INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE DEFESA COLETIVA*

MILTON FLAKS**

1. Introdução. 2. Ação Popular, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. 3. Inovações da lei e evolução da jurisprudência. 4. Problemas pendentes e soluções propostas. 5. Restrições às medidas cautelares contra o Poder Público.

1. *Introdução*

1. As últimas décadas do século XIX e as primeiras do século XX foram marcadas pela concentração urbana, pelo desenvolvimento industrial e pela crescente intervenção do Estado no domínio econômico. Convertida a sociedade civil em "sociedade de massa", defrontaram-se juristas e legisladores com o desafio da "massificação dos litígios", na medida em que uma única e mesma conduta ilícita poderia lesar direitos ou interesses de centenas e até milhares de indivíduos.

2. Não obstante, somente a partir da década de 60 é que se observa maior preocupação doutrinária e legislativa com as denominadas ações coletivas. Abstrai-se a ação popular, preservada desde a sua origem latina na maioria dos ordenamentos jurídicos, mas com as suas conhecidas limitações, visto que se presta, exclusivamente, ao controle dos atos do Poder Público.

3. De inspiração norte-americana, as *class actions* e *public actions* desenvolveram-se mais amplamente nos países que adotam o sistema da *common law*, no qual se admite que o Judiciário, através de precedentes vinculativos, estabeleça normas que supram as lacunas da lei. Nos países do continente europeu, que adotam o sistema da *civil law*, a exemplo da Alemanha, França e Itália, o desenvolvimento mostra-se ainda tímido, pois as ações coletivas só são permitidas em limitadas hipóteses expressamente indicadas em textos legais.

* Conferência pronunciada em 20.7.92 na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.
** Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

4. As ações coletivas, de toda sorte, refletem moderna tendência do direito processual: a criação de instrumentos de tutela de direitos ou interesses que ultrapassam o nível do indivíduo por dizerem respeito a toda ou a uma parte ponderável da comunidade em que ele se situa. Conforme já se notou, é "a irrupção do *social* na paisagem do processo" (Barbosa Moreira), afastando-o do tradicional individualismo que sempre foi sua característica marcante.

5. Obviamente, as ações coletivas, pelas suas peculiaridades, reclamam novas e específicas soluções para problemas como o da legitimidade ativa, da extensão subjetiva dos efeitos da sentença e da autoridade da coisa julgada. Como se examinará adiante, o legislador processual brasileiro não se furtou a enfrentar tais problemas, adotando soluções arrojadas e sem precedentes em outros ordenamentos jurídicos, pouco se importando em romper com conceitos milenares que deitam raízes no Direito Romano.

6. Resta esperar que não se confirme, mais uma vez, a insopitável tendência do Judiciário de subsumir o novo ao antigo, recusando-se a aplicar as inovações até levá-las ao descrédito. Esta atitude, que já se observa nas restrições com que as Cortes superiores vêm recebendo alguns instrumentos recentemente criados ou reformulados — conforme a seguir é exposto — foi detectada por Castro Nunes, ao referir-se à resistência inicial oposta ao mandado de segurança, instituído pela Carta de 1934.

Talvez sirva de consolo saber que tal resistência às novidades, que Castro Nunes atribuía à "lei do menor esforço" e ao propósito de "fugir das questões difíceis" — realmente, é sempre mais cômodo decidir com base em algum precedente — não é privativa do Judiciário pátrio. Cappelleti, em um dos seus numerosos estudos de direito comparado, identificou igual conservadorismo nas Cortes dos EUA, Inglaterra, Itália, Alemanha e França, precisamente os países que maior influência exerceram, e ainda exercem, na elaboração do moderno ordenamento jurídico dos povos civilizados.

7. Pode-se dizer que, no estágio atual, a sociedade civil brasileira é a que se encontra melhor aparelhada de instrumentos processuais de defesa coletiva, quer pela sua abrangência, quer pela sua variedade. São os seguintes:

a) ação popular;

b) ação civil pública;

c) ação direta de inconstitucionalidade;

d) mandado de segurança coletivo;

e) mandado de injunção coletivo.

8. O mandado de injunção foi incluído entre os instrumentos de defesa coletiva pela conjugação do art. 5º, nº LXXI, com o nº XXI, da CF, segundo o qual "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar os seus filiados judicial ou extrajudicialmente", apesar de o SFT não ter firmado, ainda, uma posição a respeito, ponto a que se voltará mais à frente na devida oportunidade.

9. O *habeas data*, por seu turno, foi excluído porque a cláusula constitucional que o destina a "assegurar o conhecimento de informações relativas à *pessoa do im-*

petrante" (CF, art. 5º, nº LXXII), afasta o seu emprego coletivo, pois só o próprio titular do direito à informação ou retificação (pessoa física ou jurídica) é parte legítima para impetrá-lo.

10. Feitas estas considerações introdutórias, é tempo de passar ao tema proposto, um dos mais instigantes, visto que os instrumentos de defesa coletiva, ou por falta de regulamentação, ou porque instituídos ou reformulados há relativamente pouco tempo, ainda estão sendo construídos pela doutrina e pela jurisprudência. E às questões em aberto, devem somar-se as dúvidas e perplexidades geradas pela recente Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que limitou a concessão de medidas cautelares quando em causa atos do Poder Público.

2. *Ação Popular*

11. Com seus contornos atuais, a ação popular foi instituída pela Carta de 1934, sendo suprimida pela de 1937 e restabelecida pela de 1946, de onde passou para as Cartas de 1967 e 1969.

12. Segundo a Constituição em vigor (art. 5º, nº LXXIII), "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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".

13 Confrontando-se o texto atual com o anterior, verifica-se que o legislador constituinte de 1988 acrescentou, entre os atos suscetíveis de serem anulados mediante ação popular, os lesivos:

a) ao patrimônio de entidade de que o Estado participe, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, elevando em nível constitucional o que já dispunha a lei regulamentadora;

b) à moralidade administrativa, erigida em pressuposto autônomo e distinto do ato lesivo ao patrimônio público.

14. Recorde-se que muito se discutiu se a ação popular era hábil para anular atos ilegítimos da Administração ou de entidades a ela equiparadas, mas que não causassem dano.

15. Ultimamente, antes mesmo de promulgada a vigente Carta, o STF orientou-se no sentido de que para o cabimento da ação popular basta a demonstração da nulidade do ato, dispensada a da lesividade, que se presume (*RTJ* 118/717 e 129/1.339).

16. De toda sorte, a Constituição em vigor espancou as últimas dúvidas. Subordinando-se o Poder Público, no *Estado de direito*, ao *princípio da legalidade*, qualquer ato ilegítimo, ainda que não cause prejuízo ao erário e aos demais bens protegidos pela ação popular, sempre será lesivo à *moralidade administrativa*.

17. Apesar de instituída pela Carta de 1934, a ação popular só veio a ser regulamentada pela Lei nº 4.717, de 1965. Não foi de muita freqüência na prática forense, porque não impedia que a lesão produzisse todos os seus efeitos, por vezes irreparáveis ou de difícil reparação, até o advento da Lei nº 6.513, de 20.12.77, que autori-

zou a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, quando passou a ser manejada com maior assiduidade.

18. Nada obstante tenha sido objeto de numerosas monografias e copiosa jurisprudência, perdurava até agora um problema que dividia autores e julgados: saber se a suspensão liminar do ato impugnado poderia ser cassada pelo presidente do tribunal *ad quem*, analogicamente e nos mesmos moldes da liminar concedida em mandado de segurança; ou se, em face da omissão da lei regulamentadora, o recurso cabível seria o de agravo de instrumento, interposto simultaneamente com a impetração de mandado de segurança visando a dar-lhe efeito suspensivo.

Esse problema mostra-se superado com a promulgação da Lei nº 8.437, de 30.6.92, que expressamente autorizou o presidente do tribunal *ad quem* não só a suspender, nas condições que menciona, os efeitos de liminar concedida em quaisquer demandas contra o Poder Público ou seus agentes, como também a execução de julgado proferido em ação popular (art. 4º e § 1º).

19. É certo que a ação civil pública, nas suas atuais dimensões, também presta à proteção nos mesmos interesses difusos amparados pela ação popular, inclusive o de exigir moralidade administrativa.

20. Não se pode dizer, entretanto, que a *actio popularis* restou esvaziada. Subsiste, para diferenciá-las, a legitimidade ativa: na ação civil pública, órgãos públicos ou pessoas jurídicas expressamente elencadas na lei regulamentadora; na ação popular, o cidadão, isto é, a pessoa física no gozo dos seus direitos políticos.

3. *Ação Civil Pública*

21. Não há dúvida de que a ação civil pública, tal como presentemente concebida e desde que bem interpretada, destina-se a ser um dos mais importantes — e talvez o mais eficiente — instrumento de defesa de interesses difusos ou coletivos, pela abrangência e opções que oferece. Lamentavelmente, certo descuido na redação da lei, remissões equivocadas e vetos desconexos apostos pela Presidência da República (frutos da desinformação de sua assessoria, que não soube alcançar o verdadeiro objetivo do legislador) podem prejudicar a sua aplicação prática e transformar em letra morta significativas e avançadas inovações.

22. Recorde-se que a Lei nº 7.347, de 24.7.85, que instituiu a ação civil pública, inspirada nas *public actions* e *class actions* do direito norte-americano, destinou-a exclusivamente à proteção do meio ambiente, do consumidor e do denominado patrimônio social (bens ou direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Isto porque foi vetado o inciso IV do art. 5º, que acrescentava: "e outros interesses difusos e coletivos".

23. Dessa forma, foi necessário editar leis que estenderam aquele instrumento à defesa de interesses coletivos ou difusos que não se enquadravam no conceito de meio ambiente, relações de consumo ou patrimônio social: dos dificientes físicos (Lei

nº 7.853, de 24.10.89); dos investidores no mercado imobiliário (Lei nº 7.913, de 7.12.89); e da criança e do adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.90).

24. Além disso, a ação civil pública, tal como concebida originalmente, protegia tais interesses de modo global, visto que não autorizava a demanda coletiva para a composição de danos individualmente sofridos, que só mediante ação própria poderiam ser reclamados. Excetuavam-se, apenas, os investidores, prevendo a lei que, no caso destes, a condenação em dinheiro revertesse para uma espécie de fundo, ao qual concorreriam os lesados na proporção dos respectivos prejuízos.

25. Promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), as suas disposições finais introduziram importantes alterações na lei básica disciplinadora da ação civil pública, inclusive para ajustá-la à amplitude que lhe deu a vigente Constituição, promulgada posteriormente.

26. Com efeito, não poderia a ação civil pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do Ministério Público promover "a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos" (art. 129, nº III), *tout court* (e não os "interesses coletivos ou difusos indicados em lei").

Em abono desse entendimento observe-se que, quando a Constituição autorizou a lei a estabelecer limitações, o que fez expressamente. Assim, ao cuidar da legitimidade ativa, preceituou: "A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição *e na lei*" (art. 129, § 1º).

27. Dentre as alterações introduzidas na Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor, merecem destaque as seguintes:

a) restabeleceu o inciso IV do art. 5º da Lei nº 7.347/85, precisamente o dispositivo vetado pelo Presidente da República, para estender a ação civil pública a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (art. 110);

b) em conseqüência, transformou a ação civil pública em instrumento hábil para defesa do interesse difuso da sociedade civil na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como dos interesses coletivos de aposentados e contribuintes, entre outros;

c) determinou que se aplicasse à defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos a disciplina processual instituída pelo Código do Consumidor para a defesa deste em Juízo (art. 117);

d) como resultado, facultou que na ação civil pública se postule não só a condenação do réu a se abster de uma conduta ilícita, como também a compor danos individualmente causados;

e) e tudo isso sem embargo, no caso de insucesso da demanda coletiva, de cada lesado pleitear individualmente a composição do respectivo prejuízo, reabrindo o debate sobre a ilicitude da conduta do réu.

28. É o que se extrai dos diversos dispositivos do Código que compõem o Título III, sob a rubrica "Da Defesa do Consumidor em Juízo". Nele se autoriza a defesa coletiva (art. 81, parágrafo único):

a) de *interesses ou direitos difusos*, conceituados como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (*v.g.*, agressão ao meio ambiente; colocação de produtos nocivos ou defeituosos no mercado);

b) de *interesses ou direitos coletivos*, conceituados como os transindividuais de natureza indivisível de que sejam titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (*v.g.*, consorciados, usuários de serviços públicos, aposentados, contribuintes);

c) *interesses ou direitos individuais homogêneos*, conceituados como os decorrentes de origem comum (*v.g.*, lesões individuais sofridas por um grupo de pessoas em virtude de poluição ambiental, da colocação no mercado de produtos nocivos ou impróprios, do descumprimento de normas legais sobre reajustamento de aposentadorias, da cobrança ilegítima de um tributo em virtude de lei inconstitucional).

29. Segundo resulta de uma análise sistemática dos arts. 103 e 104 do Código do Consumidor, estendidos pelo art. 117 a quaisquer outros interesses difusos ou coletivos, a ação civil pública julgada improcedente, salvo por insuficiência de provas, impede o ajuizamento de outras demandas coletivas sob o mesmo fundamento, mas não obsta a propositura ou o prosseguimento de ações individuais; se procedente, torna certa a obrigação do réu de indenizar todos os prejudicados, que poderão promover, de imediato, a liquidação e a execução da sentença.

30. Inspirou-se o legislador, nesse passo, na sentença penal condenatória, que torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (Cód. Penal, art. 91, nº I), valendo no juízo cível como título executivo judicial (CPC, art. 584, nº II). Foi além, contudo, adotando solução sem precedente, quer no direito pátrio, quer no direito estrangeiro; a sentença produz efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* se favorável, de modo que a sua eficácia somente se estenderá a terceiros, estranhos ao processo, para beneficiá-los (*in utilibus*).

31. Não obstante, para impedir a multiplicidade de litígios ou que fosse desmedidamente ampliada a relação processual, estabeleceu duas restrições: sujeitam-se à coisa julgada, favorável ou desfavorável, os que, individualmente, atuaram como litisconsortes na ação coletiva; e não se beneficiam da sentença que acolher o pedido daqueles que, tendo proposto ações individuais, deixaram de requerer a suspensão do processo dentro do prazo de 30 dias contados da ciência, nos respectivos autos, do ajuizamento da ação coletiva.

32. Assim sendo, àqueles que preferiram atuar como litisconsortes, não será aberta a oportunidade de renovar o debate, se improcedente o pedido; e os que optaram pelo prosseguimento de sua lide individual, terão que suportar os ônus e as conseqüências do litígio até o seu término. Se optassem pela suspensão, poderiam aguardar o desfecho da ação coletiva, só prosseguindo, se lhes conviesse, no caso do insucesso daquela demanda.

33. Julgado procedente o pedido, admite a lei que a liquidação e a execução da sentença sejam promovidas coletiva ou individualmente. No primeiro caso, o lesado fornecerá ao autor da demanda coletiva os elementos necessários à prova do

seu crédito; no segundo, ele próprio atuará como exeqüente. Em qualquer hipótese, para obter a composição do dano, bastará provar a relação de causa e efeito e o montante do seu prejuízo.

34. Com o propósito de evitar a possibilidade de a execução, nas ações coletivas, transformar-se num monumental concurso de credores, dispunha o parágrafo único do art. 97 do Código do Consumidor: "A liquidação da sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar tão-só o nexo da causalidade, o dano e seu montante." Incompreensivelmente, este salutar dispositivo foi vetado, com base no vetusto princípio de que o juiz da ação também deve ser o competente para a execução.

35. Todavia, como permaneceu incólume o art. 98, onde se preceitua que "é competente para a execução o juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual", e partindo do pressuposto de que a lei não contém disposições inúteis, a doutrina admite que o interessado promova a realização do seu crédito em processo autônomo, instruído com a certidão da sentença condenatória proferida na ação coletiva.

36. O ajuizamento da ação coletiva interrompe o curso do prazo prescricional, prazo esse que recomeça a fluir a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória, segundo o tranqüilo entendimento de que a execução prescreve no mesmo prazo da ação (STF, Súmula nº 150).

37. Isso só ocorrerá, porém, se a ação coletiva for julgada procedente. Se os efeitos da demanda não se estendem a terceiros individualmente lesados, em caso de improcedência, não se pode pretender que se mostre eficaz apenas um de seus aspectos: o de interromper a prescrição.

38. Se o lesado sentir que o prazo extintivo se esgotará antes da decisão final, poderá utilizar-se da seguinte estratégia: propor ação individual e, em seguida, dar-se por ciente da existência da ação coletiva e requerer a suspensão do processo. Como durante a suspensão, autorizada pela lei, não corre o prazo prescricional, poderá prosseguir no seu litígio individual, se mal-sucedida a demanda coletiva.

