuizarem ações individuais.

Como *substituto processual*, o sindicato defende interesse coletivo de todos os sindicalizados e a decisão, seja de procedência quanto de improcedência, atingirá a totalidade dos associados que não poderão demandar individualmente.

Por fim, ainda que o sindicalizado não tenha autorizado o sindicato a defender seu interesse individual homogêneo, a sentença de procedência, proferida em ação civil pública ajuizada por sindicato autorizado por outros sindicalizados, pode lhe beneficiar porque tal decisão faz coisa julgada *erga omnes*, não impedindo as liquidações e as execuções individuais (art. 33 do Anteprojeto).

c) Nos moldes do artigo 104 do CDC, o Anteprojeto afirma que a propositura de demandas em defesa de interesses difusos ou coletivos não impede o ajuizamento de ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, os quais serão liquidados e executados (art. 28).

Não há litispendência entre a ação coletiva e a individual, ainda que tenham o mesmo pedido e causa de pedir, não se retirando o *direito subjetivo* da pessoa lesada e, conseqüentemente, a sua legitimidade ativa e seu interesse de agir.

¹¹⁰ “Processo civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Sindicato. 1. Nas ações civis públicas pode o sindicato funcionar como substituto processual ou como representante de seus sindicalizados. 2. Como substituto processual não precisa de autorização, mas o interesse defendido não pode ser só do sindicalizado, mas também da própria entidade, se conectado for o interesse dela com o daquele. 3. Na hipótese de representação, há necessidade da autorização do sindicalizado, porque o interesse defendido é unicamente seu, sem conexão alguma com o interesse da entidade. 4. A autorização, seguindo posição jurisprudencial majoritária, pode ser considerada como formalizada pela juntada da ata de reunião do sindicato, onde constem os nomes dos presentes” (STJ – REsp. 228.507-PR – 2ª T. – rel. Mina. Eliana Calmon – j. 16.10.2001 – pub. DJU 05.05.2004, pág. 125).



Não obstante o Anteprojeto tenha sido omissivo em relação aos interesses individuais homogêneos, a ausência de litispendência em relação à demanda individual que verse sobre danos pessoalmente sofridos também se impõe¹¹¹.

Caso o demandante individual, não requeira expressamente a suspensão da sua ação individual, até trinta dias após a ciência do ajuizamento da ação coletiva, *presume* a sua vontade de prosseguir na defesa pessoal de seu direito, excluindo a legitimação extraordinária do ente coletivo.

Conseqüentemente, optando pela defesa individual de seus direitos, corre o risco de não se beneficiar dos efeitos da coisa julgada quando a ação coletiva é julgada procedente.

O Anteprojeto (art. 13, par. 3º e 4º) acrescenta que a possibilidade de defesa individual dos direitos lesados também se aplica à *sentença penal condenatória*. Aqui, todavia, nenhum risco corre o litigante individualmente lesados, na medida em que já possui um o título executivo judicial (nos termos do artigo 584, inciso II, do CPC), cabendo-lhe, tão-somente, proceder a *liquidação da sentença*. Logo, a não ser que pretenda aguardar uma sentença genérica mais benéfica no processo coletivo, poderá, desde já, liquidar e executar o seu crédito.

iv) *Juizados especializados*: além de consignar que as ações coletivas, sempre que possível serão processadas e julgadas em juízos especializados (art. 18), tal como faz o Código Modelo (art. 40), fixa o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a União criar e instalar órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento das ações coletivas, exortando também os Estados a criá-los, mas sem determinar um prazo específico.

A tendência hoje sentida, mesmo nos Tribunais, é a *especialização* dos órgãos jurisdicionais. A *complexidade do direito* é tamanha que seria *inumano* exigir que o juiz fosse um Hércules, na irônica expressão de Ronald Dworkin¹¹², com capacidade, sabedoria,

¹¹¹ Cfr. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. Pág. 790.

¹¹² Cfr. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 165 e 203.



paciência e sagacidade sobre-humanas para julgar as mais variadas matérias (direito penal, civil, ambiental, consumidor, tributário, previdenciário, empresarial etc).

A questão mais difícil será, como sempre, a vontade política e orçamentária para fazer valer o texto da lei. O problema brasileiro, certamente, não é a ausência de boas leis, mas a falta de *efetividade*. Não basta boas intenções e nenhum resultado prático.

v) *Representatividade adequada*: acrescenta que o Ministério Público também se sujeitará ao seu crivo, devendo o juiz analisar quanto a ele, somente, se há coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda (art. 20, par. 2º).

O Ministério Público, apesar de ser um órgão formalmente do Estado, deve ser considerado uma *instituição social*, porque têm se notabilizado na defesa de interesses da sociedade. Foi do fortalecimento da sociedade civil que nasceu a necessidade de se impor ao Ministério Público um perfil mais atuante na defesa dos interesses sociais e dos valores democráticos, tornando o *parquet* um verdadeiro *canal de comunicação* entre a população que vive à margem dos processos políticos e econômicos e o Poder Judiciário.

A *representatividade adequada* do Ministério Público decorre da própria Constituição Federal (arts. 127, *caput*, e 129, inc. III) e das leis que o regem (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625/93 – e das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal). Daí porque se asseverar que, ao menos no sistema vigente, há presunção (constitucional e legal) *absoluta* da *representatividade adequada* do Ministério Público¹¹³.

Com o intuito de evitar *demandas abusivas*, por parte de agentes ministeriais, o Anteprojeto teve a preocupação de submeter o Ministério Público ao crivo da *representatividade adequada*.

