

QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Hugo Nigro Mazzilli

Advogado

Consultor jurídico

Professor de Direito,

Procurador de Justiça aposentado

do Ministério Público do Estado de São Paulo.

I. Introdução

Instituída inicialmente pela Lei nº 7.347/85, a ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos veio a ser consagrada no art. 129, III, da Constituição de 1988. É, pois, um instituto relativamente recente no Direito brasileiro. Seja por isso, seja sobretudo porque envolve a defesa de grupos, classes ou categoria de lesados, para a qual o processo civil tradicional não estava voltado, a verdade é que inúmeras controvérsias permeiam a utilização desse instituto.

São tantos, e tão complexos, os aspectos polêmicos da ação civil pública, que a rigor seria impossível reuni-los num único estudo ou abordá-los numa única exposição.¹

Assim, neste trabalho, procuraremos centralizar nossa atenção sobre alguns pontos que nos parecem despertar maior interesse e importância nas controvérsias que envolvem o processo coletivo.

¹ Para uma análise mais completa da matéria, reportamo-nos ao nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo – meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses difusos e coletivos*, 19ª ed., Saraiva, 2006.

2. Peculiaridades do processo coletivo

Enquanto o processo civil tradicional se volta para os conflitos individuais, por sua vez o processo coletivo se volta para a composição de conflitos de grupos, classes ou categorias de lesados. Assim, por exemplo, se Caio invade o imóvel de Tício, o processo civil tradicional nos dá remédios possessórios e dominiais para a defesa de Tício. Mas se uma fábrica coloca no mercado milhares de produtos em série com o mesmo defeito, seria inviável exigir que milhares ou até milhões de lesados buscassem a defesa de seus interesses por meio do processo individual, dadas as notórias desvantagens deste último. Resultado: uma grande parte dos lesados abandona a defesa individual do direito, e os poucos que se aventurarem aos custos e às delongas das ações individuais receberão decisões contraditórias, ainda que estejam na mesma situação de fato e de direito. Tudo isso só levaria à ineficiência e ao descrédito da Justiça.

Pois foi para assegurar o efetivo acesso à Justiça por parte de todo o grupo de lesados (consumidores do mesmo produto, moradores da região poluída etc.) que, a partir de estudos de Mauro Cappelletti na década de 70, é que se começou a pensar na necessidade de um processo coletivo, que fosse apto para enfrentar as peculiaridades que distinguem a defesa coletiva da defesa individual. Assim, enquanto no processo individual temos, de regra, conflitos entre pessoas determinadas, no processo coletivo os conflitos podem envolver grupos inteiros situados não raro em posições antagônicas (é o que a doutrina chama de conflituosidade de interesses, a envolver grupos de lesados, como quando da proibição ou não da comercialização de alimentos transgênicos; da interdição ou não de um aeroporto urbano; do fechamento ou não de uma fábrica poluidora etc.). Outra característica do processo coletivo é que, diversamente do processo individual (em que cada lesado age em nome próprio na defesa do interesse próprio), no processo coletivo os legitimados ativos estão autorizados por lei a agir em nome próprio, mas na defesa de interesses de todo o grupo lesado (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82). Ainda há outra diferença relevante: no processo individual, a coisa julgada material tornará imutável o *decisum* apenas entre as partes; já no processo coletivo, em algumas hipóteses, a coisa julgada poderá tornar-se imutável para além das partes formais do processo (coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, cf. arts. 16 da LACP e 103 do CDC). Mais uma diferença fundamental: no processo individual, o produto da indenização ficará com o vencedor da ação, enquanto no processo coletivo, o produto da indenização, quando divisível, será repartido entre os lesados individuais, ou, em caso contrário, irá para um fundo fluido, a ser usado de forma indivisível, em proveito de todo o grupo lesado (LACP,

art. 13; CDC, arts. 97-100). Por fim, no processo coletivo, o Poder Judiciário assume uma posição de vanguarda na solução das lides coletivas, ou seja, em vez de responder a milhares e milhares de pretensões idênticas, dando-lhes soluções divergentes nos processos individuais, o Judiciário assume o relevante e democrático papel de mediador das lides coletivas, dando solução uniforme para o mesmo problema que envolve milhares de pessoas, com grande economia de tempo, dinheiro, esforço processual, e grande eficiência e prestígio para a Justiça.

