

AÇÕES COLETIVAS E ACESSO À JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI N. 7.347/1985

Carla Liliane Waldow¹

Faculdades Nobel Maringá, Maringá - PR

RESUMO

Com o desenvolvimento econômico e social, surgem novos direitos (coletivos *lato sensu*), e com eles a necessidade de instrumentos para garantir o efetivo acesso à justiça. Surgem os instrumentos de manejo coletivo, dentre os quais a ação civil pública. No entanto, o artigo 5º da Lei n. 7.347/1985 limita a promoção da ação coletiva aos legitimados ali arrolados, o que poderia ensejar a inconstitucionalidade de referida disposição, já que o texto magno assegura a todos o acesso à jurisdição, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito. Contudo, não há qualquer fundamento quanto à sua inconstitucionalidade porque a própria Lei e a Constituição Federal assegura outras garantias e mecanismos que permitem o pleno acesso e efetividade da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; ação popular; ação civil pública; legitimidade; constitucionalidade.

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá, Docente no curso de Direito do Integrado – Colégio e Faculdade de Campo Mourão/PR e das Faculdades Nobel de Maringá/PR. E-mail de contato: carlawaldow@grupointegrado.br.

PROLEGÔMENOS

Desde a Revolução Industrial, assiste-se a um intenso ritmo de produção e, em consequência, à transformação da sociedade, marcando o nascimento dos chamados direitos transindividuais, assim considerados os de natureza indivisível, cuja titularidade não se pode determinar com precisão, abrangendo, por essa razão, toda a coletividade.²

Dessa sorte, o mundo moderno, com o desenvolvimento econômico e social, deu lugar a novos problemas, novos atores sociais e novos direitos, e com eles, a necessidade de tutela através de mecanismos processuais próprios, aptos a garantir o pleno acesso à justiça e à efetiva prestação jurisdicional.

Dentro das características desses novos modelos de direitos que exurgem dessa sociedade de massas - e com ela os inevitáveis conflitos de massa -, de tecnologia crescente, e onde os valores são significativamente alterados, destaca-se a impossibilidade de serem amparados através das técnicas e procedimentos tradicionais, destinados à resolução de problemas eminentemente individuais, onde a conflituosidade circunscreve-se ao autor e ao réu, perfeitamente identificados.³

² MANUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81. Nesse sentido, LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

³ Para Lenza “a transformação da sociedade, intimamente ligada à transformação do Estado (talvez a sua propulsora), acarretou a necessária alteração da prestação jurisdicional, que passou a se adequar às novas realidades e necessidades sociais. Pode-se dizer que os instrumentos processuais suficientes e adequados para a solução dos litígios individuais, marcantes na sociedade liberal, perdem a sua funcionalidade perante os novos e demasiadamente complicados conflitos coletivos [...]. Os princípios que regulavam o desenvolvimento do direito durante o surgimento do Estado Liberal, em relação ao qual o enfoque era dado ao indivíduo, inevitavelmente, não conseguem mais responder aos anseios proporcionados pelos novos movimentos sociais, ou pela evidenciação ou revelação dos direitos difusos, transindividuais ou metaindividuais, transcendentais da esfera eminentemente privada. [...] A profunda transformação estrutural da sociedade e do Estado inevitavelmente, atinge a ciência jurídica. O direito, entendido aqui em sua significação mais extensa possível, adequa-se à metamorfose social e não o contrário. A transformação antecipa-se. O direito busca acompanhá-la e jurisdionalizá-la, moldando-se à nova realidade” (LENZA, Pedro, op. cit., p. 24). A respeito da chamada sociedade de massa Rodolfo de Camargo Mancuso observa que não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado, nem mesmo para as situações jurídicas individuais. Para ele, essa é uma sociedade de indivíduos agrupados em classes ou categorias, diante de qual característica devem ser considerados e normatizados (op. cit., p. 81-82). Edis Milaré refere-se a um “processo civil de massa” (MILARÉ, Edis *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 2, n. 2, p.109-147, jul./dez. 2006. 110

Diante dessa demanda social e para garantir o acesso à justiça, garantia expressamente consignada no texto constitucional, surgem mecanismos de manejo coletivo.

A ênfase em um direito que rompa com o tradicional e esteja apto a atender à nova realidade social, de forma a garantir o efetivo acesso à justiça não se circunscreve ao ordenamento brasileiro, mas pode ser vislumbrado na doutrina alienígena.⁴

A despeito disso, cumpre esclarecer que por acesso à justiça não se deve entender apenas a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas também a capacitação dos indivíduos e grupos para que reconheçam os direitos que lhes pertencem, a fim de postularem a sua proteção junto aos órgãos competentes.⁵

Adverte a doutrina que o acesso à justiça “significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à sua disposição o meio, constitucionalmente, previsto para alcançar esse resultado”.⁶

Para Cappelletti o conceito de acesso à justiça tem sofrido mudanças. Lembra o autor que a concepção de promoção individual passa a ser alterado com o advento dos chamados direitos humanos, a partir dos quais o acesso à justiça ganha uma

(Coord). **Ação Civil Pública**: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11).

⁴ “En esa visión, el proceso común civil es el espejo donde se reflejan de la manera más directa los conflictos de nuestra época, que tocan el “corajón”, la estructura misma de la sociedad. De ahí que el fenómeno, y aun todo el sistema de justicia, ha de ser contemplado necesariamente bajo el perfil de su efectividad, de su accesibilidad, de su adecuación a las instancias de una sociedad renovada y sustentada en valores proyectados hacia la construcción de un orden social mas justo. Asi, pasan a un primer plano, para convertirse en objeto de análisis y propuestas, temas antes largamente descuidados por la dogmática tradicional, como la eficiencia de la “maquina de justicia”, la duración y costo del proceso, la accesibilidad de la justicia a todos, la correspondência del derecho procesal a valores de libertad individual y de justicia social, a las exigências y tendências evolutivas que se expresan en las nuevas “ideologias” sociales, contitucionales, supranacionales y comunitárias del mundo contemporáneo” (BERINZONCE, Roberto. **Derecho Procesal civil actual**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 9.)

⁵ PFEIFFER, Roberto A. C. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. **Revista de Direito do Consumidor**, abril-julho/1999, n. 30, p. 49-65.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71.

nova roupagem. Para o autor, o direito de acesso efetivo tem sido, progressivamente, reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismo para sua efetiva reivindicação. “O acesso à justiça pode ser encarado como requerimento fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁷

Esses mecanismos coletivos, que buscam assegurar o efetivo acesso à justiça, e algumas de suas peculiaridades, notadamente, no que se refere aos entes legitimados para a promoção da ação civil pública - espécie de ação coletiva -, serão objeto de análise do presente trabalho, consoante se verá a seguir.

2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS AÇÕES COLETIVAS

Do exposto prefacialmente, verifica-se que a sociedade moderna fez surgir novos problemas e novas preocupações, dando origem aos chamados direitos coletivos *lato sensu*.

Outrossim, cumpre destacar que nesse cenário de novos interesses, a noção de bem jurídico individual, de origem iluminista, cede lugar ao coletivo e difuso, com assento constitucional. Desse modo, a Carta Constitucional, ao lado dos direitos e garantias individuais (direitos de primeira geração), recepcionou e definiu não só os novos direitos, mas novos titulares de novos direitos (direitos estes de terceira geração, ou, como querem alguns, de quarta geração).⁸ Assim, junto à proteção individual, estabelece proteção normativa às coletividades, quando consigna, *v.g.*, o dever de respeito à integridade do ambiente e a garantia de um meio ambiente

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça** (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 11.

⁸ BERINZONCE, Roberto, op. cit., p. 27.

ecologicamente equilibrado, necessários, inclusive, ao desenvolvimento pleno dos direitos humanos.⁹

Aduz Pedro Lenza, quando discorre a respeito do acesso à ordem jurídica justa, que a partir de 1988, a Carta Constitucional passou a assegurar, de forma expressa e categórica, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

Acompanhando a definição desses novos valores, ou ainda, de novos bens jurídicos e de novos titulares desses direitos, surge a possibilidade de serem instauradas não apenas ações de natureza individual, mas coletivas, com o propósito de garantir a efetividade desses direitos.

Sobre a referida efetividade da tutela coletiva, Edis Milaré menciona que “[...] os direitos conferidos no plano material só fazem sentido quando o ordenamento jurídico coloca nas mãos de seus titulares, ou de seus representantes ideológicos [...], mecanismos efetivos para seu exercício”.¹⁰

Urge esclarecer, a princípio, o que sejam os chamados direitos coletivos em sentido lato.

Para José Marcelo Menezes Vigliar são considerados coletivos porque comportam a defesa coletiva de direitos, abarcando três modalidades de interesses, quais sejam, difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, à vista das disposições inscritas no Código de Defesa do Consumidor.¹¹

Sendo assim, fala-se, correntemente, em interesses individuais (esfera privada), interesses públicos (restritos ao Estado, enquanto sujeito de direito) e interesses metaindividuais (transindividuais ou supra-individuais, transcendentais da esfera individual, assumindo as feições difusa, coletiva ou individual homogênea).¹²

⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 83-88.