De qualquer modo, o referido dispositivo deve ser interpretado à luz do artigo 127, *caput*, da CF, pois é razoável temer que em um país repletos de graves descumprimentos



de direitos fundamentais a atuação competente do Ministério Público possa a causar dissabores a certa camada social que, alimentada pela corrupção ou pelo capitalismo sem limites, promove, neste país, um dos mais elevados níveis de desigualdade sócio-econômica do mundo.

O sentido das reformas deve ser o de ampliar a atuação *responsável* do Ministério Público, porque a restrição *inconstitucional* de seus poderes implica, diretamente, na diminuição da esperança de mudança da população.

Como a falta de representatividade adequada não acarretará a extinção do processo, sem antes se notificar outro legitimado mais apto à continuação do feito, a decisão judicial que limitar a atuação do Ministério Público, como demandante, para se legitimar, deve ser motivada, indicando quem está em melhores condições de proteger o bem jurídico coletivo. E, neste caso, mesmo não sendo autor, caberá ao Ministério Público atuar, obrigatoriamente, como *custos legis*, sendo assegurados os poderes que lhe são legalmente inerentes (art. 83/CPC).

vi) *Legitimação ativa* (art. 21): o Anteprojeto explicita quatro pontos importantes:

a) que as pessoas físicas somente podem proceder a defesa de interesses ou direitos difusos;

Este dispositivo está, não só está em consonância com o disposto no artigo 5º, inciso LXXIII, da CF que permite que a ação popular seja utilizada para a defesa de direitos difusos, mas amplia os instrumentos colados à disposição dos cidadãos, porque a ação civil pública não se restringe à anulação do ato lesivo e a eventual reparação do dano.

Contudo, não se pode olvidar que a experiência da ação popular não foi suficiente para criar uma expressiva *cultura processual* na defesa dos interesses difusos. Isto se explica na medida em que o indivíduo, isoladamente, mesmo indignado e injustiçado, pouca força tem para enfrentar os detentores dos poderes políticos-econômicos. Com

¹¹³ Cfr. Álvaro Luiz Valery Mirra. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representação adequada dos



justificado receio de sofrer retaliações, freqüentemente, aceita a situação injusta, sentindo-se impotente para transformar o mundo em que vive¹¹⁴.

Daí a necessidade de haver *instituições* fortes, como os sindicatos atuantes, organizações não governamentais idôneas, partidos políticos sérios e o Ministério Público, a fim de que os sentimentos de impotência e de revolta não se voltem contra a sociedade, pela forma da violência ou mesmo da indiferença.

As pessoas físicas podem se valer do processo coletivo, tão somente, para a defesa de direitos *difusos*. Neste caso, o direito-objeto da tutela é *indivisível*, porque não é viável uma forma diferenciada de gozo ou utilização (p.ex., a aspiração geral a um “ambiente não contaminado”). Assim, o interesse dos membros da coletividade é *quantitativa* e *qualitativamente* igual, na medida em que o bem coletivo é de *apropriação exclusiva* e não pode ser atribuído a uns mais que aos outros¹¹⁵. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, decorre de um *bem de uso comum do povo* (art. 225, *caput*, CF), sendo considerado um direito fundamental, de terceira “geração” (que se insere entre os “direitos de solidariedade” ou “direitos dos povos”), e que, por pertencer igualmente a todas as pessoas, não deve ser *monopólio* de ninguém – nem mesmo do Estado - buscar a sua

entes intermediários legitimados para a causa. Cit. Pág. 46 e 51.

¹¹⁴ Nesse sentido, Fernando Grella Viera escreve sobre a ação popular: “*embora representativa de inegável avanço, revelou-se insuficiente pela natural e notória constatação de que, salvo raras exceções, é por demais penoso ao cidadão, seja do ponto de vista financeiro, seja sob o ângulo meramente moral, suportar encargos e a pressão que decorrem para aquele que é autor de ação popular tendo por objeto, evidentemente, situações graves e de repercussão que envolvem altos interesses, políticos e econômicos*” (Ação civil pública de improbidade – foro privilegiado e crime de responsabilidade. Cit. Pág. 174). Por outro lado, José Emmanuel Burle Filho compara a ação civil pública por improbidade administrativa com a ação popular, argumentando que a aplicação *desordenada* e *abusiva* dos institutos legais contribuem para o seu descrédito. As ações populares teriam caído no descrédito, porque, em diversas situações, a defesa do povo ou do patrimônio público apenas mascara a perseguição de ordem política, a busca de promoção pessoal de seu autor ou reflete o seu radicalismo. O demandante sabe que, em razão das repercussões que a ação popular recebe na imprensa, o seu ajuizamento causa, por si só, lesão à imagem pessoal, familiar e funcional do demandado que, mesmo com a improcedência do pedido, não são reparadas, pois este fato não recebe destaque equivalente ao do ajuizamento da ação. O referido autor teme, portanto, que a ação civil pública por improbidade administrativa siga o mesmo caminho dessas ações populares e sustenta que o que caracteriza a improbidade não é a mera ilegalidade, mas a ilegalidade *qualificada pela desonestidade*. Como as sanções da improbidade são *gravíssimas* (art. 37, par. 4o, da CF), haveria violação do *substantive due process of law* (desrespeito à proporcionalidade e a razoabilidade) se a simples culpa caracterizasse o ato de improbidade. Conclui que somente os atos revestidos de *má-fé* e, portanto, *dolosos* qualificam a desonestidade (improbidade). Assim, cabe ao Judiciário *indeferir* a petição inicial, com base no artigo 17, par. 8o., da Lei 8.429/92 (que exige que a exordial contenha *indícios suficientes da existência* do ato de improbidade), quando a ação civil pública for ajuizada sem a prova da má-fé ou do dolo (especialmente nas hipóteses do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa), sob pena da caracterização do *uso abusivo da ação*. Cfr. Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 297-304.