A necessidade de criar um novo processo coletivo e as notórias peculiaridades que o processo coletivo envolve – tudo isso tem assegurado uma crescente importância acadêmica e forense para a tutela coletiva, em face dos grandes desafios técnicos que o processo coletivo encerra. Torna-se exigível que os operadores do Direito conheçam intimamente esse processo coletivo, instrumento moderno e poderoso que a Constituição e as leis conferiram ao Poder Judiciário para a composição de conflitos transindividuais.

3. Interesses transindividuais

Para poder defendê-los é preciso saber distinguir os interesses coletivos, considerados em seu sentido lato. Isso porque essa defesa se faz de maneira diversa, conforme esses interesses reúnam um grupo mais ou menos determinável, ou conforme envolvam um objeto que possa ou não ser dividido entre os integrantes do grupo.

Assim, os interesses transindividuais (de grupo, classe ou categoria de pessoas) podem ser assim classificados: a) difusos (quando envolvam um grupo indeterminável de lesados, reunidos por uma situação de fato comum, tendo objeto indivisível, como o meio ambiente de uma região); b) coletivos, em sentido estrito (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, tendo também um objeto indivisível, como a nulidade de uma cláusula abusiva em contrato de adesão); c) individuais homogêneos (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma lesão de origem comum, tendo um objeto divisível, como, por exemplo, a aquisição de um produto de série com o mesmo defeito).

Para melhor ilustrar as distinções acima formuladas, mostremo-las a partir de um quadro sinótico:² (Ver página 56)

4. Natureza da legitimação ativa na ação civil pública

A lei relaciona os seguintes legitimados à propositura da ação civil pública

² Extraído de nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo, op. cit.*

Interesses	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivíduo	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivíduo	Relação jurídica
no. Homop.	Determinável	Divisível	Origem comum

ou da ação coletiva, notadamente: a) Ministério Público; b) União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal; c) autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações; d) órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica, mas destinados à defesa do respectivo interesse transindividual; e) associações civis (LACP, art. 5º; CDC, art. 82).

Todos esses legitimados ativos agem em nome próprio, em defesa de interesses de grupo, classe ou categoria de lesados.

Qual a natureza jurídica dessa legitimação?

Para alguns, essa legitimação é ordinária, pois: a) a associação civil defende interesse próprio, estatutário ou institucional, como quando, dentro de seus fins estatutários ou institucionais, pede a proteção ambiental ou ao consumidor; b) nos mesmos exemplos, o Estado também defende interesse próprio, pois tanto ele tem interesse na preservação do meio ambiente, do consumidor e outros interesses de grupo, que até mesmo criminaliza os comportamentos que ofendam mais gravemente esses mesmos bens jurídicos.

Há também quem entenda que a legitimação para as ações civis públicas ou coletivas é mista, ou seja, os legitimados ativos não só defendem interesse próprio à reintegração do direito violado (o direito da associação civil ou do Estado na defesa do bem jurídico lesado), como também defendem interesses individuais de cada um e de todos os integrantes do grupo lesado.

Entendem outros que a legitimação é autônoma, pois, exceto quando da defesa de interesses individuais homogêneos ou coletivos (em que os substituídos são pessoas determináveis), nas demais hipóteses (interesses difusos), o grupo lesado não é determinável, e assim não se poderia operar validamente substituição processual de pessoas indetermináveis.

A nosso ver, porém, trata-se predominantemente de legitimação extraordinária, por meio de substituição processual. De um lado, o Direito brasileiro não exige, para a configuração da substituição processual, que o substituído seja pessoa determinada. Basta que alguém, em nome próprio, defenda interesse alheio, para que tenhamos hipótese de legitimação extraordinária, por substituição processual (CPC, art. 6º). Por outro lado, ainda que os co-legitimados à ação civil pública também compartilhem o

interesse pela reintegração do direito violado, na verdade estão pedindo muito mais que direito próprio: estão pedindo a reintegração do direito lesado em proveito de todo o grupo lesado, tanto que, em caso de procedência, a imutabilidade da coisa julgada ultrapassará as partes e alcançará todo o grupo (LACP, art. 16; CDC, art. 103).

Em conclusão, nas ações civis públicas ou coletivas, ainda que os co-legitimados estejam compartilhando o interesse na reintegração do direito violado, e ainda que possam estar substituindo processualmente lesados indetermináveis, na verdade o fenômeno processual que explica sua legitimação ativa é, predominantemente, a substituição processual: esse é o verdadeiro escopo do processo coletivo.