¹⁰ MILARÉ, Edis, op. cit., p. 171. Idêntica advertência fora formulada por Mauro Cappelletti, op. cit., p. 11.

¹¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

¹² LENZA, Pedro, op. cit., p. 60.

No que se refere aos interesses difusos, espécie do gênero coletivos *lato sensu*, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso I, conceitua-os como interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Dessa forma, quanto ao aspecto subjetivo, correspondem a direitos transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares, sendo que a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. No tocante ao aspecto objetivo, os interesses difusos são indivisíveis, ou seja, não podem ser satisfeitos ou lesados senão de forma que afete a todos os possíveis titulares. São insuscetíveis de apropriação individual, bem como de transmissão (seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*), renúncia e transação.¹³

Os direitos coletivos *stricto sensu*, espécie do gênero direitos coletivos, são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso II, como “os interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum”.

No aspecto subjetivo constituem direitos transindividuais, com determinação relativa dos seus titulares. Não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica base. Sob o aspecto objetivo, esses direitos são indivisíveis, não podendo ser satisfeitos nem lesados senão de forma que afete a todos os possíveis titulares. São insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão (seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*), bem como de renúncia e transação.

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos constituem direitos subjetivos individuais, não guardando ligações com os direitos transindividuais. O mesmo artigo 81 define-os como “aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum”.

¹³ ZAVASCHK, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, jan./mar. 1998, p. 148-149.

Sob o aspecto subjetivo são direitos individuais, em que há perfeita identificação do sujeito, assim da relação dele com o objeto do seu direito. A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”. No que toca ao aspecto objetivo, os direitos individuais homogêneos são divisíveis, ou seja, podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais. Além de individuais e divisíveis, são transmissíveis por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais), sendo suscetíveis de renúncia e transação (exceto direitos personalíssimos), defendidos em juízo por seu próprio titular. Normalmente, são oriundos das mesmas circunstâncias de fato.¹⁴

Hugo Nigro Mazzilli, a fim de demarcar alguns traços distintivos dos referidos direitos, adverte que não apenas os interesses coletivos, em sentido estrito, têm origem numa relação jurídica comum. Também entre os interesses difusos e individuais homogêneos há uma relação jurídica subjacente que une o respectivo grupo. Contudo, enquanto nos interesses coletivos, propriamente ditos, a lesão ao grupo provem, diretamente, da própria relação jurídica questionada no objeto da ação coletiva, nos interesses difusos e individuais homogêneos, a relação jurídica é questionada apenas como causa de pedir, com vista à reparação de um dano fático indivisível (como nos interesses difusos) ou, às vezes, até mesmo divisível (como nos interesses individuais homogêneos).¹⁵

De ver-se que, tratando-se de interesses que envolvam uma categoria determinável de pessoas, cuida-se de interesses individuais homogêneos e interesses coletivos. Quando, entretanto, referir-se a um grupo indeterminável de indivíduos ou grupo, cujos integrantes são de difícil ou impossível determinação, cuida-se de interesses difusos e todos os interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas merecem tutela coletiva para acesso à Justiça, não apenas individual.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 148-149.

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 148-149.

Esses direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, consoante mencionado a princípio, são tutelados através das chamadas ações coletivas.

Só para esclarecer, a terminologia ação coletiva deve ser considerada em seu sentido amplo, já que existem segmentos que denominam a ação civil pública como ação coletiva. Na verdade, a ação civil pública é uma das modalidades de ação coletiva, entre outros instrumentos com a mesma natureza. Desse modo, quando se menciona ação coletiva, trata-se do gênero do qual a ação civil pública é espécie.

A respeito da denominação coletiva, preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso que uma ação recebe a qualificação de coletiva, quando através dela se pretende alcançar uma dimensão coletiva e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo ou passivo; caso contrário, teríamos que chamar de coletiva toda ação civil onde se registrasse um litisconsórcio integrado por um número importante de pessoas, como se dá no chamado multitudinário. Na verdade, uma ação é coletiva, quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espreado assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses difusos, ou ao interior de certos corpos intercalares onde se aglutinam interesses coletivos, ou ainda no âmbito de certos grupos ocasionalmente, constituídos em função de uma origem comum, como se dá com os chamados indivíduos homogêneos.¹⁶

A opção pela via coletiva traz diversas vantagens, tais como a possibilidade em se alcançar, através destas, a economia processual e a efetividade do processo, evitando o conflito lógico de julgados em situações absolutamente, similares e permitir a imprescindível implementação do acesso à justiça.^{17 18}

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38. No mesmo sentido, José Menezes Vigliar. Para o referido autor, o que torna uma ação coletiva são os interesse que esta veicula.

¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletiva**: de acordo com a Lei n. 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108 e 422. Corroborando a opinião do respeitável jurista, encontra-se o magistério de Pedro Dinamarco. O referido processualista, ao fazer menção à ação civil pública, preleciona que: A ação civil pública tem grande relevância para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, diante de sua vocação inata de proteger um número grande de pessoas mediante um único processo. Ela, simultaneamente, contribui para a eliminação da litigiosidade *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 2, n. 2, p.109-147, jul./dez. 2006.* 116

De observar-se, portanto, que o manejo coletivo das demandas traz proveitos significativos, entre esses, o efetivo acesso à justiça, garantia de tutela jurisdicional do Estado sobre interesses que envolvam toda a coletividade.

Entre as diversas ações definidas como coletivas, podem ser mencionadas a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, as ações do Código de Defesa do Consumidor, as ações no controle direto de inconstitucionalidade, e mesmo, segundo alguns, o mandado de injunção coletivo.¹⁹

Contudo, as ações coletivas que merecerão atenção mais detida no presente estudo, são as ações populares e, especialmente, a ação civil pública, reguladas, respectivamente, pelas Leis ns. 4.717/1965 e 7.347/1985.

2.1. Ação Popular

A ação popular foi o primeiro instrumento processual colocado à disposição do cidadão, tornando possível a invocação da atividade jurisdicional do Estado para salvaguardar interesses que atingissem toda a coletividade.

Foi originalmente regulada pela Lei n. 4.717/1965, ganhando maior abrangência a partir da Carta Constitucional de 1988, que a incluiu no rol das garantias fundamentais, dispondo que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao

contida e para o desafoamento da máquina judiciária, mediante a eliminação de inúmeros processos individuais. É ainda um meio de dar efetividade ao princípio da igualdade entre as pessoas, na medida em que evita a loteria judiciária gerada pela diversidade de entendimentos jurisprudenciais sobre a mesma matéria (DINAMARCO, Pedro. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 13).

¹⁸ Kazuo Watanabe, quanto a isso, manifesta-se no seguinte sentido: A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras sócio-culturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos. (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 729).

¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 35.

patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.²⁰

Para Elival da Silva Ramos, atribui-se ao povo ou parcela dele, a possibilidade de pleitear a tutela jurisdicional de interesse que pertence não só a ele, como a toda a coletividade.²¹

Trata-se, portanto, de meio processual e constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão para, precipuamente, fiscalizar o Poder Público.

Poderá ser utilizada de forma preventiva (ajuizamento da ação antes da consumação dos efeitos lesivos) ou repressiva (ajuizamento da ação buscando o ressarcimento do dano causado).²²

Certo é que a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos o direito de promover a defesa de tais interesses.

Tem legitimação ativa para promover ação popular o cidadão-eleitor (*quisque de populo*), no pleno exercício de seus direitos políticos, fazendo prova disso com título de eleitor ou documento correspondente. Desse modo, no que se refere à legitimidade para promoção dessa modalidade de ação coletiva, poderá, nos moldes da lei e do texto constitucional, ser promovida por qualquer cidadão, assim considerado a pessoa física, ou seja, brasileiro nato ou naturalizado, com 16 anos ou

²⁰ Art. 5º, LXXII, CF.

²¹ De acordo com Elival da Silva Ramos, “O adjetivo popular refere-se à possibilidade reconhecida a um número bastante grande de pessoas ou, mais precisamente, a uma parcela considerável da coletividade de integrar a relação processual na condição de parte ativa ou autora. E, além disso, quando o autor popular se utiliza, concretamente, do *jus actionis* o faz sob a invocação de um interesse coletivo, ao qual se vincula, exatamente por ser membro da coletividade” (*A Ação Popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 111-112). Para José Afonso da Silva, “A *Actio Popularis* é, a um só tempo, um corretivo e uma prática de elevada democracia. Corretivo jurídico previsto pelo constituinte nacional para servir como último reduto defensivo do patrimônio público, que este deve estar entregue, em princípio, à guarda inflexível do próprio governo (...). Consiste num instituto de democracia direta, e o cidadão, que intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade” (**Ação Popular constitucional: doutrina e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 86).

²² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 429.

mais e que esteja habilitado a votar, e ainda o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos.²³

Refere-se esta à legitimação ordinária ampliada²⁴, em nome próprio e na defesa de direito próprio – participação na vida política do Estado e fiscalização da gerência do patrimônio público. Dessa maneira, descabe falar em legitimação extraordinária ou substituição processual em sede de Ação Popular. Primeiro, o autor popular não atua, propriamente, numa substituição das posições jurídicas dos demais cidadãos integrantes da coletividade, já que seu móvel precípua é a tutela judicial do direito público subjetivo à administração proba e eficaz. Naturalmente, em sendo bem sucedido nessa empreita, os demais cidadãos disso se beneficiarão por via reflexa, o que aliás é bem típico dos interesses difusos, onde se dá uma espécie de solidariedade, em que a vantagem de um se desdobra em proveito de muitos. Em segundo lugar, ao contrário do que usualmente ocorre na substituição processual, não há vínculo jurídico entre o autor e os demais cidadãos, o que permite que estes venham a juízo como litisconsortes.²⁵

Estarão sujeitos à demanda coletiva, no pólo passivo, as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º, da Lei n. 4.717/1965, as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e os beneficiários diretos do mesmo.

No que toca ao objeto da ação popular, cumpre mencionar que o texto constitucional de 1988 ampliou-o. Assim, trouxe para a órbita da vigilância popular o ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Substituiu o patrimônio de entidades públicas por entidades de que o

²³ CRETILLA JÚNIOR, José. **Os 'writs' na Constituição Federal de 1988**: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Hábeas Data, Hábeas Corpus, Ação Popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 777. Nesse mesmo sentido, MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 433.

²⁴ Nesse diapasão, MANCUSO, Rodolfo de Camargo; MORAES, Alexandre de; SILVA, José Afonso da; PASSOS, Calmon de; LEONEL, Ricardo de Barros; PACHECO, Wagner.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 160.

Estado participe, aumentando, dessa maneira, o rol de sujeitos passivos. Com a ação popular não se vulnera apenas o ato administrativo restritivamente corporalizado no cumprimento de uma atividade funcional, porém toda espécie de atuação do Poder Público, sendo perfeitamente possível, a neutralização de norma auto-executável, cujos efeitos fluem por si, independentemente, de ato para materializar-se em lesão do patrimônio público.^{26 27}

Demais disso, é perfeitamente possível a promoção do instituto popular para invalidar ato que atente contra a moralidade administrativa, princípio da Administração Pública, expressamente consignado no texto constitucional. Importa, nesse quadrante, mencionar que após a Carta Política de 1988, dispensa-se a comprovação do requisito lesividade, sendo, portanto, desnecessária a comprovação da lesão econômica para a propositura da ação popular.^{28 29}

²⁶ SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Hábeas Data, Ação Popular:** as garantias ativas dos Direitos Coletivos. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 346.

²⁷ Podem ser lembrados como atos lesivos, os atos de incompetência (quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou), vício de forma (omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis, tal como a licitação em contrato administrativo), ilegalidade do objeto (ocorrente, quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo), inexistência de motivos (fundamentos materialmente inexistentes ou juridicamente inadequados ao resultado obtido), desvio de finalidade (o agente pratica o ato visando a fim diverso daquilo previsto, explícita ou implicitamente na regra da competência). Pode-se, ademais, manejar ação popular para que se restitua, ao *status quo ante*, da área de preservação ambiental que fora conspurcada; para sobrestamento da obra pública afrontosa à moralidade administrativa, por ser desproporcional à sua finalidade ou apresentar-se suntuosa; demolição de bem público, por considerar-se que sua afirmada desconformidade com a estética do entorno não se sobrepõe à sua utilidade prática, regimes pedagógicos ditos de aprovação automática, avaliação continuada (que consultam ao interesse das estatísticas de diminuição do analfabetismo e formação do maior número possível de alunos, em detrimento da verdadeira transmissão de conhecimentos), ou ainda, a anulação de qualquer ato, fato, contrato administrativo que desfalque o erário público.

²⁸ Art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

²⁹ Para Mancuso, podem não causar prejuízo ao erário, mas caracterizam afronta ao princípio da moralidade administrativa. Para ele, são exemplos típicos de atos imorais as despesas pessoais ou familiares com viagens particulares, promover propaganda oficial com cunho personalístico, atos de nepotismo, entre outros. Sidou explica que há interesses coletivos a defender que se não integram no conceito patrimonial público, histórico e cultural, tais como o maltraçado de uma via de trânsito, a inutilização de um logradouro, uma medida tomada em detrimento da saúde e da economia do consumidor ou usuário difusamente considerados. Para ele, ainda que não constituam lesão ao patrimônio público com a restrição que denota o texto constitucional, ou firam a moralidade administrativa, cabe ação popular pois constituem interesses difusos, não individuais e que merecem a tutela por meio de uma garantia constitucional ativa, por qualquer do povo.

Autoriza-se, dessa maneira, a promoção popular para correção de prejuízos puramente morais, sem conseqüências patrimoniais e isso porque busca-se defender a coletividade.

Ficam excluídos desse rol os atos legislativos e os atos jurisdicionais, especialmente, quanto aos últimos porque, ou são atingidos pela coisa julgada material ou cabem recursos contra suas decisões.^{30 31}

Promovida ação popular de conhecimento, esta seguirá procedimento ordinário em razão de exigir-se nesta, cognição ampla e aprofundada.

E no que toca à eficácia da decisão em sede de ação popular, estende-se a todos (eficácia *erga omnes*), nos moldes do artigo 18 da Lei de Ação Popular. A lei só excetua do efeito da coisa julgada a sentença que julgar improcedente a ação por deficiência de provas, o que não deve significar seja necessariamente infundada a pretensão do autor, porém que essa pretensão poderia ser atingida se outras provas lhe dessem suporte. Todavia, para que na espécie a coisa julgada não faça sentir seu efeito de imutabilidade, é mister que a sentença contenha expressa menção de que a ação foi desestimada por deficiência de prova. Do contrário, a sentença que considerar infundada a pretensão do autor por efeito da prova produzida reveste-se da eficácia da coisa julgada material. Promovida outra ação com base na mesma causa de pedir e no mesmo pedido, autoriza-se a exceção da coisa julgada, muito embora seja outro o demandante.

³⁰ Atos de conteúdo jurisdicional – precisamente, por não se revestirem de caráter administrativo – estão excluídos do âmbito de incidência da ação popular, porque se acham sujeitos a um sistema específico de contestação, quer por via recursal, quer mediante utilização de ação rescisória. Doutrina. Tratando-se de ato de índole jurisdicional, cumpre considerar que este, ou ainda não se tornou definitivo – podendo, em tal situação, ser contestado mediante utilização dos recursos previstos na legislação processual – ou, então, já transitou em julgado, hipótese em que, havendo decisão sobre o mérito da causa, expor-se-á à possibilidade de rescisão” (STF – Pleno – Ação Originária n. 672/DF – Medida Liminar – Rel. Min. Celso de Mello).

³¹ Atos que podem ensejar nulidade e conseqüente ressarcimento são os atos de publicidade, dispensa de licitação, admissão ao serviço público, abertura de conta em nome de particular para movimentar recursos públicos, aumento ou fixação da remuneração dos vereadores para a mesma legislatura, autorização de extração, sem limitações, em floresta protetora das nascentes de águas que abastecem a população urbana, verba de representação para deputados, criação de secretarias, desapropriação sem

Outrossim, qualquer do povo pode tomar a iniciativa da causa, pode ingressar no curso do juízo e pode exercitar a execução do julgado. Portanto, se a coletividade moveu a demanda, e dela decaiu por infundada pretensão, não há como distinguir na verificação da coisa julgada.³²

De observar-se que a ação popular foi o primeiro instituto inaugurado no direito brasileiro para a defesa de direitos coletivos e difusos. A partir de então, facultou-se a qualquer cidadão – comprovada essa condição –, manejar referido instrumento para invalidar ato que lese o patrimônio público, este, amplamente, considerado.

Foi o primeiro passo do legislador no sentido de inovar o processo civil brasileiro, permitindo o acesso à justiça não apenas do particular individualmente considerado, mas desse indivíduo como integrante de uma coletividade, pleiteando direito que tenha repercussão sobre todos os demais, ainda que não tenham ingressado na demanda.

Por fim, importa mencionar que apesar de ser o primeiro instituto, não perdeu sua importância nem sua condição de ação coletiva, apta a impugnar ato que lese, direta ou indiretamente, o patrimônio público e em consequência, toda a coletividade.

2.2. Ação Civil Pública

Pode-se observar, do exposto supra, que os chamados direitos transindividuais (abarcando os direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos) não podem ser eficazmente tutelados pelos meios tradicionais, especialmente destinados às demandas individuais.

utilidade pública, proteção de documentos, obras e bens de valor histórico, artístico e cultural, impedir evasão, destruição e descaracterização de obras de arte e outros de valor históricos, artístico e cultural.

³² SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 375.

Diante disso, surgiram alguns instrumentos a fim de possibilitar o efetivo acesso à justiça, especialmente no que toca a interesses que envolvam não apenas um indivíduo, mas toda a coletividade.

E a primeira ação coletiva inaugurada, com o fito de assegurar interesses coletivos, foi a ação popular, consoante mencionado anteriormente.