¹¹⁵ Cfr. Arruda Alvim. Op. Cit. Pág. 80-1.



proteção. Portanto, qualquer pessoa poderia, preenchido os requisitos da *representatividade adequada*, em nome de toda a coletividade, ajuizar a ação civil pública para a defesa do direito difuso.

Desta forma, pretende-se aumentar o número de pessoas legitimadas para provocar o Poder Judiciário, na tentativa de melhor proteger os *interesses difusos*. Aumenta-se, com isto, a *participação* dos cidadãos, por intermédio do processo, na gestão dos assuntos importantes para o bem estar social.

b) que o Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos interesses individuais homogêneos *de relevante interesse social*;

Cabe ao Ministério Público, por força do artigo 127, *caput*, da CF a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

A jurisprudência brasileira, paulatinamente, vem sedimentando a legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela de diversos interesses individuais homogêneos, na condição de *substituto processual* (legitimação extraordinária), como se dá em relação ao reajuste de prestações de planos de saúde ou de mensalidades escolares¹¹⁶.

É preciso, contudo, que o Judiciário avance na tutela dos direitos individuais homogêneos para considerar *inconstitucional* o parágrafo único do artigo 1º da LACP. Em um país como o Brasil, que possui uma das maiores *cargas tributárias* do mundo, fere o *devido processo legal em sentido substantivo*, devendo ser considerado não razoáveis, leis que, legitimando a atuação arbitrária do Estado, impeçam que a população lesada pela *obcessividade compulsiva* do fisco, não tenha instrumentos processuais (coletivos) adequados de proteção. Não é razoável, por exemplo, impedir que os contribuintes se organizem, em associações, para receberem, rapidamente, o que pagaram a título de empréstimos compulsórios, com argumentos econômicos *arbitrários* que amesquinham a cidadania¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr., respectivamente: STJ – MS 1045-DF, rel. Min. Gomes de Barros e Súmula 643/STF (“*O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade do reajuste de mensalidades escolares*”).

¹¹⁷ Para uma análise prospectiva do Poder Judiciário do Brasil na tutela dos direitos fundamentais, cfr.: Sergio Fernando Moro. *Jurisdição constitucional e democracia*. São Paulo: RT, 2004.



Por outro lado, nem sempre o Ministério Público estará em melhores condições para ajuizar a ação coletiva. A *representatividade adequada* e a *relevância social da tutela coletiva* devem ser aplicadas a todos os co-legitimados para a ação civil pública, incluindo o Ministério Público.

A *representatividade adequada*, não obstante os critérios sugeridos no Código Modelo (art. 2º, par. 2º) e reproduzidos no Anteprojeto (art. 20, par. 1º), continua sendo um *conceito jurídico indeterminado* que precisa ser, criteriosamente, analisado no caso concreto.

Por isto, não se pode excluir, *a priori*, a legitimidade ativa do Ministério Público para, por exemplo, fomentar as *ações afirmativas*, em prol da isonomia e para a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Ao ajuizar uma ação civil pública, para que egressos de escola pública tenham acesso facilitado a um percentual de vagas na universidade pública, o Ministério Público, juntamente com o Judiciário, pode contribuir para solucionar o grave problema da distribuição de renda no Brasil.

Infelizmente, em caso recente, o Supremo Tribunal Federal impediu, baseado em argumentos jurídicos que impedem a concretização no Brasil de estágios democráticos mais avançados, que o Ministério Público efetivasse medidas de redução de desigualdade sócio-econômicas por intermédio das ações afirmativas.

Em linhas gerais, o caso assim pode ser sintetizado: o Ministério Público de São Paulo, no final de 2003, ajuizou ação civil pública a fim de que a Faculdade de Medicina de Marília (Famema) fixasse a cota de 30 (trinta) por cento das vagas dos cursos de medicina e enfermagem, a candidatos carentes egressos do ensino público, nos vestibulares dos anos de 2.004 a 2.010. A liminar foi deferida pela 5ª Vara Cível da Comarca de Marília e confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de agravo de instrumento, pedido de suspensão de liminar e em agravo regimental. Porém, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, em 10 de fevereiro de 2005, em um pedido de suspensão de execução de liminar, com base no artigo 4º da Lei 8.437/92, suspendeu a liminar, sob o argumento de causar grave lesão à ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa, na medida em que o Judiciário, por não poder atuar como *legislador positivo*, fere os princípios constitucionais da legalidade e da independência dos poderes, quando interfere na condução pelo Estado das políticas públicas para a educação.



Esta postura conservadora não combina com o modelo de Estado Social de Direito moldado pela Constituição Federal de 1988. Nos séculos XVIII e XIX, sob os influxos das Revoluções Liberais, justificava-se a visão clássica da tripartição de poderes, cabendo ao Legislativo, legislar, ao Executivo, administrar, e ao Judiciário, julgar. A legitimidade da atuação do Estado Social não mais se resume à elaboração da lei, que deixa de ser a expressão maior da soberania popular, para se inserir no quadro de *políticas governamentais* que sejam capazes de realizar as *finalidades coletivas*. Só com o *efetivo* cumprimento das *prestações positivas* contidas na Constituição, por intermédio de *políticas públicas* adequadas e com o envolvimento de todos os agentes públicos, é que será possível extrair as mudanças desenhadas pelo constituinte¹¹⁸. Neste contexto, a ação civil pública assume um papel indispensável na realização dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Para que isto seja possível, é necessário Judiciário brasileiro supere os *dogmas* do mérito do ato administrativo e do princípio da separação dos poderes¹²⁰ e assumam um papel

¹¹⁸ Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso, “*hoje o Estado normocrático (= editor de normas) vai sendo suplantado pelo Estado telocrático, ao qual impede imlemente, eficazmente, as declarações contidas nas normas, para que estas desçam do plano teórico ou formal e se convertam em políticas públicas idôneas e operantes. É por essa via que as normas ambientais realmente poderão sobrestar a degradação implacável da natureza, pelos incêndios florestais e desmatamentos criminosos que estão secando nossos recursos hídricos; que o trabalhador, realmente, poderá receber uma remuneração compatível com a sua qualificação, e que lhe permita viver condignamente; que o jurisdicionado poderá contar com uma Justiça realmente comprometida com uma resposta de boa qualidade, a saber, justa, jurídica, econômica e tempestiva*” (A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 781).