5. Objeto da ação civil pública ou coletiva

Podem constituir objeto da ação civil pública ou coletiva a defesa dos seguintes bens e interesses: a) meio ambiente; b) consumidor; c) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos etc.); d) ordem econômica e economia popular; e) ordem urbanística; f) qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo (LACP, art. 1º). A esse rol, podemos acrescentar a defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/89), dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89), das crianças e adolescentes (ECA, art. 210, V), dos idosos (Lei nº 10.741/03), entre outros.

Por meio de medida provisória, pretendeu o Governo Federal restringir o objeto das ações civis públicas, em matérias que desagradam os detentores do poder. Segundo o parágrafo único do art. 1º da LACP: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (MP nº 1.984/20 e s., MP nº 2.102/26-00, MP nº 2.180 etc).

Ora, é garantia constitucional o acesso à jurisdição, não apenas o acesso individual como também o acesso coletivo. Com efeito, o art. 5º da Constituição tutela tanto os direitos e deveres individuais como os coletivos; além disso, tanto as lesões efetivas como até mesmo as ameaças de lesão estão incluídas na tutela constitucional (CF, arts. 5º, XXI, XXXV; 8º, III, 129, III, 232 etc.). Assim, é inconstitucional a limitação trazida pelo parágrafo único do art. 1º da LACP, pois não pode o legislador ordinário proibir o acesso coletivo à jurisdição nas hipóteses onde tal acesso não convenha ao administrador (o qual é, não raro, o maior violador dos direitos transindividuais).

Ainda no tocante ao objeto da ação civil pública ou coletiva, algumas questões mais específicas merecem análise:

a) Só interesses transindividuais podem ser objeto de ação civil pública?

Embora a ação civil pública de que cuida a Lei nº 7.347/85 objetive apenas a defesa de interesses transindividuais, na verdade, as ações civis públicas, sob o aspecto doutrinário, podem ter objeto mais amplo. Como bem ensinou Calamandrei, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal, movida pelo Ministério Público. Nesse sentido, podemos referir-nos, por exemplo, às ações civis públicas para defesa de interesse público (como as de nulidade de casamento, movidas pelo Ministério Público), para a defesa de interesse individual indisponível (como as ações de alimentos em defesa de crianças e adolescentes),³ para a defesa do patrimônio público e social (CF, art. 129, III; Lei nº 8.429/92, art. 17; LONMP, art. 25, IV, c.c. LOMPU, art. 6º, VII).

b) O ato discricionário pode ser impugnado por meio de ação civil pública?

Em tese, estão excluídos da análise jurisdicional os aspectos de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, pois só o administrador é que aqilata o mérito do ato administrativo. Entretanto, isso não quer dizer que os atos administrativos estejam totalmente imunes a controle jurisdicional; ao contrário. Em várias hipóteses, os atos administrativos – até mesmo os discricionários – podem ser apreciados pelo Poder Judiciário como: a) nos aspectos de competência e legalidade; b) no tocante à sua fundamentação, quando eivados de desvio de poder ou de finalidade; c) quando, ainda que discricionários, vierem em desconformidade com a motivação (teoria dos motivos determinantes); d) nos aspectos de eficiência, moralidade, abuso de poder ou desvio de razoabilidade; e) na omissão do administrador, quando se trate de atos administrativos de reação impositiva (como, por exemplo, quando o administrador deixe de tomar providências que a lei lhe imponha).

c) Como estabelecer limites seguros entre ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade?

A inconstitucionalidade de uma lei pode ser causa de pedir de uma ação civil pública ou de uma ação coletiva; o que a jurisprudência, porém, não tem admitido, e com razão, é que, por meio de ação civil pública, se faça um pedido

³ Em sentido contrário, entendendo, em contrariedade com o texto da lei (CF, art. 127 *caput*, e ECA, art. 201, V), que o Ministério Público não poderia ajuizar ações civis públicas para defesa de interesse individual de criança a adolescente, *v.* REsp 485.969-SP, REsp 466.861-SP, do STJ.

que equivalha, na prática, à supressão de todos os efeitos atuais e futuros de uma lei. Com isso, a jurisprudência quer dizer que não se pode usar uma ação civil pública como sucedâneo de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Em outras palavras, suponhamos que, numa ação civil pública, invocando como fundamento a inconstitucionalidade de uma lei, o autor pedisse que todos os lançamentos de um tributo, nela baseados, fossem cancelados, e que todos os lançamentos futuros viessem a ser proibidos. Ora, essa ação civil pública a nada mais visaria que à ineficácia *erga omnes* da lei em tese, o que não é possível obter por meio de ação civil pública, junto a juízes singulares, pois isso seria uma indevida substituição ao controle concentrado de inconstitucionalidade, que exige uma ação própria, a ser ajuizada diretamente nos tribunais.