Seguiu-se a ela, de forma muito particular, e constituindo um avanço legislativo, a ação civil pública, concebida como instrumento processual criado pela Lei n. 7.347/1985 para postular em juízo a defesa de interesses transindividuais.³³

Foi concebida, a princípio, para a tutela do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, tendo seu objeto alargado pelo Código de Defesa do Consumidor e de Medidas Provisórias que se seguiram de modo a abranger ‘qualquer outro interesse ou direito difuso ou coletivo e a defesa da ordem econômica e da economia popular’.

Antes de prosseguirmos à análise do instituto, vale repisar que consideram-se difusos os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; coletivos *stricto sensu*, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e os individuais homogêneos, são individuais e divisíveis, cujos interesses são de origem comum, autorizando, por essa razão, a demanda coletiva. Quaisquer desses interesses, ou seja, os essencialmente coletivos ou os coletivos apenas em sua forma, são objeto de tutela da ação civil pública.

³³ Para Edis Milaré, “A incorporação ao ordenamento positivo da Lei n. 7.347/1985 [...] além de ensejar à ciência jurídica passo de inegável progresso, sobremodo alargou as lindes jurídicas da sociedade civil. É que esta, face à institucionalização dos interesses difusos, e à correlata legitimação processual outorgada a entes habilitados a patrociná-la em juízo, abriu novos horizontes a que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a justiça” (MILARÉ, Edis, op. cit., p. 85). No mesmo diapasão, José Marcelo de Menezes Vigliar, para quem “Esse diploma legal constitui o marco para grandes avanços que se sucederam e para um efetivo acesso à justiça, proporcionando agora a possibilidade de se postular em juízo a tutela dos interesses transindividuais, porque veiculou novidades que obrigaram a uma releitura do tradicional art. 4º do CPC, concebido, repita-se, sob o influxo da visão do processualista que ainda necessitava vencer a segunda fase metodológica referida na ciência processual (VIGLIAR, José Marcelo de Menezes, op. cit., p. 85).

Desse modo, o que se pretende tutelar através da ação civil pública é, além do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, quaisquer outros interesses transindividuais, ou ainda, interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e de interesses, acidentalmente, coletivos (individuais homogêneos). Com essa fórmula, o legislador teria, em tese, ampliado significativamente o objeto da ação popular.³⁴

Trata-se de instituto de natureza eminentemente processual. Assim como ocorre em sede de ação popular, busca-se ampla cognição, razão da adoção do procedimento ordinário.

No que se refere à legitimidade para agir em ação civil pública, deve ser promovida tão somente pelas pessoas taxativamente consignadas no texto legal, diferentemente do que ocorre com seu objeto, cujo rol apresentado pela lei é tão somente exemplificativo. Dessa maneira, tratando-se de rol taxativo, não é possível a sua ampliação por força de interpretação extensiva ou analógica. Nesse ponto distingue-se da ação popular, cuja legitimidade é de qualquer cidadão, bastando comprovar-se essa condição.

Nos moldes do artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, são legitimados e habilitados para a promoção da ação civil pública o Ministério Público, as pessoas jurídicas de Direito Público da administração direta (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), as pessoas jurídicas de direito público ou privado da administração indireta (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista), associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais

³⁴ A respeito do objeto sob análise, leciona Pedro Lenza que “O direito material que se pretende tutelar é transindividual: a) difuso ou coletivo *stricto sensu*, nos termos do art. 1º da LACCP, dentre os quais, sem previsão taxativa, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à infração da ordem econômica e da economia popular ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo; b) individual homogêneo, nos termos do art. 91 e ss, c/c o art. 117 do CDC, tendo em vista a complementaridade do sistema do Código de Defesa do Consumidor com o da Lei da Ação Civil Pública, em razão dos arts. 90 do CDC e 21 da LACP. Assim, na medida em que as hipóteses do art. 1º da LACP não são taxativas e, sabendo-se que o CDC e a LACP se completam reciprocamente, pode-se dizer que o objeto da LACP é a tutela de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos [...]”. (Op. cit., p. 11).

compatíveis com a defesa dos interesses postulados em juízo. Acrescente-se a esse rol as entidades da Administração Pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinadas à defesa dos interesses supra-individuais, bem como os sindicatos e as comunidades indígenas.³⁵

No que se refere aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, são legitimados ativos à ação coletiva, mais especificamente ao ajuizamento de mandado de segurança coletivo.

No âmbito da ação civil pública fala-se em legitimidade extraordinária ou substituição processual, tendo em vista que o legitimado, expressamente arrolado pelo artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, promoverá a demanda coletiva em nome próprio e no interesse alheio, substituindo os demais interessados de modo que o pleito atinja a todos eles.³⁶

Em que pese o entendimento da maioria doutrinária no sentido de tratar-se de legitimação extraordinária, há entendimento no sentido de tratar-se de legitimação anômala de tipo misto^{37 38} ou autônoma para a condução do processo.³⁹ Justifica-se essa posição porque a espécie de legitimação, *in casu*, seria ordinária – no que se refere ao legitimado que promove a ação, porque busca a tutela de direito próprio -, e igualmente extraordinária – quando substitui os demais sujeitos a quem tocariam os interesses difusos. Esse, na verdade, parece ser o entendimento mais coerente.⁴⁰

³⁵ LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 157.

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, op. cit., p. 228.

³⁷ Diz-se maioria doutrinária porque pode-se encontrar diferentes posicionamentos. De ver-se pelo magistério de Ricardo de Barros Leonel que adverte que as concepções de legitimação ordinária e extraordinária não se adequam em matéria de interesses supra-individuais. “A posição que melhor se ajusta à identificação da natureza jurídica da legitimação para a defesa dos interesses difusos e coletivos é no sentido de que se trata de legitimação denominada autônoma para a condução do processo (op. cit., p. 159).

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 228.

³⁹ LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 159.

⁴⁰ Quanto ao entendimento de ser a legitimação autônoma, também advogam Arruda Alvim e Nelson Nery Júnior.

Nesse sentido, adverte Rodolfo de Camargo Mancuso⁴¹ que em sede de ações coletivas não é possível coincidir, como no processo civil tradicional, numa mesma pessoa as figuras do interessado e do legitimado (legitimação ordinária). Em sede de ações coletivas, onde o objeto tutelado é metaindividual, não existe um único titular e o interesse não pode ser fracionado, de sorte que a legitimação deva igualmente ser difusa.⁴² E sendo difusa a legitimação, é de ser reconhecida uma legitimação disjuntiva e concorrente aos cidadãos, *per se* ou agrupados em associações e bem assim, aos entes e órgãos públicos interessados *ratione materiae*.⁴³

Tal como ocorre na seara da ação popular, tratando-se de um instrumento de natureza coletiva, os efeitos da decisão no âmbito da ação civil pública, estendem-se à toda a coletividade.

Particularmente, no que se refere à coisa julgada, se o processo for extinto sem o julgamento do mérito, ou seja, por sentença terminativa, a decisão não fará coisa julgada material, mas apenas formal. Se o pedido é julgado improcedente por deficiência de provas, a sentença, igualmente, não fará coisa julgada material, podendo o autor ou qualquer outro co-legitimado propor ação idêntica. Se o pedido é julgado improcedente por outro motivo que não a deficiência de prova, a sentença fará coisa julgada material *erga omnes* ou *ultra partes*, mas apenas em relação aos legitimados ativos para a ação civil pública. Os interessados individuais, componentes do grupo determinado ou indeterminado de pessoas representado na ação civil pública, não serão atingidos pela autoridade da coisa julgada. E se o pedido for julgado procedente, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra parte* em sua plenitude, inclusive para beneficiar os interessados individuais, que não precisarão ajuizar ações para a defesa de seus interesses, bastando que promovam a liquidação e execução de seus créditos.⁴⁴

⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de C., op. cit., p. 228.

⁴² OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Ação civil pública: enfoques trabalhistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 30.

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 225.

⁴⁴ MILARÉ, Edis, op. cit., p. 534-535.

Para finalizar essas considerações, calha traçar as distinções mais significativas entre os dois instrumentos processuais coletivos.

De observar-se que a legitimação para promoção da ação popular é do cidadão-eleitor. Refere-se esta à legitimação ordinária porque o autor exerce seu direito, sem embargo de que todos os demais cidadãos também possam fazê-lo separadamente. De outra parte, a legitimação para ação civil pública circunscreve-se ao rol indicado no artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, prevalecendo o entendimento no sentido de tratar-se de legitimação extraordinária, já que o legitimado substituiu o grupo por ele representado. No que se refere à atuação do Ministério Público, em se tratando de ação popular, não ocupa posição de mero fiscal da lei, porque cumpre-lhe não apenas acompanhar a ação, mas também, obrigatoriamente, empenhar-se na produção da prova, diligenciar para que as requisições de documentos sejam atendidas dentro dos prazos, promover a responsabilidade criminal ou civil dos que nela incidirem, suprir a negligência do autor na execução da sentença e, facultativamente, promover o prosseguimento da ação em caso de desistência pelo autor, além de estar habilitado para recorrer da decisão proferida contra o autor popular. Poderá assumir ou não a demanda se desistir o autor popular, podendo, ademais, se posicionar até mesmo contra o autor principal, mas sempre em prol do interesse público. Em sede de ação civil pública, o Ministério Público é um dos legitimados ativos, e não sendo autor, tem o dever de atuar como fiscal da lei. Quanto ao objeto da ação popular, versa sobre a decretação de nulidade de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.⁴⁵ O objeto da ação civil pública versa sobre a defesa do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e sobre qualquer interesse de natureza transindividual de modo a ampliar sobremaneira o objeto da ação popular.⁴⁶

⁴⁵ Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

⁴⁶ Art. 1º da Lei n. 7.347/1985.