¹¹⁹ Para uma abordagem crítica, conferir, entre outros: Lídia Helena Ferreira da Costa Passos. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações coletivas. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 493-524. Paulo Salvador Frontini. Ação civil pública e separação dos poderes do Estado. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002. Pág. 713-752; Paulo Gustavo Guedes Fontes. Ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico sobre as suas possibilidades e limites. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 471-486; Eduardo Appio. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005; Rodolfo de Camargo Mancuso. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. Cit.; Eduardo Cambi. *Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002; Sérgio Fernando Moro. *Jurisdição constitucional e democracia*. Cit.; Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Luiz Roberto Barroso. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista forense*, vol. 336; Fábio Konder Comparato. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 138. Pág. 39-48; Lenio Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Pág. 127-168; Lenio Luiz Streck. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da academia brasileira de direito constitucional*, vol. 2. Pág. 34.

¹²⁰ O modelo de Montesquieu, quanto a tripartição dos poderes, visava o controle recíproco das funções legislativas, judiciárias e executivas, possibilitando que se esvaziassem as funções absolutistas do monarca (cfr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2005. Pág. 7 e 25). Tal concepção que justificava o combate ao absolutismo monarca não pode ser transformada em *dogma*, mas contextualizada contemporaneamente, permitindo o controle judicial das políticas públicas, dentro de limites constitucionais.



mais efetivo na realização destas mudanças, a exemplo de inúmeras decisões corajosas que já existem no país, envolvendo, por exemplo, a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente (como na hipótese de falta de creches ou de escolas, bem como para programa de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores)¹²¹, a saúde pública¹²² e o meio ambiente¹²³.

¹²¹ Nesse sentido, vale mencionar os seguintes precedentes: i) “Direito Constitucional à Creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação da Lei Federal. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças nessa faixa etária. Ação Civil Pública. Cabimento e procedência. 1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de lei federal. ‘É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso ao ensino médio; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e da gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade’. 2. (...) Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. (...) 6. Afastada a tese da descabida discricionariedade, a única dúvida que poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. (...). 10. O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através de sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula da defesa da dignidade humana. 11. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando o cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa ‘fila de espera’, quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa *manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes” (REsp. 575.280-SP – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – j. 02.09.2004 – pub. DJU 25.10.2004, pág. 228); ii) “A CF, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância do mandamento constitucional” (TJ/RS – 7ª C.C. – rel. Des. Sérgio Gisckow Pereira – j. 12.03.1997 – pub. RT, vol. 743/132).

¹²² “Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. – A interpretação da norma programática não pode transformá-la em



promessa constitucional incoseqüente. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. – Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (AgRgRE n. 271.286-RS – 2ª T. - rel. Min. Celso de Mello - j. 12.09.2000 – pub. DJU 24.11.2000, vol. 101).

¹²³ Vale ressaltar dois precedentes: i) “Processual civil e administrativo. Coleta de lixo. Serviço essencial. Prestação descontinuada. Prejuízo à saúde pública. Direito fundamental. Norma de natureza programática. Possibilidade. Esfera de discricionariedade do administrador. Ingerência do Poder Judiciário. 1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade. 2. Revela notar que a Constituição Federal é fruto da vontade da política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. 3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e a transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. 4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo de atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçada ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 6. Afastada a tese da discricionariedade, a única dúvida que poderia suscitar resvalaria na norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. 7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas **de lege ferenda**, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 10. ‘A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente’. Ademais, ‘A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE” (STJ – REsp. 575.995-MG – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – j. 07.10.2004 – pub. DJU 16.11.2004, pág. 191). ii) “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. “LIXÃO” URBANO À CÉU ABERTO. DANOS AMBIENTAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO MEIO AMBIENTE (VIDA). LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO. DECISÃO CONFIRMADA. 1. Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é cabível a imposição de medida liminar em ação civil pública, por força do art. 12 da Lei 7.347/85. 2. No Direito Ambiental, o poder geral de cautela do juiz deve ser norteado pelo princípio da prevalência do meio ambiente (vida), podendo impor ao Poder Público a cessação da atividade danosa, justamente por ser seu dever defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, caput, CF). 3. Os “lixões” à céu aberto causam sérios danos ao meio ambiente e à saúde da



No entanto, infelizmente, grande parcela da doutrina e da jurisprudência, baseadas no princípio da separação dos poderes e na discricionariedade administrativa, restringem o alcance da ação civil pública que vise a destinação específica de recursos públicos, sob o fundamento da *impossibilidade jurídica* da demanda¹²⁴¹²⁵.

Tal postura minimiza o papel democrático das ações coletivas, do processo judicial e da jurisdição, impedindo o controle judicial do orçamento público (art. 167/CF), a partir dos consagrados princípios da Administração Pública (moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência etc).