Quanto às leis de efeitos concretos, porém, estas podem ser atacadas por meio de ação civil pública, porque são leis sob o aspecto formal, mas, substancialmente, configuram como autênticos atos administrativos, que podem ser questionados por meio de ação popular ou ação civil pública (como, por exemplo, uma lei que crie um cargo ou que aumente sua remuneração).

d) Pode-se usar a ação civil pública para a defesa de contribuintes?

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido por medida provisória, veda o uso da ação civil pública para a defesa de contribuintes (MP nº 1.984/18 e s., MP nº 2.102/00, MP nº 2.180 e s.), e esse posicionamento tem encontrado pronta acolhida nos tribunais superiores. Entendem estes que só interesses individuais homogêneos de consumidores poderiam ser defendidos por ação civil pública ou coletiva, mas essa é uma simplificação indevida e, até mesmo, um clamoroso equívoco, porque o sistema das ações civis públicas e coletivas interage completamente com o do Código de Defesa do Consumidor (LACP, art. 21, e CDC, art. 90). A verdade é que é possível defender por meio de ação civil pública ou coletiva tanto interesses individuais homogêneos, como coletivos ou até mesmo difusos, sejam ligados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, ou a qualquer outro interesse transindividual, destes não se podendo excluir, *a priori*, os interesses dos contribuintes. O que não se pode, apenas, é usar uma ação civil pública para substituir uma ação direta de inconstitucionalidade; isso não. Mas, desde que não se confundam os limites dessas duas ações, fora daí, em tese é possível a defesa de contribuintes por meio do processo coletivo.

Já antecipamos que não pode o legislador infraconstitucional suprimir o acesso coletivo à jurisdição. Assim, insistimos, o verdadeiro óbice à defesa coletiva do contribuinte não será, a nosso ver, o írrito parágrafo único do art. 1º da LACP, mas sim ocorrerá apenas se o pedido feito em ação civil pública visar a suprimir toda e qualquer eficácia *erga omnes* de uma lei, seja ela de caráter

tributário ou não (pois aí se estaria usando a ação civil pública como indevido sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade). Mas, se o pedido da ação civil pública ou coletiva não tiver essa írrita finalidade, nada deverá impedir o uso do processo coletivo ainda que para a defesa de contribuintes, em que pese a tendência excessivamente restritiva dos tribunais a esse respeito.

6. Competência para o processo coletivo

As regras de competência para as ações civis públicas ou coletivas são, basicamente, as seguintes: a) a ação deverá ser proposta no local onde o dano ocorreu ou deva ocorrer (LACP, art. 2º); b) tratando-se de defesa coletiva de crianças ou adolescentes, a competência será determinada pelo lugar da ação ou da omissão que causem ou possam causar a lesão (ECA, art. 209); c) tratando-se de danos regionais ou nacionais, a ação civil pública ou coletiva deverá ser proposta na Capital do Estado ou do Distrito Federal, à escolha do autor (CDC, art. 93); d) havendo interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, a ação será da competência da Justiça Federal (CF, art. 109, I; RE 228.955-9-RS, do STF).

Cumprido lembrar que a Lei nº 10.628/02 tentara indevidamente alterar o art. 84 do CPP, introduzindo-lhe dois parágrafos. Assim, essa lei dispusera que: a) § 1º – a competência especial por prerrogativa de função deveria prevalecer ainda que o inquérito ou ação tivessem sido iniciados após a cessação do exercício da função pública; b) § 2º – a ação de improbidade da Lei nº 8.429/92 deveria ser proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública. A Lei nº 10.628/02 pretendia, pois, conceder foro por prerrogativa de função em duas hipóteses novas: a) para quem tivesse função que lhe concedesse foro por prerrogativa de função, ainda que a tivesse perdido; b) em matéria de improbidade administrativa, de que cuida a Lei nº 8.429/92.

Corretamente, porém, o STF declarou inconstitucional a Lei nº 10.625/02, seja quando ela indevidamente alargou as competências constitucionais do STF e do STJ, seja quando violou a isonomia ao conceder foro por prerrogativa de função a quem não mais detém a função pública (ADIn nº 2.797-DF e 2.860-DF, julgadas em set. 2005).