Podem ser apontadas, de outra parte, semelhanças entre os institutos. Assim, ação popular e ação civil pública buscam resguardar, em verdade, interesse de natureza coletiva. Em ambos institutos, admite-se medida liminar, com ou sem justificação prévia, a fim de paralisar o perigo que poderá advir pela demora da prestação jurisdicional. E em se tratando da sentença proferida no bojo dessas ações coletivas, revestem-se de coisa julgada com efeito *erga omnes*, sempre que procedente a ação e não tem esse efeito quando a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com idêntico fundamento. Em ambos os institutos é prevista a condenação ao autor nas sanções da litigância de má-fé.

Importa consignar que a ação civil pública distingue-se da ação popular e se particulariza pela ampliação de seu objeto, atingindo a tutela de qualquer interesse transindividual. Igualmente, distingue-se e particulariza-se no que se refere à legitimação para promoção do referido instituto, por conter um rol taxativo, o que poderia dar azo a argüições de inconstitucionalidade, já que a referida limitação acabaria impedindo o acesso à justiça de entes não legitimados.

Contudo, a constitucionalidade da referida disposição será objeto de análise do tópico a seguir.

3. LEGITIMIDADE PARA PROMOÇÃO DA AÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI N. 7.347/1985

De acordo com o exposto anteriormente, verifica-se que com o advento da sociedade de massas e do surgimento dos interesses transindividuais, surgiram novos mecanismos de natureza coletiva e novas formas de operar o direito, tudo no afã de atender às novas demandas e promover o real acesso à justiça.

Esses novos mecanismos constituem-se de ações de natureza eminentemente coletiva, de forma a proteger um grande número de pessoas mediante um único processo, de forma que a decisão seja uniforme e atinja a todos os que participarem do procedimento e que venham, ainda que indiretamente, a sujeitar-se aos comandos

da decisão coletiva, fazendo valer os postulados da economia processual e da efetividade do processo.

No entanto, um dos maiores problemas referentes às ações coletivas refere-se à legitimidade para a sua promoção.

Desse modo, revisitou-se o conceito de legitimação ordinária prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil que dispõe que 'ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo, quando autorizado por lei'. Sob essa ótica, alguns bens ou direitos de interesse de toda a coletividade não poderiam ser defendidos porque, como primeiro argumento, todos os titulares desse direito não poderiam comparecer em juízo.⁴⁷

Assim, para atender aos anseios coletivos e alcançar, através do resultado dessas demandas, um grupo de pessoas ou toda a coletividade, admite-se a promoção coletiva desses instrumentos.

No entanto, para que se realize o manejo coletivo, o agrupamento deve estar, adequadamente, representado, o que será vislumbrado, à primeira vista, através da legitimação para agir, especialmente constante nas Leis ns. 7.347/1985 e 8.078/1990.

No tocante, particularmente, à legitimação prevista no artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, poderia se dizer estar referida norma eivada de inconstitucionalidade, justamente por arrolar, taxativamente, os legitimados para a promoção da ação civil pública, limitando, dessa maneira, o acesso à justiça daqueles que não se amoldam à previsão normativa.

Em que pese referida consideração, encontra-se na doutrina posicionamento defendendo a constitucionalidade da legitimação, sob o argumento de que, tendo o texto constitucional passado a considerar não apenas direitos individuais, como coletivos, passou, igualmente, a reconhecer novas garantias constitucionais do processo. Dessa maneira, se os interessados estão adequadamente representados

⁴⁷ Nesse sentido, Pedro Lenza esclarece que através das novas demandas, "alteram-se [...] não só o conceito de legitimidade *ad causam*, como a noção de coisa julgada, competência e, notadamente, a posição do juiz na condução do processo" (op. cit., p. 139).

pelos entes legitimados, significa que foram respeitados o princípio do devido processo legal, o direito constitucional de ação, a inafastabilidade da jurisdição, entre outras garantias fundamentais.⁴⁸

A propósito de não ser inconstitucional a eleição de determinados entes para a promoção da demanda coletiva, defende Ricardo de Barros Leonel que:

Melhor se apresenta a solução adotada no ordenamento brasileiro consistente na concessão de legitimação a alguns entes, a princípio idôneos. Aqui não se pode falar em exclusão do direito de ação, estando assegurada a garantia constitucional porque exercida por entes adequadamente representativos dos demais interessados ausentes do processo, não habilitados a propor demandas, por presunção legal firmada pelo legislador.⁴⁹

Acresça-se a esse argumento outros que atestam a constitucionalidade do artigo em questão, tendo em vista não limitar, de qualquer forma, o acesso à justiça.

Antes de analisarmos a questão da constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, cumpre mencionar que uma das principais distinções entre a ação civil pública e a ação popular, toca, justamente, à legitimidade para sua promoção.

Quanto à espécie de legitimação, entende a maioria doutrinária que em sede de ação popular, há legitimação ordinária, tendo em vista que qualquer cidadão poderá movimentar a máquina judiciária para atender uma pretensão que é sua, mas que refletirá em toda a coletividade, e em sede de ação civil pública, legitimação extraordinária ou substituição processual, porque a *legitimatío ad processum* pertence a um terceiro que virá a juízo defender, em nome próprio, interesses jurídicos de outrem, devendo, para tanto, estar legalmente autorizado.⁵⁰

Consoante mencionado prefacialmente, e com fulcro no texto constitucional, através do instituto popular qualquer cidadão poderá promover o seu manejo para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

⁴⁸ LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 163.

⁴⁹ LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 161-162.

⁵⁰ OLIVEIRA, Francisco de O, op. cit., p. 87.

De notar-se que as ações coletivas mencionadas tem praticamente o mesmo objeto, o que “[...] poderia levar o leitor a suspeitar que ambas, então, passariam a constituir um único e mesmo fenômeno”.⁵¹

Questão que têm sido vislumbrada pela doutrina, tendo em vista que o objeto das referidas ações coletivas versa sobre interesse transindividual, diz respeito à atualidade do instituto popular. Isso porque a ação civil pública, um dos mais modernos instrumentos processuais colocados à disposição da coletividade, teria ofuscado a ação popular, razão pela qual esta teria perdido a sua utilidade.

A respeito da atualidade do instituto, ensina Othon Sidou que, não obstante meio século de existência, é o remédio de talvez mais modesta presença nas estatísticas forenses. Para o referido autor, o que justifica a escassa intervenção da demanda popular no velamento da honesta administração pública é que o Estado, por seus órgãos fiscalizadores, está razoavelmente atento e por seus instrumentos executores está, desejavelmente, dócil às normas, sem prejuízo de que há um intuito para chamar-lhe à razão em caso de desvio dessa conduta.⁵²

Para Francisco Antônio de Oliveira, a ação civil pública veio, de alguma maneira, “desacoroçoar” o ingresso em juízo da ação popular, não só levando em conta a abrangência maior daquela, como a instrumentalidade mais ágil proporcionada pela ação civil pública, ficando o instituto popular restrito ao cidadão.⁵³ Em posição absolutamente diversa, encontra-se a opinião de Ricardo de Barros Leonel para quem a ação popular foi o antecedente mais claro da tutela judicial dos interesses metaindividuais, e continua em pleno vigor. Para ele, o instituto da ação civil pública não ofuscou a utilização da ação popular, mas veio para reforçar a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos, objeto das referidas ações.⁵⁴

⁵¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 90.

⁵² SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 379.

⁵³ OLIVEIRA, Francisco Antonio de, op. cit., p. 23.

⁵⁴ LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 422.

No que se refere ao assunto, é de se fazer referência, novamente, à legitimidade para a promoção da ação civil pública. Nesse sentido, o artigo 5º da Lei n. 7.347/1985 arrola, taxativamente, os legitimados para a promoção da ação em referência.

Diante disso, pode-se argumentar que referida disposição estaria eivada de inconstitucionalidade, já que a Carta Magna, ao lado de outras garantias, arrola o acesso à justiça em caso de lesão ou ameaça a direito. Ademais, a Carta Política de 1988 traz como traço característico, justamente, a inclusão da proteção aos direitos coletivos e difusos, não apenas individuais.

Contudo, objetiva-se que não há que se falar em inconstitucionalidade da referida disposição, porque não há qualquer limitação para a promoção do instrumento coletivo, consoante se falou anteriormente.

Em primeiro lugar, de acordo com o texto constitucional e as garantias ali consignadas, qualquer cidadão possui, à sua disposição, a garantia de manejar ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.⁵⁵

Através da ampliação do objeto da ação popular no texto constitucional de 1988, são abarcadas as lesões ao patrimônio público, amplamente considerado (ai abarcado o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural), tocando o mesmo objeto da Ação Civil Pública.

No que se refere à impugnação de atos lesivos ao patrimônio público, com a mencionada ampliação, não há necessidade de qualquer conotação econômica ou patrimonial. Nesse sentido, é assente o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que já não é mais necessária a comprovação dos requisitos moralidade-lesividade. Portanto, suficiente que o ato impugnado tenha tocado a moralidade administrativa, abrindo-se, com isso, um leque para atacar lesões ao Poder Público e,

⁵⁵ Art. 5º, LLXXIII, da Constituição Federal.

imediatamente, à coletividade. Dessarte, a lesão de natureza puramente moral é suficiente para ensejar o manejo do instrumento popular.⁵⁶

De observar-se que a simples 'imoralidade' do ato administrativo, ou seja, qualquer ato que atente contra os princípios gerais da Administração Pública, é suficiente para autorizar a ação popular. Dispensada a comprovação da lesividade, deu-se maior abrangência ao objeto do mencionado instrumento coletivo, abrindo-se a possibilidade de impugnação de atos administrativos de toda e qualquer sorte.

Ademais, a abrangência não se deve, apenas, à inexigibilidade de lesividade. Autoriza a Lei da Ação Popular interpretação extensiva quanto à expressão patrimônio público. O ambiente, por exemplo, embora textualmente previsto, nada mais é que parte integrante do patrimônio público.⁵⁷

Dessa forma, ainda que se diga que a Lei n. 7.347/1985 teve seu objeto significativamente ampliado em relação ao objeto da ação popular, considerando as expressões moralidade administrativa e patrimônio público e autorizando-se a interpretação extensiva, seu objeto ganha contornos mais amplos, aproximando-se do objeto consignado exemplificativamente na referida lei.

De ver-se, disso, que a ação popular, em que pese sua menor utilização em relação às ações civis públicas, ainda é instituto que encontra-se em pleno vigor. Igualmente, não obstante o tempo de sua criação, é considerado atual, já que tem por

⁵⁶ Ato administrativo lesivo ao patrimônio público – ilegalidade – requisito objetivo único para o acolhimento da ação. Não são dois os requisitos objetivos para o acolhimento da ação popular, mas um só. A lesividade decorre da legalidade. Está ela *in re ipsa*. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente, no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. Dispensável à existência de lesão. Se moral, está no próprio objeto do ato administrativo ou, no objeto do contrato (RT 162/59).

Ação Popular: abertura de conta em nome de particular para movimentar recursos públicos. Patrimônio material do poder público. Moralidade administrativa. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º, da CF, norma esta que abarca não só o patrimônio material do PO, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico (STF – 1ª T, Rextr, n. 170.768-2/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ Seção I, 26/ago/1999, p. 16).

objeto impugnar atos que violem patrimônio pertencente à toda a coletividade, e que por essa razão, atinge toda a coletividade.

Dessarte, ainda que não seja possível a utilização de ação civil pública para defesa de interesse transindividual em razão da enumeração taxativa da legitimidade, é perfeitamente possível o manejo da ação popular, se considerado o objeto de tutela daquela.

Daí, como primeiro argumento, não se poder dizer inconstitucional a disposição do artigo 5º da referida Lei, porque limitaria o acesso à justiça. A propósito, a Lei da ação civil pública faz previsão, inclusive, da propositura conjunta de ambos os institutos, podendo ser, perfeitamente, promovida ação popular pelo cidadão e ação civil pública pelo ente legitimado, visando a tutela do mesmo direito transindividual tocado.⁵⁸

Verifica-se, pelos argumentos expendidos, que a defesa de direito difuso não se dá, unicamente, através da ação civil pública e pelos entes legitimados pela Lei n. 7.347/1985. Nesse contexto, a ação popular ganha destaque especial, porque através dela qualquer cidadão poderá promover a tutela dessa modalidade de interesse.

E ainda que se defenda a possibilidade de manejo da ação popular em face da ação civil pública, outros argumentos podem ser consignados, demonstrando inexistir qualquer inconstitucionalidade referente à limitação prevista no artigo 5º da referida lei.

Agregue-se a esse raciocínio outros. Nesse sentido, poderá a defesa de interesse que reflita sobre toda a coletividade também ser realizada individualmente, pois, quando a Constituição Federal consignou como garantia ao direito à jurisdição⁵⁹, estabeleceu que, independentemente, da espécie de lesão sofrida, tem o indivíduo direito de invocar a tutela jurisdicional.

⁵⁷ PFEIFFER, Roberto A. C., op. cit., p. 55.

⁵⁸ Art. 1º da Lei n. 7.347/1985.

⁵⁹ De acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

De notar-se que, ainda que tenha à sua disposição a possibilidade de manejo do instrumento coletivo, não é obrigado a essa via. A propósito, é justamente a Constituição Federal que lhe outorga o direito de postular em juízo individual ou coletivamente. Portanto, se preferir o meio individual, poderá fazê-lo, o que lhe assegura o pleno acesso à justiça, tal como mencionado na Carta Constitucional.^{60 61}

De acordo com o mencionado anteriormente, inegavelmente, a opção pela ação coletiva traz algumas vantagens ao postulante, particularmente, a economia processual e a efetividade do processo, de forma a evitar decisões divergentes para as mesmas situações fáticas. No entanto, isso não impede a ação individual, ficando plenamente assegurado o pugnado acesso à justiça.

E ainda que se argumente que o manejo das ações coletivas se torne, economicamente, mais viável em face da promoção individual, tendo em vista o número de litigantes e a dispensa de pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, ao lado da garantia constitucional de acesso à jurisdição, complementando essa disposição, o legislador constituinte arrolou a garantia à assistência jurídica integral e gratuita. Desse modo, ainda que a promoção seja

⁶⁰ Como é de sabença, tanto os direitos difusos quanto os coletivos se caracterizam como direitos transindividuais de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato, e os segundos a um grupo de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, através de uma única relação jurídica. Por conseguinte, os direitos individuais homogêneos, que tem a mesma origem no tocante aos fatos geradores, recomendam, por essa identidade, a defesa de todos a um só tempo. Trata-se de legitimidade concorrente, já que os consumidores lesados poderão, individualmente, demandar em nome próprio, ou, de acordo com a conveniência de cada um, se beneficiarem com decisões que lhes forem favoráveis. Recursos improvidos (ApCiv. 19478100 – 9ª Câm. Civ. – TJRJ, j. 27.03.2001 – Des. Paulo César Salomão – DORJ 20.09.2001).

⁶¹ No que toca ao assunto do acesso à justiça de modo individual ou coletivo, em sede de direitos do consumidor, por exemplo, Arruda Alvim adverte que, no que diz com a previsão da possibilidade de tutela individual, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 81, *caput*), em si mesma a previsão é despicienda, porquanto, em realidade, seria inviável, porque inconstitucional, que o contrário tivesse sido dito. Isto porque o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é expresso atinentemente à previsão do pleno acesso ao Poder Judiciário, quer na hipótese de lesão a direito, quer, ainda, quando ocorra mera “ameaça a direito”. Desta forma, portanto, a previsão, nesse texto e em outros, tem, precipuamente, o sentido de coadunar e disciplinar as relações que podem existir entre a tutela individual e a tutela coletiva. O que é importante, todavia, é aplicar-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor de tal forma a que não fique, em hipótese alguma, obstada ou

individual, para que o interessado tenha acesso efetivo à prestação jurisdicional, poderá fazer jus à gratuidade da justiça.⁶²

Por outro lado, o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor facultou o manejo da ação coletiva por entidades de fato, pois que mencionou “ainda que sem personalidade jurídica”. E tendo em vista a interpretação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 7.347/1985, pode-se dizer que a promoção da ação civil pública poderá ser feita de modo individual, coletivo (pelos entes legitimados), ou por associações. Isso porque, a movimentação poderá, além de individual, ser feita através de grupos sociais de fato ou não personificados.

Tal argumento fica patente, igualmente, através do artigo 5º, § 4º, da Lei de Ação Civil Pública, previsão reafirmada no § 1º, do artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor e particularmente da previsão do inciso IV do mesmo dispositivo. Dessa maneira, é possível o manuseio de ação civil pública através de associações, dispensado o requisito de pré-constituição de um ano e autorização assemblear, comprovado, entretanto, o manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido. Suficiente, portanto, a organização em associação para a defesa de interesse, reconhecidamente, coletivo. Os Tribunais já manifestaram opinião semelhante.⁶³

Através disso, fica garantido o pleno acesso à justiça por aqueles que sofrerem lesão ou ameaça de lesão a direito seu e de toda a coletividade.⁶⁴

prejudicada a ação individual, se o consumidor tiver escolhido essa via. (ALVIM, Arruda *et al.* **Código do consumidor comentado**. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 357-358).

⁶² Art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

⁶³ O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança. Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano, da associação autora da ação, de que trata o inc. III, do parágrafo único, do art. 82, do CDC, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos [...] (REsp. 106.888-PR – 2ª Seção – STJ – j. 28.03.2001 – Rel. Min. César Asfor Rocha – DJU 05.08.2002).

⁶⁴ Essa opinião é encontrada em Ricardo de Barros Leonel, *op. cit.*, p. 167.

Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor não teria ampliado tão somente o objeto da ação civil pública, como também o rol de legitimados para a ação, demonstrando a inexistência de qualquer forma de limitação ao manejo desta, razão pela qual não se pode falar em qualquer inconstitucionalidade.⁶⁵

Poderia se defender que o acesso à justiça por grupos não organizados ensejaria certos abusos. No entanto, ao juiz, com base em critérios fixados previamente pelo legislador, caberia averiguar a representatividade adequada. Outrossim, a admissão desses grupos destituídos de personalidade jurídica, levaria em consideração a “capacidade de expressão coletiva do grupo e a natureza socialmente relevante de seu objeto”, sobretudo. Ademais, para prevenir eventuais lides temerárias por parte desses grupos, podem ser estabelecidas sanções pelo seu uso indevido.

Além dessas considerações, adverte Mancuso que em se tratando de interesses difusos, a exigência da personalidade jurídica deveria sofrer temperamentos especiais, à vista de sua natureza fluida. Desse modo, o fato de um agrupamento portador desses interesses não ser dotado de personalidade jurídica não deve ser erigido em óbice à tutela jurisdicional, podendo aquele item ser suprido pelos elementos de ordem objetiva – expressão coletiva do grupo e natureza socialmente relevante do objeto -, consoante mencionado supra.⁶⁶

Além da defesa por associações sem personalidade jurídica, igualmente, o cidadão poderia figurar no rol de legitimados à ação civil pública já que para alguns, o objeto desta foi significativamente ampliado pelo Código de Defesa do

⁶⁵ Quanto a esse aspecto, sugere Rodolfo de Camargo Mancuso, a fim de repelir os argumentos a respeito da inconstitucionalidade do artigo 5º, por atribuir a atuação a certos órgãos governamentais ou mesmo ao Ministério Público, lembra que há quem minimize a importância da personalidade jurídica das associações, de sorte a admitir a legitimação de sociedades de fato, vejamos: “Quer nos parecer, porém, que a existência de personificação jurídica do grupo, se é adequada às ações individuais [...], deve ser vista com certos temperamentos, quando se trate de ações objetivando a tutela de interesses superindividuais, pela natureza mesma desses interesses. Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para obter legitimação ativa, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinar em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 101, 196.)

⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 196-202.

Consumidor, fazendo com que a ação popular perdesse, em tese, sua utilidade. Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel, analisando a atualidade da ação popular, seu objeto e a questão da legitimidade para a promoção da ação civil pública, sugere que se inclua no rol dos legitimados à promoção da referida ação, o cidadão. Explica o autor que essa modificação não pode ocorrer sem que outras cautelas sejam adotadas, especialmente no que toca à aferição da adequação da representação, quando envolvidos interesses individuais homogêneos. Para ele, “caso acolhida a legitimação do cidadão, será imprescindível a inserção de fórmulas de aferição da condição de representante adequado, bem como a especificação do contra-ponto de responsabilidade para casos de litigância temerária”. Acresça-se a isso, por fim, a criação de órgãos judiciais especializados para o atendimento de demandas coletivas.⁶⁷

De outra banda, cumpre lembrar que um dos titulares da ação civil pública é o Ministério Público.⁶⁸ O artigo 129, II, da Constituição Federal dispõe que são funções institucionais do *Parquet* zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Constitucional, promovendo medidas necessárias a sua garantia. Logo a seguir, no inciso III, menciona que igualmente lhe cabe promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Dessa sorte, não promovida ação civil pública por qualquer ente legitimado, não sendo facultado esse direito ao cidadão em particular como nas ações populares,

⁶⁷ LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 422.

⁶⁸ A Lei n. 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público -, em seu artigo 25, IV, ‘a’ e ‘b’, estabelece o seguinte: Além das funções previstas nas Constituições Federais e Estaduais, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV – promover o Inquérito Civil e Ação Civil Pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao Meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

pode esse mesmo indivíduo, que possui interesse em ver salvaguardado seu direito, que é igualmente direito de toda a coletividade, recorrer ao Ministério Público para que promova, por ele, e como seu substituto, ação civil pública, posto que tem como função institucional zelar pelo respeito ao Poder Público e às garantias consignadas no texto magno.⁶⁹

A propósito, em que pese a existência de argumentos contrários, o Ministério Público, de todos os legitimados, é a instituição que possui maiores condições concretas para a proteção dos interesses metaindividuais, seja por sua estrutura e independência, seja pelos poderes que para tal escopo lhe foram conferidos pelo legislador.⁷⁰

E ainda que se argumente da impossibilidade do manuseio de ação civil pública pelo *Parquet* para tutela de interesses individuais homogêneos, o entendimento já encontra-se sedimentado no sentido de que é, perfeitamente, possível.⁷¹

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, quanto à possibilidade de defesa pelo Ministério Público, de interesse individual homogêneo, podem ser citados três

⁶⁹ Quanto à legitimação do *Parquet* para a promoção da ação civil pública, como substituto de toda a coletividade e como defensor da mesma, leciona Ricardo de Barros Leonel: “Quanto ao Ministério Público, pelas suas próprias características e configuração constitucional – instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis -, quando o legislador reconheceu sua legitimação presumiu seu interesse material ou pertinência temática com relação a qualquer interesse metaindividual, considerando-o verdadeiro defensor da sociedade. Esta presunção é absoluta, e não comporta nem mesmo demonstração em contrário”. (LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 163).

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 105. Nesse sentido, LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 163.

⁷¹ A vigência do art. 81, III, do CDC, cuja constitucionalidade não foi posta, seguiu em dúvida pelos doutrinadores que tratam do tema, da legitimidade *ad causam* ao Ministério Público para a ação civil pública na hipótese em tela, que, indubitavelmente, envolve direitos individuais homogêneos, “decorrentes de origem comum”, visto que interessam, em tese, pelo menos, a uma coletividade indeterminada de pessoas. Isto, a partir de uma cláusula inserta em contrato de consórcio, de adesão, envolvendo marca conhecida de veículo automotor, que é a “origem comum” desses interesses ou direitos individuais homogêneos. Não reconhecer tal legitimidade *ad causam* para a ação civil pública, no caso, importaria, em verdade, na negativa de vigência do art. 81, III, do CDC, editado com previsão para obstar uma eventual pulverização de ações, que serviria para assoberbar, ainda mais, o Poder Judiciário, concorrendo para o desprestígio deste, já tão prejudicado pelo avolumado de demandas, e

posicionamentos, quais sejam: a) restritivo, segundo o qual ao Ministério Público cabe, unicamente, a defesa de interesses difusos e coletivos, já que a Constituição teria excluído os interesses individuais homogêneos; b) ampliativo no sentido de que ao órgão ministerial foi conferida legitimidade para a defesa de quaisquer interesses transindividuais. Assim, o Código de Defesa do Consumidor permite ao Ministério Público ajuizar ação coletiva em prol de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não só em matérias atinentes às relações de consumo, mas também em qualquer outra área que envolva interesses transindividuais, além da previsão para instauração de inquérito civil para defesa de interesses individuais homogêneos na Lei Orgânica do Ministério Público da União e Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; c) mitigado, no sentido de se aferir a conveniência social da atuação do Ministério Público em defesa de interesses transindividuais, atendendo-se à natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas), à dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos) e interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, questões tributárias, etc.).⁷²

Vigora o entendimento 'mitigado', segundo o qual a defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas, só se pode fazer pelo Ministério Público, quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do *Parquet*. Nesse sentido é, aliás, o posicionamento dos Tribunais e inclusive, do Supremo Tribunal Federal, que leva em consideração, nesse caso, o conteúdo social do interesse.^{73 74 75 76}

tornando precária a correta e uniforme aplicação do direito ao caso concreto (AGIn 16.351/2000 – 8ª Câm. Cív. – TJRJ – j. 07.08.2001 – Des. Paulo Lara – DORJ – 14.02.2002).

⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 87.

⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 87-88. Nesse sentido, WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 745.

⁷⁴ Para Ada Pellegrini Grinover existem pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada por lei ordinária, já que o artigo 129, III, da Carta Constitucional estabelece, como atribuição do Ministério Público, a defesa de interesses difusos e coletivos, tão somente. Outro argumento contrário à legitimação do *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 2, n. 2, p.109-147, jul./dez. 2006.* 140

Além da promoção pelo Ministério Público, há quem entenda que para a tutela de direitos difusos e coletivos seria legitimada a Defensoria Pública dos Estados, definida pelo texto magno como ‘instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus’.⁷⁷ Em primeiro lugar, porque o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 5º

Parquet é no sentido de que o texto constitucional (art. 127), determina a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis pelo Ministério Público, no qual não se encontram os interesses individuais homogêneos posto que seriam disponíveis. Outro argumento, nesse sentido, diz respeito à circunstância de admitir-se a legitimação do Ministério Público para casos que tais estaria se retirando do cidadão a liberdade de escolha, não se podendo obrigar ninguém a ter um direito reconhecido contra a sua vontade. Para a autora em referência o CDC que cria a categoria dos interesses individuais homogêneos é posterior à Constituição Federal. Por essa razão, deve-se fazer uma interpretação extensiva enquadrando os interesses individuais na categoria dos interesses coletivos, pois essa é a tendência da doutrina nacional e inclusive internacional, pois não estão nem entre os interesses privados nem públicos. Segundo a professora, ainda que se trate de interesses disponíveis, o que confere legitimidade ao Ministério Público é a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos. Trata-se, à teor da norma insculpida no art. 127 da Carta Constitucional, de atribuição compatível com a finalidade do Ministério Público. Adverte, ademais, que ‘quando muito’, poderia se exigir que a relevância social fosse aferida caso a caso. E no que se refere à impor aos beneficiários direito que talvez não queiram exercer, não tem fundamento, vez que após a sentença condenatória, caberá à iniciativa do beneficiário habilitar-se à liquidação da sentença (op. cit., p. 763).

⁷⁵ FERNANDES, Tycho Brahe; GUIMARÃES, Ângela Silva. **A legitimação do Ministério Público na tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos.** OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de; LEITE, José Rubens Morato. *Cidadania Coletiva*, p. 150.

⁷⁶ Esse posicionamento, inclusive, é sustentado por Nelson Nery Júnior, para quem é função do institucional do Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127, *caput*, CF), atribuição esta conferida pelo ar. 82, da Lei n. 8.078/1990, que por sua vez obedece ao disposto no art. 129, IX, da Constituição Federal, autorizando a ação do *Parquet* para defesa coletiva de qualquer espécie de direitos transindividuais, vejamos: [...] as normas do CDC são, *ex lege*, de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC). Ao definir o perfil institucional do Ministério Público, o art. 127 da CF diz ser o *parquet* instituição que tem por finalidade a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, o ajuizamento, pelo Ministério Público, de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos tratados coletivamente está em perfeita consonância com suas finalidades institucionais, sendo legítima a atribuição, ao Ministério Público, dessa legitimidade para agir, pelos arts. 81 e 82 do CDC, de conformidade com os arts. 127 e 129, IX, da CF. (NERY JÚNIOR, Nelson. **O Ministério Público e as ações coletivas**). MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública* (Lei n. 7.437/1985 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação), p. 358. No mesmo diapasão, GRINOVER, Ada Pelegrini, op. cit., p. 785. Igual entendimento pode ser vislumbrado com Marcus Vinícius Rios Gonçalves. Segundo o autor, a intervenção ministerial no caso em tela é obrigatória e sua ausência gera nulidade, ainda que não resulte qualquer prejuízo ao interessado, isto porque as normas são de ordem pública por sua natureza e porque assim as considerou o legislador. (GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **O Ministério Público e a defesa do consumidor.** *Revista de Direito do Consumidor*, p. 156.)

⁷⁷ Art. 134, da Constituição Federal.

da Lei de Ação Civil Pública arrola “entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica”, aí incluída a Defensoria Pública, e em segundo, por tratar-se de verdadeira expressão do acesso à ordem jurídica justa, expressamente prevista no texto constitucional. Diante desses argumentos, refuta-se a inconstitucionalidade do dispositivo em questão.⁷⁸

Limitou o legislador o manejo da ação civil pública a alguns legitimados, unicamente por razões de política legislativa⁷⁹, o que não induz à qualquer inconstitucionalidade, conforme mencionado anteriormente.

Diante dessa análise, pode-se dizer que qualquer interessado em ver direito transindividual salvaguardado porque ameaçado ou lesionado, pode promover ação individual, assegurada a gratuidade da justiça, agir em litisconsórcio com outros eventuais lesados ou em perigo de serem atingidos por danos dessa natureza, promover ação popular para proteção de patrimônio público (amplamente considerado e sem qualquer repercussão de ordem econômica), organizar associação para defesa de interesses coletivos ou acionar o Ministério Público para que promova a ação coletiva como substituto de toda a coletividade.

De concluir-se, em face desses apontamentos, que não valem os argumentos a respeito da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 7.347/1985 porque não há qualquer limitação ao acesso à justiça, quer porque a constituição assegura outras garantias ou porque a própria lei autoriza uma interpretação mais abrangente (como no caso das associações ou da promoção pelo Ministério Público).

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Verifica-se que os direitos difusos e coletivos foram produto do próprio desenvolvimento econômico e social.

⁷⁸ PFEIFFER, Roberto A. C. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-julho/1999, n. 30, p. 57.

⁷⁹ LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 164.

Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 2, n. 2, p.109-147, jul./dez. 2006. 142

Esses mesmos direitos, por referirem-se, na verdade, não a um único interessado, mas a toda a coletividade, não poderiam ser tutelados pelos chamados 'direitos tradicionais', aptos a fazer justiça às partes, claramente, identificadas em um litígio.

Nesse contexto surgem os chamados microssistemas, tal como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, com princípios próprios e tratamento material e processual diferenciados, de forma a atender aos chamados conflitos de massa.

No âmbito desses microssistemas, arrolam-se os entes legitimados para o manejo das ações coletivas. Trata-se de legitimidade concorrente e disjuntiva, de forma que a promoção por qualquer um dos legitimados, não impede a dos demais.

Igualmente, refere-se à legitimidade extraordinária, distinguindo-se da legitimação ordinária prevista, primitivamente, no Código de Processo Civil e onde o interessado busca defender interesse próprio. Em sede de ações coletivas, diz-se extraordinária porque a parte legitimada defende interesse alheio – do grupo ou de toda a coletividade -, em nome próprio.

Contudo, argumenta-se que essa forma de legitimação, cujo rol é prefixado pelo artigo 5º, da Lei n. 7.347/1985, estaria limitando o acesso à justiça de entes não incluídos na previsão normativa, ferindo o comando constitucional, que determina que nenhuma lesão ou ameaça a direito (individual ou coletivo) será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Em que pese eventuais argumentos nesse sentido, não há qualquer inconstitucionalidade nessa forma de legitimação.

A adoção desse critério, consoante se falou, atende às razões de política legislativa. Ademais, a legitimação de alguns entes impede inúmeros processos de particulares em um mesmo sentido, impedindo, inclusive, decisões diversas para casos com as mesmas características. Diante disso, a opção pela via coletiva assegura os postulados de economia processual e de efetividade da justiça.

E a constitucionalidade ressaí dos argumentos expendidos. Desse modo, não obstante o rol taxativo constante no Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, não há qualquer limitação do acesso à justiça. Isso porque, ainda que se trate de direito difuso ou coletivo, e dessa maneira, reflita os interesses de toda a coletividade, é perfeitamente possível o manejo individual da demanda, assegurada a assistência judiciária gratuita aos que necessitarem.

Outro modo de defender esses direitos e de impugnar atos que os lesem ou os ameacem de lesão, é a ação popular. Trata-se da primeira medida coletiva prevista na legislação brasileira. Representou o primeiro passo no sentido de se assegurar a defesa de novos direitos, e que não poderiam ser satisfatoriamente tutelados pelos meios tradicionais.

Com o advento da Carta Política de 1988, passou a integrar o rol de garantias fundamentais do indivíduo, além de possibilitar uma interpretação mais abrangente do objeto primitivamente consignado na Lei de Ação Popular.

Dessa sorte, é perfeitamente possível a utilização do instituto popular para salvaguardar direito difuso, ainda que o objeto de tutela toque ao da ação civil pública, não havendo óbice de serem promovidas conjuntamente.

Ademais, é possível a promoção de ação coletiva através de associação que seja constituída para a defesa de interesse coletivo, sendo desnecessária a autorização assemblear e a pré-constituição de um ano, o que torna mais fácil o ajuizamento dessa espécie de pretensão.

Outrossim, o Ministério Público, representante e defensor da sociedade, é o ente legitimado mais indicado para a promoção das ações coletivas. Assim, não sendo possível ao particular o manejo coletivo, ou não existindo interesse para sua promoção individual, pode solicitar a iniciativa pelo *Parquet*.

Diante desses poucos argumentos, conclui-se que inexistente qualquer inconstitucionalidade na norma insculpida no artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, porque restam outros mecanismos processuais autorizados pela Carta Constitucional, bem

como a possibilidade de uma interpretação mais abrangente da Lei da Ação Popular (particularmente, no que se refere à consideração de patrimônio público e a lesão à moralidade pública) e da Lei de Ação Civil Pública (especialmente, quanto à legitimação das associações e do Ministério Público), estando, portanto, assegurado o pleno acesso à justiça.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda *et al.* **Código do Consumidor Comentado**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**: por uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1992.

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

BEDAQUE, José Roberto dos S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2001.

BERINZONCE, Roberto O. **O Derecho procesal civil actual**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, s/d.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça** (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os writs na Constituição Federal de 1988**: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Hábeas Data, Hábeas Corpus, Ação Popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**: de acordo com a Lei n. 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Ação Popular**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei n. 7.347/1985 e legislação complementar. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública**: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública**: enfoques trabalhistas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PFEIFFER, Roberto A. C. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-julho/1999, n. 30, p. 49-65.

RAMOS, Elival da Silva. **A Ação Popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular**: as garantias ativas dos Direitos Coletivo. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso. **Ação Popular constitucional: doutrina e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela: Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Enviado: 01/10/06

Aceito: 20/11/06

Publicado:01/12/06