Se não é correto afirmar que o promotor de justiça e/ou o juiz não devem impor ao administrador público o que consideram ser a aplicação mais oportuna ou conveniente do dinheiro público, mais perverso, ainda, é manter situações de flagrante descumprimento dos direitos fundamentais (p. ex., a da superlotação dos presídios, em flagrante desconsideração da dignidade da pessoa humana; a da não aplicação de recursos mínimos à saúde e à

população (p. ex., as pilhas contém mercúrio, elemento responsável por graves problemas de contaminação do homem e do meio ambiente; a decomposição do lixo com pouco ou nenhum oxigênio contribui para a formação do gás metano, representando sério risco de incêndio; as moscas, os roedores e as baratas são transmissores de doenças etc) não podendo o juiz hesitar na utilização dos instrumentos processuais que a lei lhe coloca à disposição” (TJ/PR – AI n. 121.684-8 – 7ª C. C. – rel. Des. Accácio Cambi – Ac. n. 541 – j. 09.09.2002 – pub. DJPR 30/09/2002).

¹²⁴ “É bastante freqüente serem ajuizadas ações civis públicas em face de um ente estatal qualquer que signifiquem, na prática, a imposição de um ente estatal qualquer que signifiquem, na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos. Assim, muitas vezes os autores dessas demandas coletivas, com pretextos dos mais variados, pretendem invadir o campo da discricionariedade administrativa. Nesses casos, a demanda será juridicamente impossível” (Pedro da Silva Dinamarco. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 190).

¹²⁵ Nesse sentido, já decidiu o STJ: i) “Administrativo. Processo civil. Ação civil pública. (...). 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizada em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos da Administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em cabo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle de mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente” (REsp. n. 169.876-SP – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – j. 16.06.1998 – pub. DJU 21.09.1998, pág. 70); ii) “Constitucional – Administrativo – Ação civil pública – Poder discricionário da Administração – Exercício do juiz – Impossibilidade – Princípio da harmonia entre os poderes. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o



educação, retirando da imensa população condições mínimas de sobrevivência; o não repasse das verbas orçamentárias para a manutenção de estradas precárias, gerando os elevadíssimos índices de mortalidade existentes no Brasil etc).

Confiar, unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público. As situações extremas de violação dos direitos fundamentais (preservação do *mínimo existencial*), sobretudo quando haja ou para que venha a existir respaldo orçamentário (*reserva do possível*), a intervenção judicial deve ser implacável.

A separação dos poderes¹²⁶, a vontade política do governante e à submissão dos juízes à lei não podem constituir obstáculos insuperáveis para a efetivação dos *direitos fundamentais*, pois o *princípio da maioria* não significa dar um “cheque em branco” para que os representantes eleitos da população façam o que bem entendam. Os juízes, embora não sejam eleitos, exercem, por opção política do constituinte, o controle constitucional das ações e das omissões dos agentes públicos, não devendo hesitar na efetiva concretização dos direitos fundamentais. A atuação da jurisdição constitucional, com o propósito democrático, será marcada, ora por técnicas de autocontenção ora por técnicas de ativismo judicial, devendo-se ter como parâmetros a *reserva da consistência*¹²⁷ e a *reserva do possível*¹²⁸.

Município ser condenado à obrigação de fazer” (AGREsp. n. 252.083-RJ – 2ª T. – rel. Mina. Fátima Nancy Andrighi – j. 27.06.2000 – pub. DJU 26.03.2001, pág. 415).

¹²⁶ Paulo Bonavides, a propósito do princípio da separação dos poderes, explicita que “a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade” (*Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 86).

¹²⁷ Por *reserva da consistência*, entende-se que o Judiciário, ao proceder a interpretação judicial, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição.

¹²⁸ A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas na implementação dos direitos. Com base neste conceito, Ana Paula de Barcellos afirma que os recursos devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (*mínimo existencial*): “A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida (...) na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições da própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado



Portanto, o princípio da separação entre os Poderes do Estado deve ser temperado pela consciência democrática da atuação ética e jurídica de todos esses Poderes (dimensão aberta pela garantia constitucional do *substantive due process of law*, inerente ao Estado Democrático de Direito, e ao princípio da moralidade; arts. 5º, inc. LIV, e 37, *caput*, CF).

Com efeito, deve-se permitir que o Judiciário revise os *motivos* (i.e., os pressupostos fáticos que autorizam ou exigem a prática da ação), as *finalidades* (averiguando a existência de *abusos de poder* e de *desvios de finalidade*), as *causas* (i.e., as relações de adequação entre os pressupostos da ação e o seu objeto) dos atos da Administração¹²⁹. Além disto, cabe ao Judiciário controlar a *razoabilidade*, a *proporcionalidade* e a *eficiência* das ações e das omissões da Administração Pública, tendo em vista a efetivação dos direitos fundamentais, os princípios constitucionais (art. 37, *caput*, CF) e as limitações orçamentárias (art. 167/CF).

c) que as pessoas jurídicas de direito público interno só podem defender interesses difusos e coletivos relacionados com as suas funções;

d) que somente os partidos políticos com representação parlamentar (na Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas ou Câmara de Vereadores, conforme o objeto da demanda) podem ajuizar ações coletivas para a defesa de interesses ligados aos seus fins institucionais.

Não obstante o Anteprojeto tenha restringido à legitimação ativa somente aos partidos políticos com representação parlamentar, a questão da *representatividade* dos partidos políticos no Brasil passa por profunda *crise institucional*. A composição dos partidos, por não lhes serem exigida a *fidelidade partidária*, modifica-se conforme a conveniência política da ocasião. Caíram em total descrédito na opinião pública, não se podendo mais saber qual é a ideologia (de direita, esquerda ou centro), pois o que tem prevalecido, infelizmente, é a política do *toma lá dá cá* (como, p. ex., nos lamentáveis episódios da reeleição do ex Presidente Fernando Henrique Cardoso, das constituições de Comissões Parlamentares de

ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (A *eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Cit. Pág. 246).