7. As liminares nos processos coletivos

Podemos dizer, em apertada síntese, que há vedação para a concessão de liminares em ações civis públicas ou coletivas nas mesmas hipóteses em que a

lei também proíbe a concessão de liminares em mandados de segurança (Leis nº 8.437/92 e 9.494/97).

O sistema é, pois, o mesmo do mandado de segurança, no que diz respeito à concessão, cassação ou suspensão de liminar no processo coletivo.

Entendemos, porém, que todas as restrições impostas à concessão de liminares em ações civis públicas ou coletivas devem ser entendidas *cum granus salis*, isto é, desde que não levem ao perecimento do direito, sob pena de admitir-se que a lei ordinária pudesse obstar a efetividade do acesso à jurisdição, que é garantia constitucional. De fato, de nada adiantaria que a Lei Maior garantisse o acesso individual ou coletivo à jurisdição, mas a lei infraconstitucional fizesse exigências que tornassem esse acesso ineficaz.

8. Recursos nos processos coletivos

Na fase pré-processual, durante o curso do inquérito civil, algumas leis estaduais admitem interposição de recursos contra a instauração ou contra a não-instauração do inquérito civil, instrumento investigatório conferido ao Ministério Público para preparar-se para o ajuizamento da ação civil pública (como é o caso do Estado de São Paulo, cf. arts. 107-8 da Lei Complementar estadual nº 734/93).

Embora estejam em tese os Estados-membros autorizados a legislar sobre procedimentos (CF, art. 24, XI), na verdade não pode qualquer um deles disciplinar diversamente o instituto do inquérito civil, já criado por lei federal (CF, art. 127, III, e LACP, arts. 8º e 9º), pois isso faria perder-se a harmonia do direito federal.

Já no tocante aos recursos interpostos no bojo do processo coletivo, cumpre lembrar que: a) os recursos são os mesmos do Código de Processo Civil; b) os efeitos com que são recebidos os recursos é que são especiais, pois, no processo coletivo (ação civil pública da LACP ou ação coletiva do CDC), há uma regra especial: o juiz poderá dar efeito suspensivo a qualquer recurso interposto em ação civil pública ou coletiva (LACP, art. 14, aplicável ao sistema do CDC, cf. art. 21 da LACP).

Assim, é preciso ter sempre em conta esta advertência fundamental: o efeito suspensivo do recurso, nas ações civis públicas ou coletivas, não é, pois, automático, e sim dependerá de o juiz conferi-lo ou não, caso a caso. Em suma, cabe agravo contra a concessão ou a denegação de liminar; e cabe apelação contra a sentença, podendo o juiz dar ou não efeito suspensivo a esses recursos. Até mesmo a apelação não terá automaticamente efeito suspensivo: caberá ao juiz decidir a respeito.

Cabe reexame automático nos processos coletivos?

Apenas em dois casos teremos reexame necessário nas ações civis públicas ou coletivas: a) nas sentenças proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público (CPC, art. 475, e Lei nº 10.352/01); b) nas improcedências de ações civis públicas ajuizadas com base na Lei nº 7.853/89 (proteção das pessoas portadoras de deficiência). Nos demais casos, não teremos reexame necessário, nem mesmo em se tratando de liminares e tutelas antecipadas proferidas contra o Estado e seus entes.

9. O destino da indenização no processo coletivo

Uma das razões que mais procrastinaram o surgimento do processo coletivo no Direito brasileiro foi a dificuldade de saber o que fazer com o produto das indenizações. Como vimos, nem todos os interesses transindividuais versam objeto divisível: enquanto as indenizações decorrentes de lesões a interesses individuais homogêneos podem ser quantificadas e o proveito patrimonial acaso obtido pode ser partilhado entre os integrantes do grupo, já os danos decorrentes de lesões a interesses difusos e coletivos versam objeto indivisível. Assim, havia notórias dificuldades práticas em dar destino ao produto da indenização, em se tratando de condenações por violação a direitos transindividuais indivisíveis.

Para solucionar esse problema, a LACP (art. 13) e o CDC (arts. 97-100) estabeleceram que, tratando-se de lesão a interesses individuais homogêneos, o produto da indenização será dividido entre os lesados ou sucessores; mas, tratando-se de lesão a interesses indivisíveis (difusos ou coletivos), o produto da indenização irá para um fundo fluido, a ser aplicado em consonância com as decisões de um Conselho gestor, de maneira flexível, mas voltado primordialmente à reparação de danos que lhe deram origem.

10. Regras comuns à liquidação e à execução

Nos processos coletivos, a liquidação e a execução podem ser: a) coletivas, a serem promovidas pelos co-legitimados dos arts. 5º LACP e 82 CDC, em caso de dano a interesses indivisíveis (interesses coletivos e difusos); b) individuais, a serem promovidas pela vítima ou sucessores, em caso de dano a interesses divisíveis (interesses individuais homogêneos). Neste último caso, os lesados individuais beneficiar-se-ão *in utilibus* do julgado coletivo. Subsidiariamente, poderá haver liquidação coletiva, mesmo em caso de lesão a interesses individuais homogêneos, se os beneficiários não liquidarem individualmente a sentença que lhes seja favorável (art. 100 do CDC, aplicável também ao sistema da LACP, cf. art. 90 do CDC).

II.A coisa julgada nos processos coletivos

Como sabemos, a coisa julgada material é apenas a imutabilidade dos efeitos da sentença, depois que não mais esteja sujeita a recursos.

Enquanto no processo individual a imutabilidade do *decisum* limita-se às partes, já no processo coletivo de nada adiantaria obter-se uma coisa julgada que tivesse a extensão limitada às partes formais do processo. Afinal, como não podemos deixar de lembrar, o processo coletivo destina-se, precisamente, a resolver de uma só vez a lesão causada a todo o grupo, que é substituído no pólo ativo por um dos co-legitimados legais.

O Direito brasileiro inspirou-se no sistema da Lei da Ação Popular (art. 18), e instituiu, para o processo coletivo, uma coisa julgada *secundum eventus litis*, ou seja, segundo o resultado do processo, e que ainda leva em consideração a natureza do interesse controvertido (LACP, art. 16; CDC, art. 103).

Assim, tratando-se de danos a interesses difusos, é este o sistema: a) a sentença de procedência sempre terá imutabilidade *erga omnes*; b) a de improcedência, por falta de provas, não impede o ajuizamento de nova ação civil pública ou coletiva, desde que fundada em nova prova; c) a de improcedência por motivo outro que não a falta de provas, impede o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva, mas não prejudica eventuais ações individuais.

Quanto aos interesses coletivos, é este o sistema: a) a sentença de procedência sempre terá imutabilidade *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria de lesados; b) a de improcedência, por falta de provas, não impede o ajuizamento de nova ação civil pública ou coletiva, desde que fundada em nova prova; c) a de improcedência por motivo outro que não a falta de provas, impede o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva, mas não prejudica eventuais ações individuais de quem não interveio no processo coletivo.

Por fim, quanto aos interesses individuais homogêneos, a solução é esta: a) a procedência tem eficácia *erga omnes* para beneficiar a vítima ou sucessores (aproveitamento *in utilibus*); b) a improcedência por falta de provas não impede o ajuizamento de nova ação civil pública ou coletiva, fundada em nova prova; c) a improcedência por qualquer outro motivo impede o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva pelos co-legitimados, mas não obsta ao ajuizamento de ações individuais pelos prejudicados, salvo em relação àqueles que tenham intervindo no processo coletivo (arts. 94 e 104).

Em suma, a coisa julgada no processo coletivo determina-se segundo o resultado do processo: a) a procedência beneficia todos os lesados, podendo ser limitada ao grupo, classe ou categoria de pessoas, conforme o tipo de interesse (difuso, coletivo ou individual homogêneo); b) a improcedência por falta de provas não prejudica os lesados individuais, nem impede o ajuizamento de

nova ação civil pública ou coletiva, desde que baseada em nova prova; c) a improcedência por outro motivo impede o ajuizamento de ação civil pública ou coletiva, mas não prejudica os lesados individuais, salvo em relação àqueles que tenham intervindo no processo coletivo.

De qualquer forma, é preciso deixar claro que, se o autor no processo coletivo quer que o dispositivo da sentença beneficie lesados individuais homogêneos, deverá fazer o correspondente pedido na petição inicial, para que o réu tenha plena compreensão do efetivo alcance do pedido e possa defender-se adequadamente.⁴

12. A questão da coisa julgada dentro dos limites territoriais do juiz prolator

A redação originária do art. 16 da LACP, inspirada no art. 18 da LAP, dispunha que a coisa julgada, nos processos coletivos, deveria ser *erga omnes*, salvo improcedência por falta de provas, caso em que outra ação poderia ser ajuizada, com base em nova prova.