39. Conforme se verifica do exposto, a ação civil pública oferece inúmeras vantagens:

a) despersonaliza a lide, afastando o receio de possíveis retaliações, uma vez que pode ser proposta, não só pelo Ministério Público, entes políticos e órgãos da administração indireta, como também por associações que incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção do interesse difuso ou coletivo em causa;

b) otimiza o litígio, permitindo a contratação de profissionais especializados ou experientes que, de outro modo, não estariam ao alcance de lesados mais modestos;

c) em nada prejudica os direitos individuais do lesado, no caso de insucesso.

4. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*

40. A ação direta de inconstitucionalidade transformou-se em outro eficiente instrumento de defesa coletiva, na medida em que a Carta de 1988:

a) deu maior estabilidade ao Procurador-Geral da República, que, não sendo mais demissível *ad nutum*, sente-se menos inibido, politicamente, para questionar no Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, quer dos Estados, quer da própria União (observação que se aplica, *mutatis mutandis*, ao Ministério Público estadual);

b) ampliou consideravelmente o elenco dos legitimados para propor a ação direta, antes privativa do Procurador-Geral da República, incluindo o Presidente da República, Governadores, Mesas do Senado, Câmara dos Deputados e Assembléias Legislativas, Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso, confederações sindicais e entidades de classes de âmbito nacional.

41. A jurisprudência da Suprema Corte, no entanto, sempre que possível vem restringindo o emprego da ação direta, esquecida de que, além de preservar a supremacia da Constituição, desafoga o Poder Judiciário, evitando a multiplicidade de litígios.

42. Dentro dessa ótica, vem decidindo que não cabe ação direta:

A) Com fundamento na Constituição anterior, tendo inclusive julgado prejudicadas todas as representações pendentes de decisão quando do advento da Carta de 1988 (Rp nº 1.642, DJ de 27.10.88).

Todavia, como "afere-se a higidez da lei em confronto com a norma constitucional vigente na época em que foi sancionada", segundo o entendimento do próprio STF (Rp nº 1.556, RTJ 128/1.063), a inconstitucionalidade da lei em face de Constituição anterior poderá ser apreciada *incidenter tantum*, isto é, em cada caso concreto. Assim sendo e em regra, ter-se-á de percorrer um longo caminho para que a lei inconstitucional, nessa hipótese, seja retirada do universo jurídico: declaração de inconstitucionalidade em eventual recurso extraordinário e subseqüente suspensão dos seus efeitos pelo Senado.

B) Contra lei anterior à Carta de 1988, em confronto com esta, porque a hipótese não seria de inconstitucionalidade, mas sim de revogação, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira (ADin nº2, DJ de 12.2.92).

Desse modo, a insubsistência da norma poderá ser proclamada por qualquer órgão fracionário, pois sendo a hipótese de simples revogação, não se aplica o disposto no art. 97 da CF, segundo o qual só pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do órgão especial podem os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei.

C) Contra decretos regulamentares ou atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei, sob o argumento de que a hipótese é de ilegalidade e não de inconstitucionalidade (ADin nº 365, RTJ 134/558; ADin nº 566, DJ de 13.12.91).

Excetuam-se, entretanto, os denominados regulamentos autônomos, quando invadem esfera reservada à lei (ADin nº 519, DJ de 11.10.91).

42-A. O Supremo Tribunal Federal tem sido de extremo rigor, igualmente, na aferição da legitimidade ativa. Segundo o seu entendimento, podem propor a ação direta:

a) na área sindical, só as Confederações, excluídas as Federações, mesmo de âmbito nacional, mediante interpretação literal do art. 103, nº IX, da CF (ADin nº488, DJ de 12.6.92);

b) na área dos partidos políticos, só os Diretórios Nacionais, e não os Diretórios Regionais, ainda que se trate de lei local (ADin nº 610, DJ de 7.2.92);

c) no que se refere a entidades de classe, só reconhece como tais as de âmbito nacional que possuam associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação, por aplicação analógica da Lei Orgânica dos partidos políticos, além de exigir que esses associados ou membros estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional (ADin nº 79, DJ de 5.6.92, em que o Relator, Ministro Celso de Mello, resume o conceito do STF sobre o que seja entidade de classe, com remissão a vários precedentes).

43. Ao indicar os legitimados a propor a ação direta, a CF não estabeleceu quaisquer condicionantes, quando poderia tê-las estabelecido, a exemplo do que fez ao cuidar do mandado de segurança coletivo. Entende-se que, quando a lei confere legitimação ativa, sem qualquer ressalva, o interesse processual confunde-se com a própria legitimação.

44. Reconhece a Suprema Corte que alguns legitimados ativos — Presidente e Procurador-Geral da República, Mesas do Congresso, partidos políticos e Ordem dos Advogados —, têm interesse em preservar a supremacia da Constituição, por força de suas próprias atribuições institucionais. Em relação aos demais, no entanto, tende a estabelecer restrições, fundadas no conceito de "pertinência".

Inclina-se o STF a só admitir a ação direta, por parte de Governadores e Mesas das Assembléias Legislativas, se a lei impugnada disser respeito, de algum modo, às respectivas unidades federadas; e por parte de confederações sindicais ou entidades de classe, se a norma em causa ferir os interesses dos respectivos filiados ou associados (ADin nº 138, RTJ 133/1.011, onde o tema foi amplamente debatido).

45. A carta de 1988 não previu a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, em razão do que só poderá ser argüída em casos concretos. Admite a ação direta, no entanto, em face da Constituição estadual (CF, arts. 102, I, , "a", e 125, § 2º).

46. Alguns Estados tentaram atribuir competência aos respectivos Tribunais de Justiça para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Carta federal, mas tais tentativas esbarraram, sistematicamente, no veto da Suprema Corte (Recl. nº 337, RTJ 133/551; ADin nº 409, RTJ 134/1.066). Compreende-se, porém, a posição do STF.

47. A declaração incidental da inconstitucionalidade é mero fundamento do decisório e, portanto, não transcende os limites da causa nem faz coisa julgada. No plano federal, somente adquire efeitos *erga omnes* se, declarada a inconstitucionalidade pela Suprema Corte, o Senado suspender os efeitos ou ato normativo (CF, art. 52, nº X), cabendo àquela Casa do Congresso decidir sobre a convivência e oportunidade da suspensão, consoante jurisprudência do próprio STF (RMS nº 16.519, pleno ac. de 20.6.66).

Sucede que, a partir de 1977, o STF firmou o entendimento de que, nas antigas representações e atuais ações diretas, a declaração de inconstitucionalidade, por ser o próprio objeto do pedido, produz efeitos *erga omnes* com o simples trânsito em julgado da sentença, dispensada a intervenção do Senado (Proc. Adm. nº 4.477/720, DJ de 16.5.77).

Desse modo, declarada a inconstitucionalidade de uma lei municipal em face da Constituição Federal, pelo Tribunal de Justiça, sem que da decisão fosse interposto recurso extraordinário, o trânsito em julgado impediria a própria Suprema Corte de examinar a questão, inclusive nos casos concretos pendentes de julgamento. Este problema não ocorrerá diante de eventual conflito entre a lei local e a Constituição Estadual, porque inexistindo questão federal, o próprio Tribunal de Justiça é a instância suprema.

48. Por outro lado, os Estados foram autorizados a se organizar segundo as respectivas Constituições, obervados os princípios da Constituição Federal (art. 25). Estes princípios sensíveis e de observância obrigatória não foram indicados e o Supremo Tribunal Federal, como reiteradamente vêm afirmando os seus Ministros, ainda não fixou os exatos limites da competência do legislador constituinte estadual.

49. Assim sendo, é possível que uma lei local seja constitucional em face da Carta federal e inconstitucional em face da Carta estadual, se esta estabelecer restrições que constituam um *plus* em relação à Lei Maior.

50. Ocorre que várias unidades federadas, como o Estado do Rio de Janeiro e o Estado de São Paulo, reproduziram, *ipsis verbis*, dispositivos da Constituição Federal de observância obrigatória, independentemente de recepção pelas Cartas estaduais, a exemplo dos que cuidam das limitações do poder de tributar. Alegaram os constituintes estaduais que assim procediam por motivos didáticos ou para facilitar a compreensão dos demais artigos.

51. Plantaram, entretanto, o seguinte problema: é possível argüir, em ação direta, a inconstitucionalidade de lei local em confronto com a Constituição estadual, quando esta reproduz, literalmente, texto da Lei Maior cogente em todo o território nacional? Segundo tudo indica, seria uma fórmula oblíqua de subtrair do STF o exame da lei, pois se o Tribunal de Justiça a declarasse inconstitucional, a sua decisão (irrecorrível) prevaleceria ainda que a Suprema Corte, confrontando a norma local com o idêntico texto da Lei Maior, proclamasse a sua constitucionalidade.

52. Em termos concretos, o problema surgiu quando o Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação direta, suspendeu liminarmente a eficácia de uma lei do Município da Capital dispondo sobre o IPTU. Argumentou-se que vulnerava disposições da Constituição paulista, mas que reproduzem, *ad litteram*, preceitos da Carta federal.

O Município de São Paulo apresentou reclamação ao STF, alegando que o Tribunal de Justiça estaria, de fato, usurpando a sua competência. Por sete votos contra quatro, a Suprema Corte julgou a reclamação improcedente, acompanhando o relator, Ministro Moreira Alves. Votaram vencidos os Ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sepúlveada Pertence, que a julgavam procedente

para cassar a medida liminar deferida e extinguir a ação direta proposta perante o Tribunal paulista, por impossibilidade jurídica do pedido (Recl. nº 383-3, sessão plenária de 11.6.92).

Como o acórdão, até esta data, não foi publicado — e nem sequer redigido, segundo informação colhida na Secretaria do STF — seria temerário avançar conceitos sobre a decisão da Suprema Corte e suas implicações.

5. *Mandado de Segurança Coletivo*

53. Instrumento igualmente importante, criado pela Carta de 1988, é o mandado de segurança coletivo, que, à falta de normas regulamentadoras, vem sendo paulatinamente construído pela doutrina e pela jurisprudência.

54. De um modo geral, os pressupostos da impetração e o procedimento obedecem às normas estabelecidas para o *writ* individual. Em virtude de suas peculiaridades, entretanto, três questões fundamentais continuam em aberto:

a) termo *a quo* para a fluência do prazo extinto de 120 dias;

b) extensão subjetiva dos efeitos da sentença;

c) autoridade da coisa julgada.

55. Como o mandado de segurança coletivo só se presta, obviamente, para a defesa dos direitos subjetivos de grupos, classes ou categorias de pessoas, pressupõe, em princípio, um ato normativo (lei, regulamento, instruções), mas auto-aplicável ou de efeitos concretos, visto que a jurisprudência tende a não admiti-lo contra a lei em tese (STF, RTJ 134/666), a exemplo do que ocorre com o *writ* individual (STF, Súmula nº 266).

56. Desse modo, o mandado de segurança coletivo, em regra, será simultaneamente preventivo e repressivo. Suponha-se exigência fiscal ilegítima imposta a determinada categoria: será impetrado visando, ao mesmo tempo, a obstar lançamentos e a anular os eventualmente já efetivados.