Inquérito para investigar políticos ligados ao governo Lula etc). Somente uma *reforma política* corajosa será capaz de devolver aos partidos políticos a *representatividade adequada* que perderam.

De qualquer forma, não havendo *representatividade adequada*, o juiz, como no Código Modelo, ao invés de extinguir o processo por carência de ação, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, para, querendo assumir a titularidade da ação.

O Anteprojeto adiciona que, caso o Ministério Público não assuma a titularidade da demanda, caberá ao juiz remeter peças dos autos ao Procurador Geral, para que proceda na forma do artigo 8º, parágrafo único¹³⁰.

vii) *Competência territorial*: adiciona que, nos danos de âmbito regional, isto é, aqueles que compreendem 3 (três) ou mais Municípios, a demanda deve ser ajuizada na Capital do Estado (art. 22, inc. II).

Também altera o artigo 93 do CDC e dá redação diferente ao artigo 9º, inc. II, do Código Modelo, afirmando (art. 22, inc. II e III) que, para julgar os danos nacionais e os inter-regionais, é competente o foro do Distrito Federal.

Por aquelas regras, ora vigentes, o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal são *concorrentes*, para os danos nacionais ou regionais.

A modificação, trazida pelo Anteprojeto, resultará na redução do *acesso à justiça coletiva*. Por exemplo, um dano ambiental, ocorrido nas fronteiras entre os Estados de Roraima e o do Amazonas, na Região Norte do país, teria que ser sempre julgado em Brasília. Pelo CDC, Manaus ou Boa Vista, por serem mais próximas do local do dano, seriam, igualmente com Brasília, todos competentes para julgar a ação civil pública, com a vantagem de estarem mais próxima do lugar dos danos, sendo mais fácil a colheita das provas e a mensuração dos prejuízos ocorridos.

¹²⁹ Cfr. Cândido Rangel Dinamarco. O futuro do processo civil brasileiro. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Pág. 751.

¹³⁰ Sobre este aspecto, conferir os comentários acima (no item i).



viii) *Inquérito civil*: ao contrário do Código Modelo, que não dispõe sobre o assunto, o Anteprojeto inova, em relação à LACP, em dois pontos:

a) Explicita que, para o aproveitamento em juízo das peças informativas colhidas no inquérito civil, o Ministério Público deve promover a observância do princípio do contraditório (art. 23, par. 1º).

Tal dispositivo somente evidencia que o inquérito civil tem natureza de *procedimento administrativo investigativo*, não de *processo*, e que está voltado à formação do convencimento do Ministério Público sobre a existência, ou não, de elementos de convicção suficientes para a propositura da ação civil pública ou para outras medidas possíveis (como a proposta de compromisso de ajustamento de conduta ou o oferecimento de denúncia).

A observância do contraditório, embora possa dar *maior credibilidade* à prova, não vai impedir a renovação da sua produção em juízo, porque, durante o processo, a prova se destina à formação do juiz que, necessariamente, não participa do inquérito civil.

O *valor da prova* produzida no inquérito civil é *relativo*, porque não está voltado à formação do convencimento judicial e porque não se impõe a observância do contraditório.

Os documentos produzidos no inquérito civil, contudo, não são, *ipso facto*, irrelevantes. Não podem, por si só, serem vistos como algo de *menor importância* até porque, ao se sujeitarem ao contraditório do processo judicial, podem servir para embasar o *juízo de condenação*. A argumentação das partes e a possibilidade de contraprovas, durante o processo, confirmarão, ou não, o teor das informações contidas nos documentos¹³¹.

O juiz, dentro de seu livre e prudente convencimento (art. 131/CPC), deve, ao valorar estes elementos de prova, considerar, para não perder contato com a realidade, as

¹³¹ Como já foi acima registrado, convém ressaltar dois julgados do STJ: i) “As provas colhidas no inquérito [civil] têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só podem ser desconsideradas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzidas sob a vigilância do contraditório” (REsp. n. 476.660-MG – rel. Min. Eliana Calmon – pub. DJU 04.08.2003); ii) “As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo juiz” (REsp. 644.944-MG – 2ª T. – rel. Min. João Octávio de Noronha – j. 17.02.2005 – pub. DJU 21.03.2005, pág. 336).



máximas da experiência (aquilo que ocorre ordinariamente; art. 335/CPC), as presunções (que derivam, por raciocínio lógico, de um fato secundário para se chegar ao fato principal, objeto da prova), além do conjunto e do contexto probatórios.

É, no mínimo estranho, que uma pessoa narre determinados fatos no gabinete do promotor de justiça e, mais tarde, na sala de audiências, negue completamente o que disse! As pressões do meio social, as ameaças dos poderosos, o fundado temor de perder determinadas vantagens etc, tudo isto, levando em consideração, depois que passa o calor dos fatos, pode influenciar na apuração da verdade.

Todas essas circunstâncias, se percebidas pela habilidade dos atores do processo (juiz-partes), podem conduzir à *justiça da decisão*.

Por outro lado, o dispositivo, contido no Anteprojeto, não poderá impedir as *investigações sigilosas* (p.ex., suspeita de adulteração de combustíveis por uma poderosa quadrilha de empresários)¹³², com a observância das regras constitucionais e legais pertinentes à matéria, quando o segredo foi indispensável à obtenção dos elementos de prova. Nesta hipótese, deve ser aplicado, por analogia, o artigo 20 do Código de Processo Penal. Afinal, impor o contraditório, antes de levantados os fatos suspeitos, seria o mesmo que avisar quem comete a ilicitude que deve parar de fazer o que está fazendo e procurar encobrir os vestígios, para que ninguém possa descobrir o que fez.