Um ex-Presidente da República, entretanto, editou medida provisória (nº 1.570/97), depois convertida em lei (nº 9.494/97), estabelecendo que essa imutabilidade *erga omnes* ficaria limitada à competência territorial do juiz prolator.

A melhor doutrina tem entendido inócua a alteração procedida, pois que, nas lesões a interesses transindividuais, de abrangência regional ou nacional, a competência defere-se em favor do juiz da capital do Estado ou do Distrito Federal, o qual passa a ter jurisdição sobre todo o território da lesão. Com efeito, é essa a regra do art. 93 do CDC, aplicável, analogicamente, a todas as demais hipóteses de ação civil pública ou coletiva, versem ou não a defesa do consumidor (LACP, art. 21, e CDC, art. 90). Além disso, o sistema do art. 103 do CDC, também de aplicação integrada ao sistema da LACP, desenvolve com mais rigor e pormenores as regras da coisa julgada, sem limitá-la à competência territorial do juiz prolator.

Por fim, seria um absurdo lógico e jurídico exigir que, para os danos de caráter nacional, fosse ajuizada uma ação civil pública em cada comarca do país, pois isso levaria a decisões inevitavelmente contraditórias e ao freqüente abandono do direito, pondo a perder todo o sistema do processo coletivo.

13. As investigações do Ministério Público

A LACP criou o inquérito civil, por meio do qual o Ministério Público

⁴ V. nosso *A defesa dos interesses difusos*, cit., Cap. 6 e 35.

procede a investigações para colher elementos de convicção que possam embasar sua iniciativa na tutela judicial de interesses transindividuais (LACP, arts. 8º-9º). Esse poderoso instrumento investigatório foi, em seguida, consagrado pela própria Constituição Federal, que lhe ampliou o objeto para permitir a investigação de danos a quaisquer interesses difusos e coletivos, bem como aos patrimônios público e social (CF, art. 129, III).

Hoje, presta-se o inquérito civil à colheita de quaisquer elementos de convicção que possam embasar as diversas formas de atuação a cargo do Ministério Público, afora outras finalidades paralelas: a) presta-se a servir de base para a tomada de compromissos de ajustamento de conduta (LACP, art. 5º, § 6º); b) presta-se a embasar a realização de audiências públicas (Lei nº 8.625/93, art. 27, parágrafo único, IV).

Pode o Ministério Público desenvolver investigações para fins penais?

A questão tem ensejado bastante controvérsia. Entendem alguns que a investigação criminal é privativa da polícia. Não nos parece, porém, ser essa a posição correta, seja porque a “exclusividade” da Polícia Federal, a que alude o art. 144, § 1º, IV, da Constituição, refere-se apenas à discriminação de atribuições de polícia judiciária da União em face da polícia estadual (ou seja, a atribuição da polícia federal exclui a da estadual nessa matéria), seja porque, fosse exclusiva a atividade investigatória criminal da polícia, seria esta (e, em última análise, o governante que escolhe seus chefes e os remove livremente), a verdadeira titular da ação penal pública, pois só seriam apurados os crimes que a polícia pudesse ou quisesse investigar. Assim, crimes de policiais e das mais altas autoridades seriam de apuração problemática, se não pudessem ser investigados por um órgão estatal autônomo e independente, como passou a ser o Ministério Público brasileiro depois da Constituição de 1988. E a legalidade da investigação do Ministério Público, mesmo em matéria criminal, submetesse naturalmente ao controle do Poder Judiciário.

Diversas leis admitem a iniciativa investigatória do Ministério Público, sem restringir seu objeto à área cível (Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, e 26, I; LC nº 75/93, arts. 6º, VII, 7º e 8º; Lei nº 10.741/03, art. 74, VI; Lei nº 8.069, art. 201, VII, etc.).

A questão dos poderes investigatórios do Ministério Público tem despertado controvérsia no STF (*v.g.* HC nº 81.326-DF, HC nº 83.157, RHC 82.865-GO), que ainda deve decidir a respeito no caso que envolve o Deputado Remi Trinta (Inq. Pol. 1.968-DF).

14. O compromisso de ajustamento de conduta

Os verdadeiros titulares dos interesses de que cuida a ação civil pública ou coletiva não são os legitimados ativos para essas ações. Os titulares dos interesses são as pessoas lesadas, transindividualmente consideradas, enquanto os co-legitimados ativos são meros substitutos processuais dos lesados. Assim, a rigor, os titulares ativos da ação civil pública não têm disponibilidade alguma sobre o direito material que defendem.

Não obstante isso, a lei permite que os órgãos públicos legitimados possam fazer uma composição amigável com o causador do dano, mas é pressuposto que essa composição não pode envolver disposição do conteúdo material da lesão. Assim, esses órgãos públicos podem tomar por termo, do causador do dano, o compromisso de que eles venham a adequar sua conduta às exigências da lei, sob cominações, tendo esse termo a eficácia de título executivo extrajudicial (LACP, art. 5º, § 6º, introduzido pela Lei nº 8.078/90).

O objeto do compromisso de ajustamento de conduta (também conhecido como termo de ajustamento de conduta) é, precipuamente, uma obrigação de fazer ou não fazer (adequação de conduta às exigências da lei); a prática forense, porém, vem admitindo um alargamento de seu objeto, dado seu caráter consensual.

Quem pode tomar o compromisso de ajustamento de conduta?

Diz a lei que só os órgãos públicos legitimados podem tomá-lo. Isso leva a duas considerações indiscutíveis. De um lado, é indubitoso que nesse rol estão incluídos o Ministério Público, a União, os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal, e até mesmo os órgãos públicos sem personalidade jurídica (como os Procons). De outro lado, é indiscutível que não podem tomar o compromisso as associações civis, os sindicatos, as fundações privadas.

Controversa, porém, é a questão de saber se podem tomá-lo as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Quanto a estas, a solução, a nosso ver, consiste no seguinte: a) não devem poder tomar compromisso de ajustamento de conduta, quando explorem a atividade econômica em condições equivalentes às da atividade empresarial; b) podem tomá-lo enquanto ajam na condição de prestadoras de serviços públicos.

15. O problema do veto ao compromisso de ajustamento

Questão curiosa ocorreu quando da sanção do CDC. Logo após ter sancionado o art. 211 da Lei nº 8.069/90 (ECA), que expressamente admitia o compromisso de ajustamento de conduta, agora quando da sanção da Lei nº 8.078/90 (CDC), o Presidente da República da época resolveu vetar o compromisso de ajustamento de conduta, por entender que a obrigação

extrajudicial de fazer não é líquida e não enseja execução forçada: assim, vetou o § 3º do art. 82 do CDC. E, por esse mesmo motivo, afiançou, nas razões do veto, que estaria a vetar idêntico dispositivo, que permitia o mesmo compromisso de ajustamento de conduta, agora no art. 113 do mesmo CDC. Mas, por descuido, acabou promulgando o art. 113 na íntegra, e, por meio deste, foi introduzido o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/85, que incorporou o compromisso de ajustamento de conduta no sistema da LACP.

O argumento do veto não era correto, pois nada teria impedido criar título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, ao contrário do que afiançou o chefe do Executivo, em 1990. Tanto nada impedia, que o art. 211 do ECA já o tinha criado, e a Lei nº 8.953/93 alterou o art. 645 do CPC para voltar a fazê-lo, aliás, sem maiores controvérsias.

Alguns autores chegaram a entender que, como o Presidente da República, por expresse, dissera nas razões do veto que “estava vetando” o compromisso de ajustamento de conduta também no art. 113 do CDC, então esse compromisso estaria vetado, não tendo passado de mero erro material a publicação integral do dispositivo, tendo, assim, a promulgação incluído indevidamente um dispositivo vetado. Entretanto, a questão não é tão simples assim. Na verdade, que houve um erro presidencial, é claro que houve. Mas o art. 113 foi efetivamente promulgado na íntegra; por essa razão, jamais o Congresso Nacional apreciou o suposto veto ao art. 113, que não chegou a ser formalizado. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta está em pleno vigor, como em várias oportunidades tem decidido o STJ, de maneira acertada (REsp 213.947-MG, 4ª. T., *RSTJ* 134/401; REsp 222.582-MG, 1ª. T.; REsp 418.395-MA, 4ª. T.).

16. Conclusão

Enfim, são muitos os aspectos polêmicos da ação civil pública.

Procuramos, aqui, abordar alguns deles, que nos parecem estar a aguçar de maneira mais intensa as discussões diárias nos foros, embora sabendo que muitas outras questões a respeito ainda desafiam a argúcia dos aplicadores do Direito.