57. Nessa hipótese, como se contaria o prazo, se para uns (os não autuados) ainda não começou a fluir e para outros (os autuados) a fluência se iniciou em datas diferentes, isto é, a partir de cada lançamento? Parece que a solução mais adequada, em se tratando de mandado de segurança coletivo, é contar o prazo a partir da publicação do ato normativo auto-aplicável que deu origem à impetração.

58. Segundo prescreve o art. 5º, nº LXX, da CF, são legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo os partidos políticos com representação no Congresso, organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, sendo que: os partidos políticos, *tout court*; as demais entidades "em defesa dos interesses de seus membros ou associados". Surge, então, o problema da extensão subjetiva dos efeitos da sentença.

59. Parte da doutrina (Celso Barbi, José Afonso da Silva), sustenta que o legislador constituinte pretendeu transformar os partidos políticos em verdadeiros *ombudsmen*, incumbidos, através de *writ* coletivo, do controle da ilegalidade objetiva.

Correta a tese, o mandado por eles impetrado beneficiaria toda a coletividade atingida pelo ato ilegítimo. Não é esse, porém, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que limita o emprego do mandado coletivo, pelos partidos políticos, à defesa dos interesses dos seus filiados em questões políticas, equiparando-os, dessa forma, aos demais legitimados (MS nº 197, Primeira Seção, maioria, DJ 20.08.90). Como se trata de matéria constitucional, caberá ao STF dar a ultima palavra, o que ainda não ocorreu.

60. O mandado impetrado por organizações sindicais e pelas entidades de classe beneficiam toda a categoria ou classe. A categoria, porque o sindicato a representa, em sua base territorial, independentemente de filiação (CF, art. 8º); a classe, em sentido estrito, porque ninguém pode exercer profissão regulamentada sem estar inscrito no respectivo órgão de fiscalização profissional.

61. E quanto às demais associações, visto que estas impetram o *writ* coletivo em defesa de seus associados? Três soluções se apresentam: a) estender os efeitos de sentença aos sócios que o eram no momento da propositura da demanda; b) aos que o eram quando da sentença de primeiro grau; c) aos que o eram quando o decisório transitou em julgado. Considerando-se os objetivos do mandado de segurança coletivo, mostra-se adequada a interpretação mais abrangente. Assim, a extensão subjetiva dos efeitos da sentença compreenderá todos os associados da impetrante na data do trânsito em julgado.

62. Problema mais árduo diz respeito à eficácia da coisa julgada. Conforme firme jurisprudência, inclusive do STF, o mandado de segurança faz coisa julgada, quer seja concedido, quer seja denegado, desde que a decisão enfrente o mérito. Suponha-se que em *writ* coletivo determinada exigência do Poder Público seja considerada *legítima*. Estariam os membros ou associados da impetrante impedidos de renovar o debate em ações individuais?

63. Sucede que o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (acrescentado pela Lei nº 8.078/90) dispõe que à defesa dos interesses coletivos e difusos aplica-se a disciplina processual prevista no Código do Consumidor e, portanto, os princípios antes expostos sobre a eficácia da coisa julgada: extensão a terceiro, estranhos à lide, *secundum eventum litis* e *in utilibus*, ou seja, somente para beneficiá-los.

64. Com base nesse dispositivo, doutrinadores de peso (Ada Pellegrini Grinover, Nelson Nery Júnior) defendem a tese de que a decisão proferida no mandado de segurança coletivo que, a exemplo da ação civil pública, também se destina à defesa dos interesses de grupos, classes ou categorias, só produz efeitos *ultra partes* se concedido. Caso denegado, os membros ou associados da impetrante poderão se valer livremente de ações individuais, desde que atendidos os respectivos pressupostos.

6. *Mandado de Injunção*

65. Resta examinar o mandado de injunção, destinado a suprir a inexistência de norma regulamentadora sem a qual se torne inviável o exercício de direitos ou garantias constitucionais (CF, art. 5º, nº LXXI).

Como já se disse, admite-se que possa ser impetrado coletivamente, com base no preceito constitucional que autoriza as entidades associativas a representarem os seus filiados, judicial ou extrajudicialmente (CF, art. 5º, nº XXI).

Não obstante, como assinalou o Ministro Celso de Mello, em despacho no MI nº 390-4 (DJ de 9.6.92), impetrado por um sindicato, "a questão do cabimento do mandado de injunção coletivo e da legitimidade ativa para sua impetração não foi ainda definida no âmbito desta Corte" (STF). Por esse motivo, e considerando o dissenso que lavra na doutrina, resolveu processá-lo, reservando-se para apreciar o problema quando do julgamento da causa.

66. Em seus primeiros pronunciamentos, o STF equiparou o mandado de injunção, praticamente, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º). Concedida a ordem, a Suprema Corte limitava-se a declarar a mora constitucional do órgão legislativo ou executivo, para que adotasse as providências necessárias (MI nº 107, RTJ 133/11).

67. Posteriormente, no entanto, avançou alguns passos, dando nova dimensão ao referido *writ*. Apreciando mandado de injunção em que o impetrante alegava não poder beneficiar-se, por falta de norma regulamentadora, do art. 8º, § 3º, do ADCT (reparação econômica dos que foram impedidos de exercer atividade profissional específica, na vida civil, em virtude de atos revolucionários) decidiu o STF (MI 283-5, DJ de 14.11.91):

a) conceder o prazo de sessenta dias para que se ultime o processo legislativo, incluindo a sanção presidencial;

b) se ultrapassado esse prazo, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter da União, pela via processual adequada, a reparação prevista;

c) declarar que, prolatada a sentença, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, no que lhe for mais favorável.

Em outro mandado de injunção, impetrado sob o mesmo fundamento, o STF, considerando que se esgotará o prazo concedido no *writ* anterior, autorizou os impetrantes a ingressarem imediatamente em Juízo por entender prescindível nova comunicação ao Congresso Nacional (MI nº 284-3, DJ de 26.6.92).

68. Assim decidindo, o Supremo Federal:

a) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada (porque dependente de norma infraconstitucional regulamentadora) em norma de eficácia plena;

b) considerou o mandado de injunção hábil para obter a regulamentação de qualquer direito previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu Título II, como sustentou parte da doutrina (Calmon de Passos Celso Ribeiro Bastos).

69. Em conseqüência, nenhum óbice existe a que o interessado se utilize do mandado de injunção para obter benefícios eventualmente concedidos inclusive nas Constituições dos Estados-membros, quando esses benefícios dependerem da edição de lei ou outro ato normativo, neste caso impetrando-o perante o órgão judiciário indicado na própria Carta local ou na Lei de Organização Judiciária.

7. *Restrições às Medidas Cautelares*

70. Como era de se esperar, visto que ocorreu com as liminares em mandado de segurança, o uso inadequado e até mesmo o abuso de medidas cautelares contra a Administração, levou o Executivo a reagir obtendo do Congresso a Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que restringe a sua concessão quando em causa atos do Poder Público.

É fato público e notório que juízes menos preparados levaram o seu desembaraço a ponto de se substituírem à Administração até na prática de atos discricionários, área interdita ao Judiciário, consoante doutrina e jurisprudência assentes. Tudo sob ameaça de prisão das autoridades que se recusassem a cumprir suas determinações, a pretexto de "desobediência à ordem legal" (Cód. Penal, art. 330) ou de "prevaricação" (Cód. Penal, art. 319), quando o crime de *desobediência* é privativo do particular e o de *prevaricação*, segundo entendimento da Suprema Corte, resulta de outras circunstâncias, e não apenas de recusa, *ipso facto*, em dar cumprimento à ordem judicial (STF, Rp nº 221, DJ de 16.5.60).

71. Em contrapartida, não foi obedecida a lei de Newton "a cada ação corresponde uma reação igual e contrária" —, já que as restrições, à primeira vista, ultrapassaram limites justificáveis, sem embargo de o Congresso haver podado o projeto do Executivo de vários outros excessos.

Podem-se prever dificuldades na aplicação da lei, porquanto, a par de dispositivos de duvidosa constitucionalidade, a sua redação não primou pela clareza nem atendeu à melhor técnica processual.

72. Em seu art. 1º, absorvendo e ampliando o que já dispunha a Lei nº 7.969, de 22.10.89, alusiva apenas às medidas cautelares previstas no CPC, veda a concessão de liminares contra atos do Poder Público em quaisquer procedimentos, desde que providência semelhante não possa ser obtida através do mandado de segurança.

Dessa forma, inclusive em ação civil pública proposta em defesa dos interesses coletivos de servidores, fica proibida medida liminar que objetive reclassificação, equiparação, pagamento ou concessão de aumentos e outras vantagens pecuniárias (Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66).

Derrogando o disposto no art. 520, nº IV, do CPC, estatui que passa a ter efeito suspensivo o recurso voluntário ou *ex officio* (*rectius*: reexame necessário) interposto de sentença proferida no processo cautelar e que importe na concessão, a servidores públicos, daqueles mesmos benefícios (art. 3º).

Recorde-se, a propósito de limitações, que continua em vigor a Lei nº 2.770/56, vedando, em quaisquer procedimentos judiciais, a concessão de liminar que vise à liberação de mercadorias ou bens procedentes do exterior.

73. Preceitua a Lei nº 8.437/92, ainda que, salvo na ação popular e na ação civil pública, "não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou (redundantemente) sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal" (art. 1º, §§ 1º e 2º). Neste passo incorporou, *ipsis verbis*, jurisprudência sumulada do TJRG (Súmula nº 8).

Em conseqüência, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, não mais se admitirá ações cautelares individuais envolvendo atos do Governador, Secretários de Estado, Mesa de Assembléia, Tribunal de Contas, Procuradores-Gerais da Justiça, do Estado e da Defensoria Pública, bem como do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200 mil eleitores, pois se insere na competência originária do Tribunal de Justiça o julgamento do eventual mandado de segurança contra seus atos (Const. Est., art. 150, alínea "e").

74. Dispõe, outrossim, que "não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação"(art. 1º, § 3º). Visou o legislador, ao que tudo indica, as medidas cautelares satisfativas de conteúdo irreparável ou irreversível, mas como redigiu o dispositivo parece que foi além de sua intenção.

Com efeito, não distinguiu entre ações cautelares propriamente ditas e medidas liminares que podem ser obtidas no próprio processo principal. Ora, no mandado de segurança e na ação popular, em regra, e na ação civil pública, com freqüência, o provimento liminar pedido é satisfativo, pois se confunde com o definitivo: pede-se uma ordem judicial para que o Poder Público suste ato ilícito ou supra omissão ilegítima.

Exatamente porque essa liminar é satisfativa, existem processualistas que lhe negam a natureza de tutela cautelar, preferindo qualificá-la como "antecipação da prestação jurisdicional". Ressalvada a hipótese de uma interpretação construtiva, e aplicação do malsinado dispositivo esvaziaria o mandado de segurança, ação popular e a ação civil pública da eficiência que vêm demonstrando, precisamente porque possibilitam conter, *in limine litis*, os erros ou desvios do Poder Público.

75. Em seu art. 4º, a lei estende às liminares concedidas em quaisquer ações contra o Poder Público o que antes era privativo do mandado de segurança e da ação civil pública: a possibilidade de o presidente do tribunal *ad quem* suspender a sua execução, "em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

Foi acrescentada a expressão "em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade", ausente das leis anteriores. Como o texto convertido em lei constava, *ad litteram*, do projeto encaminhado pelo Executivo, presume-se que o propósito seria o de ampliar as hipóteses em que se admitia a suspensão da liminar, erigindo o "manifesto interesse público" e a "flagrante ilegitimidade" (que se pode traduzir por "decisão teratológica"), em pressupostos autônomos e independentes da "grave lesão". Mas neste caso a lei teria de empregar a conjunção alternativa "ou" e não a conjunção aditiva, ao expressar-se "*e* para evitar grave lesão..."

Como se encontra redigido o dispositivo, a suspensão da liminar só poderia ser concedida nas hipóteses de: manifesto interesse público e grave lesão; ou, decisão teratológica e grave lesão. Aparentemente é restritivo, mas só na aparência, pois onde houver a ameaça de grave lesão, sempre existirá o manifesto interesse público em elidi-la. Assim sendo, em nada mudou a sistemática até então vigente, ressalvada a extensão da providência a quaisquer medidas liminares concedidas contra o Poder Público.

76. Inovou o art. 4º da Lei 8.437/92, ainda, facultando que o presidente do tribunal *ad quem* suspenda, nas mesmas circunstâncias, a execução de sentença proferida em ação cautelar inominada, em ação popular e em ação civil pública, enquanto não transitada em julgado (em mandado de segurança está prevista no art. 4º da Lei nº 4.348/64 e no art. 25 da Lei nº 8.038/90).

Considerando-se que o texto se refere, à evidência, às decisões do primeiro grau — sentença em sentido estrito — uma leitura apressada permitiria deduzir que a suspensão de seus efeitos, pelo presidente da Corte de Apelação, vigoraria mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário, uma vez que, interposto qualquer deles, não haveria o trânsito em julgado. Vulnera a lógica jurídica, entretanto, que uma medida provisória, como é o caso da suspensão, possa subsistir depois de julgada a causa pelo próprio tribunal que a deferiu, isto é, depois de cessada a sua função jurisdicional.

77. Merecem destaque, outrossim, mais as seguintes inovações do art. 4º:

a) autorizou que a suspensão seja requerida não só pela pessoa de direito público interessada, como também pelo Ministério Público;

b) facultou que o presidente do tribunal *ad quem*, nessa hipótese, ouça previamente, no prazo de cinco dias, o autor da demanda e o Ministério Público, mas não impôs, uma vez que o texto legal usa a expressão "poderá ouvir";

c) admitiu agravo contra a decisão que conceder ou negar a suspensão, dentro do prazo de cinco dias, contado em dobro quando o agravante for a Fazenda Pública ou o Ministério Público (CPC, art. 188), já que o prazo também se destina ao particular.

Com esta última novidade, derrogou o art. 4º da Lei nº 4.348/64 e o art. 25 da Lei nº 8.038/90, bem como superou a Súmula nº 506 do SFT, que, em tema de mandado de segurança, só admitiam o agravo contra decisão que suspendesse, e não contra a que negasse a suspensão requerida. Assim sendo, abriu à Fazenda Pública e ao Ministério Público a oportunidade de reiterar o pedido, perante o colegiado competente, em caso de indeferimento pelo presidente do tribunal *ad quem*.

78. Preceituou a lei, em seu art. 2º, que no mandado de segurança coletiva e na ação civil pública, a liminar só será concedida, quando cabível, após a audiência obrigatória do representante judicial da pessoa de direito público interessada, dentro do prazo de setenta e duas horas. Não estabeleceu, contudo, o procedimento a seguir.

Deve-se entender que o representante judicial será notificado para, dentro do prazo previsto, impugnar a medida liminar requerida, exclusivamente sob o ângulo de seus pressupostos (*v.g.*, existência de vedação legal; ausência do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*), funcionando, com os seus subsídios, como uma espécie de *amicus curiae*. Concedida ou não a medida liminar, expedir-se-á o mandado de citação, no caso de ação civil pública, ou a notificação à autoridade coatora, no caso de mandado de segurança, da sua efetivação correndo o prazo para responder ou prestar informações, bem como para eventual recurso contra a decisão concessiva.

79. Todas as restrições ora analisadas aplicam-se a demandas propostas em face do Poder Público. Embora abrangente, a expressão, no contexto da lei, significa os

entes políticos (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) e suas autarquias ou fundações autárquicas, excluídos os demais órgãos da administração indireta, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

É o que se extrai não só dos arts. 2º e 3º da lei, onde se faz alusão expressa a "pessoa jurídica de direito público", como também do princípio de hermenêutica segundo o qual as restrições de direito devem ser interpretadas estritamente.

80. Encerrando esta exposição, mais longa do que seria desejável, oportuno lembrar que o Supremo Tribunal Federal entendeu serem válidas as limitações legais ao poder cautelar do juiz, desde que razoáveis (ADin nº 223-6, DJ de 29.6.90).

Como a *razoabilidade* é conceito juridicamente indeterminado, aferido de acordo com critérios puramente subjetivos, é difícil prever qual será a reação dos Ministros do SFT diante da Lei nº 8.437/92, principalmente em face das dúvidas e perplexidades apontadas no curso deste exame superficial.

Autores referenciados

BARBI, Celso A. — *As Novas Dimensões do Mandado de Segurança*, CEPAD, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro — *Comentários à Constituição do Brasil*, v. II, Saraiva, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro — *General Report*, in "Acess to Justice — A World Survey", Milão, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini — *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, obra coletiva, 1ª ed., Forense Universitária, 1991.

MOREIRA, J. C. Barbosa — *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson — *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, obra coletiva, 1ª ed., Forense Universitária, 1991.

NUNES, Castro — *Do Mandado de Segurança*, 5ª ed., Forense, 1956.

PASSOS, J. J. Calmon — *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 1ª ed., Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., Rev. dos Tribunais, 1989.