Nestes casos, o contraditório pode ser conveniente somente no processo judicial, quando o juiz, por ser um terceiro-parcial, terá melhores condições de exercer seu *poder moderador*. O Ministério Público, durante o inquérito civil, deve se preocupar em colher, com a devida cautela e inteligência, informações e documentos que lhe convençam que deve ou não ajuizar a ação coletiva ou propor o compromisso de ajustamento de conduta.

¹³² A Agência Nacional de Petróleo (ANP) estima que, no final de 1999, uma média de 12,5% de todo o combustível comercializado no país estava irregular. A cada 1% de combustível adulterado e adulterado, segundo dados da Promotoria de Defesa do Consumidor de Mossoró-RN, perde-se 1,5 bilhão de reais por ano (incluindo a perda de receita de ICMS). Após o monitoramento da qualidade dos combustíveis, por laboratórios especializados, as fraudes caíram para 8,5% e o Brasil arrecadou cerca de R\$ 12,75 bilhões de reais a mais por ano. O programa de monitoramento custa, anualmente, R\$ 20 milhões de reais e proporciona uma arrecadação de cerca de R\$ 13 bilhões. Entretanto, a ANP, conforme notícia de 01 de junho de 2005 (no *site* da Prefeitura da Mossoró), não vem pagando, há quase quatro meses, as análises feitas pelo laboratório de combustíveis da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, referentes a este Estado e a Paraíba, sendo que o débito ultrapassa R\$ 440 mil reais e inviabiliza a continuidade do programa.



Neste processo de convencimento, a evidência e a segurança dos elementos probatórios podem desaconselhar a observância do contraditório que, necessariamente, acontecerá, em juízo, onde a prova serve para que o juiz (terceiro-imparcial) possa, verdadeiramente, *julgar* a ocorrência ou não dos fatos descritos na inicial e complementados pela resposta do demandado.

b) Afirma, ao contrário do que dispõe o artigo 9º, par. 3º, da LACP, que o próprio órgão do Ministério Público, fundamentadamente, poderá promover o arquivamento, não havendo falta grave caso não encaminhe o inquérito ao Conselho Superior para homologação.

Esta *homologação* da decisão de arquivamento, pelo Anteprojeto, ocorrerá somente se o promotor natural entender *conveniente* encaminhar os autos do inquérito civil (art. 23, par. 5º).

Retira-se do promotor de justiça a responsabilidade de submeter todo e qualquer procedimento investigativo, mesmo aqueles cujas informações são vagas e imprecisas, ao controle do Conselho Superior. Esta orientação evitará que o promotor leve ao Conselho Superior situações que, embora tenham ensejado uma portaria de abertura de inquérito civil, pela absoluta falta de plausibilidade e veracidade, não geraram nenhuma consequência juridicamente relevante.

Contudo, ressalva o Anteprojeto, qualquer dos co-legitimados, para a propositura das ações coletivas, pode *recorrer* da decisão de arquivamento ao Conselho Superior (art. 23, par. 3º) ou, ainda, ele poderá *avocar* os autos arquivados, com a finalidade de uniformização da atuação ministerial (art. 23, par. 6º).

A solução, encontrada pelo Anteprojeto, amplia os poderes do promotor de justiça que, considerando a relevância do bem jurídico coletivo, poderá encaminhar os autos ao Conselho Superior, mas também prevê mecanismos sociais de controle da atividade ministerial, estabelecendo o recurso administrativo e, ainda, o da própria instituição.

ix) *Da instrução da inicial*: tal como o artigo 8º, *caput*, da LACP, qualquer legitimado poderá requerer às autoridades competentes certidões e informações que julgar



necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. O Anteprojeto acrescenta que somente no caso em que o interesse público, devidamente justificado, impuser o sigilo poderá ser negada a certidão (art. 24, par. 2º).

Estes dispositivos estão em consonância com o artigo 5º, inciso XXXIII, da CF, qualquer pessoa tem direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ***ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.***

Caso a informação lhe seja negada, com base na segurança da sociedade e do Estado, o legitimado deve propor a ação sem as certidões ou informações negadas, cabendo ao magistrado, após apreciar os motivos do indeferimento, e salvo quando se tratar de razões de segurança nacional, requisitá-las, correndo o processo em segredo de justiça (art. 24, par. 3º).

Com efeito, o Anteprojeto ressalta o artigo 5º, inciso XXXIII, da CF, ampliando a possibilidade de qualquer legitimado – não só aqueles que detêm *poderes investigatórios* como o Ministério Público – encontrar meios de buscar as informações e os documentos necessários à tutela do bem jurídico coletivo. Com isto, fomenta-se a *cidadania*, permitindo que a sociedade civil organizada *participe* da fiscalização da lei e contribua para a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural ou de outros bens jurídicos coletivos.

Em contrapartida, confere-se ao magistrado, por ser um terceiro-imparcial em relação à causa, o poder de realizar a ponderação dos bens jurídicos em jogo, a evitar, de um lado, demandas mal embasadas e, de outro, as tentativas de encobrir, sob o pretexto do sigilo, a busca da verdade e, conseqüentemente, a proteção dos referidos bens.

Por fim, ao Ministério Público os artigos 129, incisos III, VI e VIII, da CF dão plenos poderes de requisição e de investigação, não se lhe opondo o *sigilo legal*, salvo quando a Constituição imponha a *cláusula de reserva de jurisdição* (art. 5º, incs. XI, XII e LXI, CF).

x) *Fundos dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*: o Anteprojeto aprimora o artigo 13 da LACP, afirmando:



a) que o Fundo será administrado por um Conselho Gestor Governamental (ao invés de se falar em um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais), integrados necessariamente por juízes – além do Ministério Público e representantes da comunidade;

b) que não sendo possível a reconstituição dos bens lesados, os recursos serão destinados a *atividades voltadas minimizar a lesão ou evitar que se repita*, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Quando o juiz ordenar provas de ofício (art. 11, par. 3º), ou mesmo quando as partes não tenham condições econômicas para produzir a prova, as perícias poderiam, nos termos sugeridos pelo artigo 12, par. 1º, parte final, do Código Modelo (e que deveriam constar do Anteprojeto), serem realizadas a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, já que um de seus objetivos é evitar a lesão ao bem jurídico coletivo.

c) que o representante legal do Fundo é *funcionário público* para efeito de responsabilidade administrativa, civil e penal;

d) que o Fundo sempre será notificado da propositura de ação coletiva, podendo intervir para demonstrar a *inadequação* da representação ou auxiliar na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

e) que o Fundo manterá registro da origem e da destinação dos recursos, devendo dar publicidade, semestralmente, das demonstrações financeiras e das atividades desenvolvidas;

f) que, a depender da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz, na sentença, deverá *especificar a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição* do bem jurídico lesado;

g) que tal decisão fixará *prazo* para que o Conselho Gestor do Fundo concretize as medidas e, vencido o prazo, apresente *relatório* ou solicite a prorrogação do prazo, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa.



xi) *Da ação civil pública para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos*: além de serem notificados os interessados para atuar como assistentes ou coadjuvantes, quando deferida a inicial (como ocorre no art. 21 do Código Modelo e no art. 94, *caput*, do CDC¹³³), o Anteprojeto afirma que, após a concessão da tutela antecipada, sendo possível a identificação dos beneficiários, cabe ao demandado informá-los se exercerão, ou não, o direito à fruição da medida, sob pena descumprida esta informação a efetivação da tutela antecipada se dar por conta e risco do demandado (art. 30, par. 1º e 2º).

Estas inovações permitirão evitar que, por falta de conhecimento da existência da liminar, os beneficiários deixem de fruir de seus direitos.

Afirma, também, que as partes poderão transacionar (p. ex., sobre o pagamento de vantagens pecuniárias para toda a categoria), mas é ressalvado aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação individual (art. 31), para evitar as perdas com o acordo.

xii) *Remissões*: em relação à ação popular e a ação civil pública por improbidade administrativa, o Anteprojeto faz remissão às Leis 4.717, de 29 de junho de 1965, e 8.429, de 2 de junho de 1965, deixando de regulamentar essas matérias.

6. Conclusão

Como todo grande projeto de Código, o de Processos Coletivos pode enfrentar grandes dificuldades na sua aprovação, sem falar que, em meio às discussões políticas no Congresso Nacional, as propostas originais podem ser *distorcidas* trazendo retrocessos nas leis existentes, ao invés de aumentar a efetividade e a celeridade dos instrumentos voltados à tutela dos interesses transindividuais e individuais homogêneos.

As modificações pontuais – mediante *mini-reformas* – como vêm acontecendo no Código de Processo Civil – poderia ser apontada como uma alternativa a este problema,

¹³³ O artigo 94, *caput*, do CDC menciona a publicação de edital, a fim de que os interessados possam intervir no processo como *litisconsórcio*. A admissão dos demais interessados como litisconsortes, como já julgou o STJ,



com a vantagem de se alcançar resultados efetivos em um tempo mais curto. Entretanto, diferentemente do Código de Processo Civil, não existe, ainda, uma legislação única para o processo coletivo. Fazer *mini-reformas* na LACP ou no CDC, para que fossem transformados em um Código Coletivo, seria impensado, porque, além de desconfigurar as referidas leis, esta empreitada exige um trabalho mais elaborado que a referida técnica legislativa não comporta.

Vinte anos após a LACP, a simples existência do Código Modelo e do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo representam um grande incentivo para as discussões doutrinárias que, ao conseguirem influenciar o cotidiano dos operadores jurídicos, já estarão contribuindo para a maior efetividade das ações coletivas.

Bibliografia

APPIO, Eduardo. *Ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 147-8.

ARRUDA ALVIM. Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Gênese Revista de Direito Processual Civil*, vol. 34, outubro-dezembro/2004.

_____. A expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei de Ação Civil Pública. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista forense*, vol. 336.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

deve ser admitida, de regra, antes da citação da demandada (REsp. 106.888-PR – 2ª Seção – rel. Min. César Asfor Rocha – j. 28.03.2001 – pub. *RSTJ*, vol. 161, pág. 226).



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. 9º Congresso Nacional do Ministério Público – 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 138.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista jurídica*, vol. 280, fevereiro/2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O futuro do processo civil brasileiro. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Antonio Augusto de Mello de Camargo. Apontamentos sobre o inquérito civil. *Revista Justitia*, 1992.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico sobre as suas possibilidades e limites. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos poderes do Estado. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. *Revista de processo*, vol. 111, julho-setembro/2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggessell. *Responsabilidade médica*. Curitiba: Juruá, 2002.



GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – a Lei 7.347, de 24.07.1985. *Revista de Processo*, vol. 44.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

_____. Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista forense*, vol. 98, n. 361, maio-junho/2002.

_____. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2004.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito civil. *Boletim Informativo ESMP*, n. 3, 1996.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

_____. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. *Revista de processo*, vol. 117, setembro-outubro/2004.

MILARÉ, Édis. Ação civil pública por dano ao ambiente. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002.



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representação adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional e democracia*. São Paulo: RT, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002.

NERY JR., Nelson. Audiência preliminar e saneamento do processo. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Atualidades sobre o processo civil. A reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações coletivas. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da academia brasileira de direito constitucional*, vol. 2.

TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: *Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

_____. Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova audiência preliminar (art. 331 do CPC). *Revista de processo*, vol. 80.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. *Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre*