

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Felipe Carvas

Tutela jurisdicional coletiva da ordem urbanística

**São Paulo
2014**

FELIPE CARVAS

Tutela jurisdicional coletiva da ordem urbanística

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea dos Direitos Difusos e Coletivos, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Patricia Miranda Pizzol.

**São Paulo
2014**

À Alaide e à Soraia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por tudo.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pelo apoio acadêmico.

À Izabel Sobral, pela contribuição com bibliografia, valorosa a este trabalho, aos que o precederam e aos que o sucederão.

À Professora Patricia Miranda Pizzol, por todas as lições que recebo desde a graduação e pela orientação firme conduzida durante o Mestrado.

Aos amigos da PUC-SP, que sempre acreditaram em mim e me apoiaram: Carolina Sobral Malhado, Eduardo Bronzatti, Gabriela Pereira Lima, Mariana Perecin, Mariana Rosa, Nadine Tani e Noemi Araújo.

Aos meus familiares, pelo apoio incondicional que vêm me dando durante os passos da minha vida: Alaíde, Anderson, Antônio, Gustavo, Soraia e Simone. Bruno, Camila, Cida, Fabio, Mariana e Mônica.

*Apagaram tudo
Pintaram tudo de cinza
Só ficou no muro
Tristeza e tinta fresca*

*Nós que passamos apressados
Pelas ruas da cidade
Merecemos ler as letras
E as palavras de Gentileza*

(Marisa Monte)

*O sonho é meu e eu sonho que
Deve ter alamedas verdes
A cidade dos meus amores
E, quem dera, os moradores
E o prefeito e os varredores
Fossem somente crianças
Deve ter alamedas verdes
A cidade dos meus amores
E, quem dera, os moradores
E o prefeito e os varredores
E os pintores e os vendedores
Fossem somente crianças*

(Enriquez - Bardotti - Chico Buarque)

RESUMO

A ordem urbanística passou a ser prevista expressamente como objeto de ação coletiva em 2001, e, com isso, faz-se pertinente investigar qual o alcance e o conteúdo de sua tutela em juízo. Assim, primeiro se realiza a análise do termo “ordem urbanística” com o intuito de identificar quais institutos o compõem e as demais características que assumem relevo para sua tutela, considerando, principalmente, as disposições do Estatuto da Cidade. Posteriormente, analisa-se o chamado microsistema de ações coletivas, cuja disciplina geral se dá com a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública. Também foram analisadas outras ações referentes à tutela coletiva, como a ação popular, o mandado de segurança coletivo e a ação de usucapião coletiva.

Palavras-chave: ordem urbanística, ação coletiva, tutela jurisdicional coletiva.

ABSTRACT

The urban order was expressly included as object of collective action in 2001, and with this, it is pertinent to investigate what is the scope and content of his tutelage in court. So first was analyzed the term "urban order" in order to identify its component institutes and other features that are particularly important for their protection, considering principally the provisions of the federal law called "City Statute". Subsequently, we analyze the Brazilian class action, which general discipline occurs with the interaction between the Code of Consumer Protection and the Law of Public Civil Action. We also analyze other actions related to collective protection, such as the popular action, the collective writ of mandamus and collective action of adverse possession.

Keywords: urban order, collective action, collective remedy.

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República
EC	Estatuto da Cidade
EIV	Estudo de Impacto de Vizinhança
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LAP	Lei de Ação Popular
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LMS	Lei do Mandado de Segurança
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A IMPORTÂNCIA DA ORDEM URBANÍSTICA.....	14
2.1 O DESENVOLVIMENTO DO URBANISMO	14
2.2 O DIREITO URBANÍSTICO E A ORDEM URBANÍSTICA. DESENVOLVIMENTO NORMATIVO NO BRASIL.....	17
2.3. INSTRUMENTOS DE REGULAMENTAÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA	24
2.3.1 O plano diretor	28
2.3.2 Parcelamento do solo, edificação e utilização compulsórios.....	31
2.3.3 Direito de preempção municipal	33
2.3.4 Outorga onerosa do direito de construir	34
2.3.5 Alteração do uso do solo.....	36
2.3.6 Operações urbanas consorciadas	36
2.3.7 Transferência do direito de construir	38
2.3.8 Estudo de impacto de vizinhança – EIV	39
3 A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS	41
3.1 MICROSSISTEMA DE AÇÕES COLETIVAS. A INTERAÇÃO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS	41
3.2 O PROCESSO COLETIVO COMO RAMO AUTÔNOMO DO DIREITO	46
3.3 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	51
3.4 AÇÃO COLETIVA OU AÇÃO CIVIL PÚBLICA?	52
3.5 OS DIREITOS TUTELÁVEIS PELA AÇÃO COLETIVA	54
3.5.1 Direitos e interesses como expressões equivalentes	54
3.5.2 Direitos difusos.....	55
3.5.3 Direitos coletivos	59
3.5.4 Direitos individuais homogêneos.....	59
3.5.5 Identificação dos direitos coletivos <i>lato sensu</i>	61
3.6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA.....	62
3.7 PANORAMA DOS PROJETOS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DAS AÇÕES COLETIVAS	64
3.7.1 O projeto de reforma do CDC.....	67
3.7.2 O incidente de resolução de demandas repetitivas	69
4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA	72
4.1 OBJETO	72
4.1.1 O pedido na ação civil pública.....	74
4.1.2 O controle dos instrumentos da ordem urbanística	79
4.1.3 O controle de atos administrativos	84
4.1.4 O controle das políticas públicas relacionado à ordem urbanística	87
4.1.5 A improbidade administrativa na ordem urbanística	93
4.2 LEGITIMIDADE	98
4.2.1 A legitimidade no processo civil	98
4.2.2 A legitimidade ativa nas ações coletivas e sua natureza jurídica	100
4.2.3 O controle da representatividade adequada	104
4.2.4 A legitimidade do Ministério Público	106
4.2.5 A legitimidade da Defensoria Pública.....	110
4.2.6 A legitimidade das associações	112

4.2.7 A legitimidade dos entes federados e de suas entidades e órgãos.....	115
4.2.8 A legitimidade passiva.....	117
4.2.9 A questão da ação coletiva passiva.....	119
4.2.10 Litisconsórcio e assistência em processo coletivo.....	120
4.3 COMPETÊNCIA.....	123
4.3.1 Breve introdução	123
4.3.2 Classificações da competência no processo civil	125
4.3.3 A competência na ação civil pública	126
4.3.4 Litispendência, conexão e continência entre ações coletivas e ações individuais...	132
4.4 PRESCRIÇÃO	135
4.5 COISA JULGADA.....	138
4.5.1 A coisa julgada no processo civil	138
4.5.2 A coisa julgada nas ações coletivas	140
4.5.3 O art. 16 da LACP.....	145
4.6 EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO	147
4.6.1 A relevância da tutela específica para a tutela coletiva da ordem urbanística.....	147
4.6.2 Tutelas de urgência nas ações civis públicas	152
4.6.3 Breves considerações sobre a execução no processo coletivo	155
5 AÇÃO POPULAR	160
5.1 BREVE HISTÓRICO DA AÇÃO POPULAR E SEU CONCEITO	160
5.2 OBJETO DA AÇÃO POPULAR	163
5.2.1. O pedido na ação popular	167
5.3. LEGITIMIDADE	168
5.3.1 Legitimidade ativa	168
5.3.2 Legitimidade passiva	170
5.3.3 Atuação do Ministério Público na ação popular	171
5.4 COMPETÊNCIA.....	172
5.5 PROCEDIMENTO	175
5.6 PRESCRIÇÃO	178
5.7 COISA JULGADA.....	180
6 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	181
6.1 BREVE HISTÓRICO E SEU CONCEITO	181
6.2 CABIMENTO	182
6.3 LEGITIMIDADE	186
6.4 COMPETÊNCIA.....	187
6.5 PROCEDIMENTO.....	188
6.6 DECADÊNCIA	189
6.7 COISA JULGADA.....	191
7 AÇÃO DE USUCAPIÃO COLETIVA.....	193
7.1 A USUCAPIÃO NO ESTATUTO DA CIDADE	193
7.2 ASPECTOS PROCESSUAIS	195
7.2.1 Procedimento	196
7.2.2 Competência.....	197
7.2.3 Especificamente a legitimidade ativa	197
7.2.4 Legitimidade passiva	200
7.2.5 Intimação das Fazendas Públicas da União, do Estado, do Município e do Ministério Público	201

7.2.6 Sentença e registro.....	202
8 CONCLUSÃO.....	203
BIBLIOGRAFIA	209

1 INTRODUÇÃO

Cada vez mais as aglomerações urbanas têm se tornado a realidade das pessoas, que há tempos migram do campo em direção às cidades. E este fenômeno desperta, há tempos, o interesse de especialistas em razão dos diversos problemas que dele decorrem.

Assim, se em um primeiro momento o urbanismo possuía função de embelezamento das cidades, em momento posterior passou a ser mais abrangente, incluindo-se outros aspectos. Veja-se, como exemplo, a chamada Carta de Atenas, que na década de 1930 já apontava questões que continuam a reclamar soluções nos dias de hoje, como as moradias em condições subnormais, o transporte público nos horários de pico, o zoneamento etc.

O Brasil está incluído no debate. Hoje, a maior parte da população vive nas cidades, em decorrência de movimentos migratórios que se acentuaram com o transcorrer do século XX. Entretanto, o desenvolvimento legislativo afeto ao tema não teve a mesma rapidez.

Havia leis esparsas que tocavam o urbanismo. Com a promulgação da Constituição de 1988, o tema ganhou *status* constitucional, prevendo-se, nela, a competência legislativa sobre o urbanismo e a chamada *política de desenvolvimento urbano*, cujas diretrizes gerais devem ser fixadas por lei infraconstitucional (art. 182, *caput*), o que somente ocorreu em 2001.

Neste ano foi promulgado o Estatuto da Cidade, com o intuito de regulamentar o art. 182 da Constituição e de servir como norma geral de direito urbanístico. Ele encampou diversos instrumentos que vinham sendo utilizados por alguns municípios, e teve o mérito de estabelecer o conteúdo mínimo do *plano diretor*, que, de acordo com a Constituição, “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, §1º).

No mesmo ano incluiu-se na Lei de Ação Civil Pública, no art. 1º, a *ordem urbanística* como objeto da ação civil pública. Decerto, se o legislador entendeu necessária a inclusão de inciso específico para a ordem urbanística, faz-se necessário indagar qual o campo próprio da propositura de ação civil pública urbanística.

Antes da expressa previsão de sua tutela pela via coletiva, já se admitiam ações civis públicas concernentes ao urbanismo; é possível encontrar diversos exemplos de propositura desta ação referentes ao parcelamento do solo, em razão, certamente, de a matéria estar disciplinada há bastante tempo no país. Mas, mesmo após a promulgação da lei – que representou avanço significativo ao país em termos legislativos – encontra-se farta doutrina que apenas associa a possibilidade de propositura de ação civil pública normalmente associando-a às funções da cidade, identificadas na Carta de Atenas.

Este documento é resultado do IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, realizado em 1933, na Cidade de Atenas, Grécia, e apontou quatro funções básicas da cidade: habitação, circulação, trabalho e recreação. Entretanto, neste trabalho optou-se em proceder de modo distinto, partindo-se dos instrumentos próprios, previstos em lei, para a análise do tema, o que será devidamente justificado.

Para o entendimento do tema devem ser analisados dois pontos fundamentais: o que consiste a ordem urbanística e como ela pode ser tutelada em juízo por meio de ação coletiva. Por isso, o trabalho se inicia com a análise da *ordem urbanística*, visando à identificação de seu conteúdo e alcance.

Posteriormente, é realizada uma análise do microssistema de ações coletivas, e como a ordem urbanística pode ser tutelada por ele. Decerto, é importante salientar, a ação civil pública é o instrumento mais abrangente, que permite pedidos mais amplos e de naturezas diversas. Daí porque foi realizado estudo mais amplo sobre ela. Além do mais, por resultar da interação dos dois diplomas mais completos em termos de legislação processual coletiva, suas normas são aplicadas subsidiariamente às demais ações.

Mas também se revelou possível o manejo de outras ações coletivas para tutelar a ordem urbanística, ainda que com alcance menor ou objeto mais limitado. Trata-se da ação popular e do mandado de segurança coletivo, cujas peculiaridades serão analisadas em capítulos próprios.

Deixou-se, por último, a análise da usucapião coletiva, tanto no que se refere aos aspectos de direito material quanto processuais, com o intuito de verificar se é possível aplicar as normas do microssistema de ações coletivas ao caso.

2 A IMPORTÂNCIA DA ORDEM URBANÍSTICA

2.1 O DESENVOLVIMENTO DO URBANISMO

Historicamente, as cidades nem sempre existiram. Elas surgiram em dado momento da evolução social e foram se desenvolvendo de acordo com as vicissitudes das épocas. As populações promoveram grandes êxodos em alguns períodos da história, transferindo-se, principalmente, dos campos para as cidades¹.

De acordo com José Afonso da Silva², “as primeiras cidades se formaram por volta dos anos 3.500 a.C. no vale compreendido pelo Tigre e o Eufrates” (onde hoje se encontra o Iraque), e, com fundamento na doutrina estrangeira, afirma que são três os estágios intermediários das cidades, relacionando-se a três níveis de organização urbana: (a) estágio pré-urbano, ligado à sociedade gentílica, com base familiar e dedicada à busca de alimentação; (b) aparecimento das cidades ligado à sociedade pré-industrial, contendo elementos de produção; e, por fim, a (c) cidade industrial moderna, ligada à sociedade de massa. O autor aponta também para a existência de uma cidade pós-industrial, onde haveria a predominância dos serviços sobre a indústria, a se formar nos dias de hoje³.

Seja como for, a cidade, hoje, é uma realidade que nasceu com a sociedade moderna, pois a industrialização foi responsável, cada vez mais, por gerar um processo de urbanização crescente.⁴ Deixou de ser um local cercado por muros, destinados à proteção de sua gente, para se tornar um grande centro de comércio.

A urbanização, tal qual a conhecemos, é fenômeno decorrente da industrialização, e pode ser definida como:

o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. Não se trata de mero crescimento das cidades, mas de um fenômeno de concentração urbana. A sociedade em determinado país reputa-se urbanizada quando a população urbana ultrapassa 50%. Todos os países industrializados são altamente urbanizados. Por isso, um dos índices apontados pelos economistas para definir um país desenvolvido está no seu grau de urbanização.⁵

Sua importância decorre de diversos fatores, afinal, “o desenvolvimento da cidade moderna mudou a maneira como os humanos se sentiam e pensavam em relação ao mundo e

¹ FIORILLO, Censo Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim* p. 15-29.

² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19.

³ *Ibid.*, p. 19-21.

⁴ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6.ed. Porto Alegre: Penso, 2012. p. 157.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26.

as maneiras como interagem com os outros.”⁶ Anthony Giddens⁷ faz uma análise perspicaz das cidades:

O desenvolvimento das cidades modernas teve um impacto enorme, não apenas nos hábitos e modos de agir, mas também nos padrões de pensamento e sentimento. Desde a época em que grandes aglomerações urbanas se formaram inicialmente, no século XVIII, os pontos de vista a respeito dos efeitos das cidades sobre a vida social foram polarizadas. Para muitas pessoas, as cidades representam a “virtude civilizada” e são fontes de dinamismo e criatividade cultural; as cidades maximizam as oportunidades de desenvolvimento econômico e cultural, e proporcionam os meios necessários para viver uma existência confortável e satisfatória. Para outros, a cidade é um inferno fumegante, abarrotado com multidões agressivas e mutuamente suspeitosas, tomado pela criminalidade, violência, corrupção e pobreza. No final do século XX, ambientalistas como Murrey Brookchin (1986) começaram a ver as cidades como imensos e crescentes monstros prejudiciais ao meio ambiente, que devoram energia e geram lixo a uma taxa insustentável.

As cidades, com o passar dos tempos, de fato desenvolveram diversos problemas, como a poluição, a desigualdade social, a insegurança pública etc., e a realidade brasileira não é diferente.

De acordo com os mais recentes resultados das pesquisas do IBGE, o Brasil conta atualmente com 5.565 municípios, e, enquanto em 2000 contávamos com 81% dos brasileiros vivendo em áreas urbanas, chegamos aos 84% em 2010⁸. Entre os habitantes das cidades, é importante salientar a existência de relevante parte da população vivendo em bairros irregulares, chamados de aglomerados subnormais pelo Censo 2010⁹. Dos 190.072.903 habitantes do país, 11.425.644 vivem nestes locais, onde se identificam graves problemas sociais, prevalecendo condições de vida mais precárias e maior densidade demográfica que as demais áreas urbanas.

⁶ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6.ed. Porto Alegre: Penso, 2012. p. 163.

⁷ *Ibid.*, p. 165.

⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Sala de Imprensa. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁹ Idem. Censo 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agsn2010.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

O critério de identificação destes aglomerados é exposto pelo IBGE: É um conjunto constituído de, no mínimo, 51 unidades habitacionais (barracos, casas etc.) carentes, em sua maioria de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e densa. A identificação dos aglomerados subnormais deve ser feita com base nos seguintes critérios: a) Ocupação ilegal da terra, ou seja, construção em terrenos de propriedade alheia (pública ou particular) no momento atual ou em período recente (obtenção do título de propriedade do terreno há 10 anos ou menos); e b) Possuírem pelo menos uma das seguintes características: • urbanização fora dos padrões vigentes - refletido por vias de circulação estreitas e de alinhamento irregular, lotes de tamanhos e formas desiguais e construções não regularizadas por órgãos públicos; ou precariedade de serviços públicos essenciais.

Os aglomerados subnormais podem se enquadrar, observados os critérios de padrões de urbanização e/ou de precariedade de serviços públicos essenciais, nas seguintes categorias: invasão, loteamento irregular ou clandestino, e áreas invadidas e loteamentos irregulares e clandestinos regularizados em período recente.

Esta situação, certamente, reclama uma regulamentação capaz de ordenar corretamente a ocupação do solo urbano, garantindo-se, evidentemente, o bem-estar das pessoas. O Direito não é apático a esta situação.

As cidades compõem o chamado meio ambiente artificial, isto é, aquele “compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”¹⁰. A partir da Constituição de 1988, ganhou tratamento constitucional, e, com disciplina jurídica própria, passou a ser encarada como bem ambiental. Com base nas características que a cidade adquiriu no atual ordenamento jurídico, José Afonso da Silva¹¹ a define da seguinte forma:

O que é, então, uma *cidade*? Fixar seu conceito não é fácil. Para chegar-se à sua formulação, cumpre lembrar que nem todo núcleo habitacional pode receber o título de “urbano”. Para que um centro habitacional seja conceituado como urbano torna-se necessário preencher, no mínimo, os seguintes requisitos: (1) densidade demográfica específica; (2) profissões urbanas como comércio e manufaturas, com suficiente diversificação; (3) economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; (4) existência de camada urbana com produção, consumo e direitos próprios. Não basta, pois, um aglomerado de casas para configurar-se um núcleo urbano.

E, após analisar alguns conceitos de cidades existentes na doutrina, chega ao seu próprio, que parece satisfatório:

Enfim, do ponto de vista urbanístico, um centro populacional assume característica de cidade quando possui dois elementos essenciais: (a) as *unidades edilícias* – ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais; (b) os *equipamentos públicos* – ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta (estradas, ruas, praças, parques, jardins, canalização subterrânea, escolas, igrejas, hospitais, mercados, praças de esportes etc.).

Como se vê, o tema é importante e possui consequências práticas. O meio ambiente urbano é fruto não só das relações econômicas, mas também da cultura humana, da criatividade. A relação que as pessoas têm com suas cidades vem merecendo cada vez mais atenção de estudiosos, e o debate alcança diversos ramos do conhecimento.

Afinal, discutir o desenvolvimento das cidades inegavelmente passa pela ordem econômica, que influencia de maneira direta no desenvolvimento das cidades, como também

¹⁰ FIORILLO, Censo Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.21.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 24 e p. 26, respectivamente.

pelo próprio papel que o Governo vem assumindo atualmente. Cada vez mais o Poder Público vem sendo colocado em xeque em virtude da perda de sua eficácia e de seu poderio sobre a realidade das pessoas. Vivemos a época em que o capitalismo venceu, e está se expressando da maneira mais forte já vista.

Mas como isso se relaciona com as cidades e com o espaço urbano? Cada dia mais as pessoas estão substituindo os espaços públicos pelos privados. Nas cidades grandes, tornou-se comum que o programa em família, que em outro tempo ocorria em parques e praças, agora ocorra em *shoppings centers* e parques privados.

A ordem urbanística, mormente quando tutelada pelo processo coletivo (como veremos adiante), tem que ser considerada como fator complexo, a abranger o público e o privado, a sociedade em geral, o meio ambiente natural e a ordem econômica, de modo a equilibrar as situações e trazer resultados práticos satisfatórios.

2.2 O DIREITO URBANÍSTICO E A ORDEM URBANÍSTICA. DESENVOLVIMENTO NORMATIVO NO BRASIL

O direito urbanístico, de acordo com a doutrina tradicional, pode ser visto de duas maneiras: direito urbanístico objetivo e direito urbanístico como ciência. Em seu aspecto objetivo, trata-se do conjunto de normas que disciplinam o ordenamento urbano. De acordo com José Afonso da Silva: “São, pois, normas de direito urbanístico todas as que tenham por *objeto* disciplinar o planejamento urbano, o uso e a ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial [...], a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanística.”¹². Enquanto ciência, é ramo do direito público que estuda e formula princípios e normas que regem o espaço habitável (interpreta e sistematiza as normas que compõem o direito urbanístico)¹³.

O direito urbanístico teve, com o passar do tempo, legislação esparsa, que tratou de assuntos específicos. Como exemplos, podem ser citados os Decretos-Leis que dispuseram sobre a desapropriação por utilidade pública (nº 3.365/41) e por interesse social (nº 4.132/62) e a Lei nº 6.766/79, que dispôs sobre o parcelamento do solo urbano.

Sobre o tema, José Carlos de Freitas¹⁴:

¹² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 38.

¹³ Ibid. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2.ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 32.

¹⁴ Direito Urbanístico. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Manual de Direitos Difusos*. 2.ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 405.

O Direito Urbanístico positivado em nosso país ocupa-se de um feixe de normas jurídicas que regulam as atividades do Poder Público destinadas ao ordenamento territorial dos espaços habitáveis, para a garantia do bem-estar da coletividade. Abrange as regras jurídicas que cuidam “do planejamento urbanístico, do uso e da ocupação do solo urbano (parcelamento, loteamento e proteção ambiental), da ordenação da atividade edilícia (zoneamento, licenças urbanísticas) e da utilização de instrumentos de intervenção urbanística (desapropriação, tombamento, servidão administrativa).

Mas o país carecia de uma legislação mais abrangente sobre o tema. Pode-se afirmar que o grande marco do direito urbanístico, no Brasil, foi sua constitucionalização, em 1988. Com efeito, o art. 24 da Constituição o tratou como disciplina jurídica, determinando caber à União editar normas gerais sobre o tema, e aos Estados (§2º deste artigo) e Municípios (art. 30, II) a competência suplementar. Já o art.182 da Constituição disciplina a denominada “política urbana” (nome dado ao Capítulo ao qual está inserido), sobre a qual Carlos Ari Sundfeld¹⁵ escreveu o seguinte:

O papel que a Constituição de 1988 implicitamente assinalou ao direito urbanístico é o de servir à definição e implementação da “política de desenvolvimento urbano”, a qual tem por finalidade “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*). O direito urbanístico surge, então, como o *direito da política de desenvolvimento urbano*, em três sentidos: a) como conjunto das normas que disciplinam a fixação dos objetivos da política urbana (exemplo: normas constitucionais); b) como conjunto de textos normativos em que estão fixados os objetivos da política urbana (os planos urbanísticos, por exemplo); c) como o conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação da política urbana (o próprio Estatuto da Cidade, entre outros).

O art. 182 da Constituição, que determina que haja lei infraconstitucional (“conforme diretrizes gerais fixadas em lei”), foi regulamentado principalmente pelo chamado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que fixou as diretrizes gerais do uso do meio ambiente artificial. Este específico regramento das cidades não interessa somente às pessoas isoladamente consideradas. Suas disposições podem influenciar toda a coletividade, propiciando a sadia qualidade de vida e a garantia da dignidade da pessoa humana.

O Estatuto da Cidade acertou em aduzir que suas normas são de ordem pública e interesse social, o que significa, além de serem cogentes, que o respeito ou desrespeito a essas diretrizes não constituem apenas interesses dos proprietários, mas sim de todos os integrantes de uma coletividade, sejam eles determinados ou não. No entanto, como norma geral, permite e até mesmo exige o Estatuto a existência de outras normas necessárias à sua concretização, tal como o plano diretor, para as cidades com mais de vinte mil habitantes (exigência extraída

¹⁵ *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*, In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 48-49.

da própria Constituição; conferir art. 182, §1º, da Constituição e art. 41, I, do Estatuto). De acordo com o Estatuto, “o plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana” (art. 40), e ele “deverá englobar o território do Município como um todo” (§2º).

Mas não só o plano diretor, com seu conteúdo específico, deve ser elaborado:

Depois, outras leis municipais deverão: a) *relativamente ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios*: impô-los aos proprietários, fixando-lhes as condições e prazos (art. 5º, *caput*); b) *relativamente ao IPTU progressivo*: fixar sua alíquota (art. 7º, §1º); c) *relativamente ao direito de preempção*: delimitar as áreas sobre as quais incidirá, indicando a destinação que se pretenda dar aos imóveis eventualmente adquiridos (arts. 25, §1º, e, 26, parágrafo único); d) *relativamente à outorga onerosa do direito de construir e à alteração onerosa do uso do solo*: estabelecer as condições para sua efetivação (art. 30); e) *relativamente às operações urbanas consorciadas*: indicar a área envolvida, a intervenção pretendida e as alterações no regime do solo e da construção (arts. 32-33), bem como autorizar a emissão de certificados de potencial adicional de construção (art. 34); f) *relativamente à transferência do direito de construir*: autorizá-la, fixando-lhe as condições (art. 35); g) *relativamente ao Estudo de Impacto de Vizinhança*: definir os casos em que será exigido (art. 36).¹⁶

No Estatuto da Cidade havia a determinação, ainda, de que se incluísse a ordem urbanística como objeto da denominada ação civil pública. Para tanto, incluiria o inciso III no art. 1º da Lei nº 7.347/85, renumerando os demais (art. 53). Mas a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, revogou este dispositivo, inserindo no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública o inciso VI, de acordo com o qual: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...]VI - à ordem urbanística.”. A partir disso, pode-se desenvolver a pesquisa acerca da aplicabilidade das normas do microssistema das ações coletivas – conjugando, dessa forma, a LACP às outras legislações pertinentes, principalmente o CDC, como se verá – com vistas à efetividade do processo coletivo que tutela o direito urbanístico.

Mas, antes disso, faz-se necessário delimitar a expressão “ordem urbanística”. “Ordem” é palavra há muito utilizada pelo direito; em relação à “ordem econômica”, por exemplo, a doutrina já teve oportunidade de se manifestar em estudos específicos.

Segundo Eros Roberto Grau¹⁷, a palavra *ordem* é ambígua, pois ao mesmo tempo se refere a uma parcela da ordem jurídica, a compreender uma ordem pública, uma privada, uma econômica e uma social, e, ainda, contém em si a ideia de aversão à desordem (enquanto

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 53.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14.ed.São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58-72.

ordem com a qual não se está de acordo). Sua manutenção, destarte, nada mais é do que a manutenção das situações já instaladas, a preservação de suas estruturas. Para que se passe de uma ordem à outra, necessário se faz a ruptura da ordem anterior pela posterior.

Este autor, para a análise do termo, apresenta sua premissa de que os conceitos têm a finalidade de ensejar a aplicação das normas jurídicas, o que não ocorre com o conceito de ordem econômica. Segundo ele, o termo prestar-se-ia somente à indicação topológica, na Constituição, das normas que institucionalizam a ordem econômica enquanto mundo do ser. Igualmente, defende que o conceito não se esgota no texto constitucional, servindo à definição de uma ordem jurídica, e não somente de uma ordem jurídica constitucional¹⁸.

Para Leopoldino da Fonseca,¹⁹ o termo também apresenta o sentido de organização, ou seja, a seleção direcionada dos elementos de um todo, feita com um determinado propósito (uma meta). Possuiria dois movimentos, quais sejam, o *estático*, que consistiria em visualizar os elementos que integram o conjunto sob uma perspectiva de compatibilidade (opondo-se à desordem); e o *dinâmico*, segundo o qual se deve verificar a compatibilidade dos elementos entre si, voltando-os ao futuro, e, logicamente, a uma finalidade.

André Ramos Tavares define ordem econômica como “a parcela do sistema normativo voltada para a regulação das relações econômicas que ocorrem em um Estado. Seria, pois, ordem jurídica da economia”²⁰.

Embora a expressão “ordem econômica” seja norma-objeto, seu emprego deu-se de forma a designar também uma realidade do mundo do ser, estabelecendo empiricamente como deve ser a economia concreta. É tanto ser como dever-ser. Como um dos sentidos de *ordem* é justamente o de um sistema de normas (acepção jurídica do termo), quando a realidade passa a ser descrita como “ordenada”, é, portanto, normatizada, regulada. Noutro sentido, seria interpretada como parte de um todo, a funcionar em harmonia²¹.

Extrai-se, portanto, que “ordem” descreve tanto uma realidade normativa quanto uma realidade fática; e, ao que parece, para a expressão “ordem urbanística”, o entendimento pode ser o mesmo. Por isso mesmo afirma Carlos Ari Sundfeld²²:

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 87-91.

¹⁹ FONSECA, Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83 e ss.

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003. p. 82.

²¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 87-91.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*, In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 54.

Ordem Urbanística é um conceito caro ao Estatuto da Cidade. Seu primeiro sentido é o de *ordenamento*: a ordem urbanística é o conjunto orgânico de imposições vinculantes (são as “normas de ordem pública” a que alude o art. 1º, parágrafo único) que condicionam positiva e negativamente a ação individual na cidade. O segundo sentido é o de *estado*: a ordem urbanística é um estado de equilíbrio, que o conjunto dos agentes envolvidos é obrigado a buscar e preservar.

É, assim, o sistema de normas que incidem sobre o seu objeto (= ordenamento), bem como o objeto propriamente dito, o dito *estado de equilíbrio* que por ela se busca formar:

Quanto à ordem urbanística, constitui ela o alvo de todas as estratégias integrantes da política urbana, de modo que todos os esforços públicos e privados devem objetivar a sua formação, onde ainda não estiver implantada; a sua preservação, onde já estiver formada; a sua melhoria, quando maiores puderem ser os elementos de satisfação dos interesses gerais; e sua restauração, quando tiver sido rompida por evento nocivo ao interesse público.²³

É por esta razão que se pode afirmar que o termo possui, dentro das funções da cidade, amplo alcance, a abarcar diversas situações:

Trata-se de um conceito jurídico de ampla latitude, que abrange o planejamento, a política do solo, a urbanização, a ordenação das edificações (tamanho em sua projeção horizontal e vertical, recuos, volumetria), a racionalização do traçado urbano, o bom funcionamento dos serviços públicos, a correta distribuição da concentração demográfica, a criteriosa utilização das áreas públicas urbanas e a localização das atividades humanas pelo território da *polis* (moradia, trabalho, comércio, indústria, prestação de serviços, lazer), tudo para viabilizar o conforto da coletividade, mantendo a equação de equilíbrio entre população e ambiente, assim como entre área, habitantes e equipamentos urbanos, enfim, a relação entre Administração e administrados e o conjunto de medidas estatais técnicas, administrativas, econômicas e sociais que visam organizar os espaços habitáveis e propiciar condições de vida ao homem no ambiente artificial ou construído.²⁴

Percebe-se, outrossim, que seu objetivo é organizar a cidade, para se garantir a qualidade de vida de seus habitantes. Termo corrente na doutrina que se relaciona com o tema é o chamado *meio ambiente artificial*, que é uma das facetas do *meio ambiente*. De modo geral, conceitua-se o meio ambiente como “a integração do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas²⁵”. Nele se sobrepõem três aspectos: meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente natural.

O meio ambiente artificial, que importa ao presente trabalho, nas palavras de José Afonso da Silva, é “constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

²⁴ FREITAS, José Carlos de. Direito Urbanístico. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Manual de Direitos Difusos*. 2.ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 421.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20.

de edificações (*espaço urbano fechado*) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: *espaço urbano aberto*)²⁶. Mas mesmo que sejam vistos estes três aspectos, não se perdem de vista suas características comuns e as consequências que disto decorrem:

Não constituem aqueles aspectos meios ambientes estanques, como já tinha observado de outra feita, pois se acham integrados numa visão unitária a serviço da qualidade de vida humana, convergindo para a formação do meio ambiente urbano. Tanto é assim que o “interesse pela qualidade do meio ambiente urbano constitui, em grande parte, a convergência de outros dois temas públicos que se acham em plena evolução”, conforme nota Harvey S. Perloff. “Um deles é o interesse pela qualidade do meio ambiente natural: qualidade do ar, da água, áreas florestais e de outros recursos. O outro é o interesse pelo desenvolvimento de nossas comunidades urbanas: com todos os temas que entram na rubrica de uma planificação mais tradicional da cidade, mas centrada mais recentemente num interesse especial pelos seres humanos da cidade. A qualidade da vida de todas as pessoas que se reúnem nas comunidades urbanas está claramente influenciada por quanto suceda nos meios, natural e obra do Homem, que se acham diretamente inter-relacionados”²⁷.

José Carlos de Freitas²⁸ afirma que “sob o ponto de vista espacial, o meio ambiente artificial representa a geografia construída pela indústria humana. Resulta da inspiração criativa antrópica sobre o meio físico, onde o homem exerce as principais funções urbanas de habitar, circular, trabalhar e recrear”, e, por isso, “**os conflitos de interesses urbanísticos pertencem, pois, ao meio ambiente artificial ou construído**” (grifou-se).

Portanto, para a política urbana regulamentada pela Constituição, pelo Estatuto da Cidade e pelas demais normas de direito urbanístico, visam ao desenvolvimento do meio ambiente artificial, e são estas normas que preveem qual o ponto a ser atingido para que se garanta o bem-estar dos habitantes da cidade.

Não se ignora existir na doutrina diversas referências à Carta de Atenas, como forma de entendimento das funções da cidade. Este documento, resultado do IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, realizado em Atenas, em 1933, identificou quatro funções básicas da cidade: habitação, trabalho, recreação e circulação²⁹.

O fenômeno da *habitação* levantou, à época, novas preocupações concernentes à possibilidade de construção de unidades habitacionais com diversos andares, o que não se

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10.ed.São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21. No mesmo sentido: FIORILLO, Censo Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 12.ed. São Paulo: 2011. p. 538.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10.ed.São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

²⁸ Direito Urbanístico. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Manual de Direitos Difusos*. 2.ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 475.

²⁹ CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARQUITETURA MODERNA – CIAM. Carta de Atenas. Nov. 1933. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=233>>. Acesso em 21 jul. 2014.

fazia em tempos passados, e o constante aumento do adensamento populacional. Esclareceu-se, na Carta, a necessidade de se integrar diversos aspectos da cidade com vistas a proporcionar as melhores condições possíveis aos habitantes, mormente condições de saúde, causadas por ausência de sol, de instalações sanitárias, de moléstias e outros problemas.

E, da mesma forma em que a construção de residências muito próximas umas às outras agravava a situação, também a instalação de vias públicas estreitas contribuía com a piora das condições de habitação, mormente em regiões em que seus habitantes fossem menos abastados. Daí porque se enxergava no zoneamento a possibilidade de correção destes problemas estruturais: “É urgente e necessário modificar certos usos. É preciso tonar acessível para todos, por meio de uma legislação implacável, uma certa qualidade de bem-estar, independentemente de qualquer questão de dinheiro.”³⁰

Também gerava preocupação as construções de uso coletivo, como escolas, parques, equipamentos de saúde etc., nas proximidades das regiões destinadas à moradia, evitando-se que ficassem muito distantes delas. Tais problemas se refletiam principalmente com o surgimento dos subúrbios.

O *lazer* dizia respeito às instalações destinadas a atividades coletivas destinadas à distração, jogos esportivos e o convívio com áreas verdes, que se tornavam cada vez mais escassas com o desenvolvimento das cidades. “Doravante todo bairro residencial deve compreender a superfície verde necessária à organização racional dos jogos e esportes das crianças, dos adolescentes e dos adultos.”³¹

Quanto ao *trabalho*, a preocupação dizia respeito ao grande distanciamento, outrora inexistente, entre o local de trabalho e o da moradia, a exigir grandes locomoções dos trabalhadores. Este fenômeno também despertou a necessidade de estabelecer zoneamento mais adequado às situações, com nova distribuição dos espaços destinados às indústrias e às moradias, e, também, do transporte coletivo, que já sentia os efeitos negativos nas chamadas “horas de pico”.

Por fim, a *circulação*, que diz respeito tanto aos transportes públicos quanto aos privados. Na época, via-se problema no que diz respeito às altas velocidades que os veículos mecânicos tinham, e que provocavam convívio pouco harmonioso com o transporte público (ônibus, trens, bondes, metrô) e até mesmo com os cavalos.

³⁰ CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARQUITETURA MODERNA – CIAM. Carta de Atenas. Nov. 1933, p. 8. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=233>>. Acesso em 21 jul. 2014.

³¹ Ibid., p. 8.

A Carta de Atenas, decerto, tem o mérito de identificar fenômenos complexos que exigiam novas formulações e, principalmente, o desenvolvimento planejado das cidades. O documento se filia à corrente funcionalista do urbanismo, “que concebe a cidade com um grande ser com diferentes funções e estas são delimitadas, de modo fundamental, a partir do zoneamento.”³²

A despeito de sua importância, e de ser referência para o urbanismo, o documento não é instrumento normativo no Brasil; a *ordem urbanística* é termo jurídico, que deve encontrar fundamentos no ordenamento jurídico pátrio, e, como se viu, ela decorre da Constituição da República e de leis infraconstitucionais. Daí por que se optou em realizar a análise da tutela jurisdicional coletiva a partir dos instrumentos que se extraem da legislação, e não a partir das funções da cidade identificadas pela Carta de Atenas, que, por serem deveras abrangentes, tornariam imprecisa a identificação do instituto que se está a tratar.

2.3. INSTRUMENTOS DE REGULAMENTAÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA

Ainda que houvesse diversas normas a contemplar instrumentos de direito urbanístico, tem o EC o mérito de traduzir-se em verdadeira norma geral de direito urbanístico, e, por isso mesmo, coube a ele instituir princípios e políticas a serem seguidos. Pelo que se extrai do art. 4º do EC, o principal instrumento do urbanismo é o planejamento, pois é ele que conduzirá o desenvolvimento das cidades a fim de alcançar o equilíbrio social e ambiental.

De acordo com José Afonso da Silva,³³ os planejamentos podem ser gerais ou especiais, porquanto necessitem ou não de instrumentos ulteriores aptos para concretizá-lo ou desde já passem a vincular a atividade dos particulares. Para este autor, o planejamento não é processo puramente administrativo:

[...] o *planejamento* é um processo técnico *instrumentado* para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos – noção que se aplica ao planejamento em geral, e, portanto, ao planejamento urbanístico. Acrescentamos que o processo de planejamento se *instrumenta* mediante elaboração do *plano* ou *planos*. Na medida em que esse processo tende a consubstanciar-se em planos é que permite afirmar que o planejamento urbanístico não é um simples fenômeno técnico, mas de um verdadeiro processo de criação de *normas jurídicas*, que ocorre em duas fases: uma *preparatória*, que se manifesta em planos gerais normativos; e outra *vinculante*, que se realiza mediante planos de atuação concreta, de natureza executiva [...].

³² LUFT, Rosangela Marina. *Políticas Públicas Urbanas*. Belo Horizonte: 2011. p. 127.

³³ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91-93.

E o planejamento, nos termos do EC, pode-se dar em mais de uma esfera, na medida em que prevê planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e o planejamento municipal (art. 4º, I a III). Estes instrumentos, em verdade, ainda não foram disciplinados no país; no máximo, pode-se falar em planejamento municipal mediante a elaboração do plano diretor:

Inexiste disciplina específica para outros instrumentos, como é o caso dos planos de ordenação do território; de planejamento das regiões metropolitanas³⁴, aglomerações urbanas e microrregiões; dos aspectos do planejamento municipal (salvo, como já dito, o relativo ao plano diretor); dos institutos tributários e financeiros normais (não é o caso do IPTU progressivo no tempo); de algumas formas de intervenção do Estado na propriedade, como a desapropriação [...], a servidão administrativa, as limitações administrativas, o tombamento, a concessão de direito real de uso; do referendo popular e plebiscito; e do estudo prévio de impacto ambiental.³⁵

As normas de direito urbanístico, a despeito de se revestirem de caráter de planejamento, não são uma mera *carta de intenções*, vale dizer, não há apenas desejos ou vontades abstratas. O planejamento se dá mediante a edição de lei, que vincula tanto a Administração Pública quanto os particulares ao cumprimento do que nela se dispõe. ***E é o desrespeito às normas de direito urbanístico – seja por ações ou omissões – que faz nascer a pretensão ao seu cumprimento, apresentando-se a tutela jurisdicional coletiva como meio apto a isto.***

Para que isso seja adequadamente demonstrado, faz-se necessária a análise dos principais instrumentos de regulamentação da ordem urbanística. Certamente, em razão do amplo espectro que envolve o tema, não será esgotada a análise de todos os instrumentos possíveis, tanto porque o tema foi amplamente entregue aos Municípios, que são os grandes responsáveis pelo direito urbanístico:

O *solo urbano* destina-se ao exercício das funções sociais da cidade, basicamente ao cumprimento das chamadas “funções elementares” do urbanismo: habitar, trabalhar, circular e recrear. Seu manejo é função do Plano Diretor municipal e de outras normas de uso e controle do solo, tal como consta da Constituição Federal, segundo a qual é da competência dos Municípios promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo (art. 30, VIII).³⁶

³⁴ Atualmente, tramita perante o Congresso Nacional o projeto de Lei nº 3.460/04, que se denomina como “Estatuto da Metrópole, pelo qual se pretende regulamentar a criação e o desenvolvimento das regiões metropolitanas, prevendo-se conselhos gestores e políticas de desenvolvimento integrado das cidades que as compõem.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 86.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10.ed.São Paulo: Malheiros, 2013. p. 117.

O rol referente ao planejamento municipal é bastante extenso e inclui tanto instrumentos do direito privado quanto instrumentos próprios da política urbana. Tradicionalmente, a atividade urbanística por vezes limitava-se a aspectos concernentes ao zoneamento das cidades, às normas edilícias (que dizem respeito às características das construções dos imóveis) e organização de espaços públicos de uma forma geral.

Claro que tais instrumentos ainda são bastante importantes.

O zoneamento, por exemplo, é instituto antigo, e tem papel de vital importância na organização da ocupação do solo urbano, pois é ele que define quais áreas se destinam à residência, ao comércio, à indústria, com exclusividade ou admitindo temperamentos em relação a destinação. Para Elida Séguin³⁷:

O zoneamento é a divisão do território em parcelas nas quais se autorizam determinadas atividades ou interdita-se, de modo absoluto ou parcial, o exercício de outras. É a repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo a sua precípua destinação de uso e ocupação do solo, dando uma conotação do solo, consoante o moderno conceito de propriedade urbanística, considerando sua vocação urbanística e características arquitetônicas.

O zoneamento é definido pelo poder municipal, e caracteriza-se, ao certo, como forma de controle sobre o uso da propriedade privada. Deve considerar os parâmetros e objetivos traçados pelo próprio EC, mormente aqueles que se encontram no art. 2º, VI.

Entretanto, com o desenvolvimento do tema, e principalmente com sua constitucionalização, o direito urbanístico passou a assumir importante papel de intervenção na propriedade urbana, sendo ele, no fim das contas, que define a forma como se atende a função social.

Com a finalidade de demonstrar que a tutela coletiva serve para efetivar as diretrizes urbanísticas, foram eleitos os instrumentos previstos nas normas gerais de direito urbanístico, e que podem ou não ser implementados pelos Municípios (conforme prevejam as legislações municipais pertinentes), que podem despertar o manejo das ações coletivas.

Antes, vale ressaltar que a atividade urbanística se exterioriza mediante os chamados “fatos e atos urbanísticos”, que compõem o procedimento urbanístico. Os atos urbanísticos são declarações de vontade da Administração que possuem efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos concernentes aos espaços urbanos, e que podem se referir à atuação urbanística propriamente dita (integrando o procedimento, por exemplo) ou de controle urbanístico³⁸.

³⁷ SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 77.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46-47.

Sobre este específico ponto, conforme ensina José Afonso da Silva³⁹, o Poder Público dispõe de instrumentos de controle urbanístico:

São *instrumentos de controle urbanístico* todos aqueles atos e medidas destinados a verificar a observância das normas e planos urbanísticos pelos seus destinatários, privados especialmente. Esse controle que é sempre do Poder Público, pode ser de iniciativa deste ou de interessados particulares.

O controle do Poder Público ocorrerá em três momentos: (a) *antes* da atuação do interessado – que é o mais importante, dito *controle prévio*, que se realiza pela *aprovação* de planos e projetos, pelas *autorizações* e pelas *licenças*; (b) *durante* a atuação do interessado, dito *controle concomitante* – que se efetiva pelas *inspeções*, *comunicações* e *fiscalização*; (c) finalmente, *depois* da atuação do interessado – o que se dá pelo *controle sucessivo* ou *a posteriori*, mediante auto de vistoria, de conclusão de obra ou “habite-se”.

Os fatos urbanísticos são “atuações materiais que não produzem efeito jurídico direto”. José Afonso da Silva⁴⁰ resume os atos e fatos urbanísticos da seguinte forma:

(a) *atos urbanísticos procedimentais*, que são os que se ordenam num procedimento urbanístico, como os atos integrantes, por exemplo, de um *plano de reurbanização*; (b) *atos urbanísticos isolados*, aqueles que não se inserem num procedimento, como um *decreto* que, de acordo com a lei, fixa as zonas de uso ou estabelece os limites da zona urbana; os *atos de aprovação* de um plano de arruamento ou de loteamento; um *certificado de uso de solo*; um *alvará de licença para construir*; o *habite-se* – sendo que os dois últimos não são apenas urbanísticos, porque também se inserem no campo do direito de construir; (c) *fatos urbanísticos operacionais*, que são aqueles que, num conjunto sucessivo, integram as operações materiais de execução de um plano de reurbanização; (d) *fatos urbanísticos isolados*, como a abertura de uma rua ou seu fechamento, seu alargamento, seu estreitamento, seu rebaixamento ou sua elevação, com interferência no nivelamento ou no alinhamento dos imóveis privados.

O controle jurisdicional alcança os diversos aspectos da atividade urbanística, mas desperta, por vezes, questões distintas a serem dirimidas em cada uma. Por exemplo, na consecução de um plano, o controle da legalidade dos atos administrativos acaba sendo medida necessária no manejo da ação coletiva. Da mesma forma, nos casos em que o Poder Executivo ou o Legislativo se omitirem, surge o problema do controle das políticas públicas, bastante afeto à ordem urbanística. Cada ponto será visto oportunamente; por ora, vejam-se os instrumentos de direito urbanístico.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 428-429.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 46-47.

2.3.1 O plano diretor

A regulamentação da ordem urbanística está ligada diretamente com o uso e desenvolvimento da cidade e o atendimento de sua função social, de acordo com o que determina o art. 182 da Constituição (“tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”). E o § 2º deste artigo ainda explicita quando há o atendimento da função social: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”.

O plano diretor é obrigatório para as cidades que possuam mais de vinte mil habitantes (CR, art. 182, §1º)⁴¹, e é considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Seu conteúdo deverá buscar a qualidade de vida dos cidadãos, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (EC, art. 39), respeitando-se as diretrizes do art. 2º do EC.

Este dispositivo, por sua vez, possui extenso rol de diretrizes gerais, que permeiam áreas diversas, demonstrando, decerto, a interdisciplinaridade do urbanismo: há ali a determinação de desenvolvimento sustentável das cidades, com respeito ao meio ambiente artificial e natural; a cooperação entre as esferas de governo e a gestão democrática da cidade; a determinação de planejamento quanto à distribuição espacial da população e das atividades econômicas da cidade; uso adequado de políticas econômicas e tributárias quanto ao desenvolvimento urbano; e também de parcelamento do solo e edificações urbanas.

Por isso José Afonso da Silva⁴² diz que o Plano Diretor abrange os seguintes aspectos:

⁴¹ Há no art. 41 do EC exigência de que seja também elaborado por cidades: integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o poder público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no art. 182, §4º, da CR; integrantes de áreas de especial interesse turístico; inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. No entanto, foi decidido na ADIn nº 826 que exigência que ultrapasse a constitucional viola a autonomia municipal. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO sintetiza as posições doutrinárias que se formaram acerca do tema: “De um lado, advoga-se o entendimento de que a lei, como regra geral suscetível de criar obrigações (art. 5º, II, CF), tem aptidão jurídica para ampliar o número dos Municípios obrigados à instituição do plano diretor, sendo, pois, constitucional. Há, ainda, quem entenda que o dispositivo é apenas parcialmente inconstitucional. Por fim, sustenta-se que o legislador ordinário não poderia impor obrigações a quem, na matéria, não as sofreu em nível constitucional, o que tornaria inconstitucionais os aspectos restritivos do dispositivo.” In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 361. O último posicionamento – inconstitucionalidade do que sobeja a Constituição – de fato se demonstra mais adequado com o ordenamento.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 738, item 3 do comentário ao art. 182.

(a) *econômico* – que deverá inscrever disposições sobre o desenvolvimento econômico e integração da economia municipal à regional; (b) *social* – que deverá conter normas de promoção social da comunidade e criação de condições de bem-estar da população; (c) *físico-espacial* – que deverá conter disposições sobre o sistema viário básico da cidade, o zoneamento ambiental, rede de equipamentos e serviços locais; (d) *administrativo* – que deverá consignar normas de organização institucional que possibilitem a permanente planificação das atividades públicas municipais e sua integração aos planos estaduais e nacionais.

Diz-se ser *plano* em razão de estabelecer os objetivos a serem atingidos e as atividades necessárias para tanto; *diretor* porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano⁴³. Sua instituição se dá mediante aprovação de lei municipal – pela Câmara Municipal (CR, art. 182, §1º) – que deverá ser revista a cada dez anos (EC, art. 40, *caput* e §3º). Daí sua natureza jurídica de lei municipal.

Apesar de silentes a CR e o EC, parece ser lei ordinária, cuja iniciativa pode ser do prefeito, do vereador, de comissões especializadas das Câmaras ou mesmo de iniciativa popular⁴⁴. A elaboração do plano diretor possui alguns requisitos que devem ser observados (EC, art. 40, §4º): “a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.”.

As audiências públicas são de suma importância, e têm fundamentação implícita e explícita na Constituição. Implícita porque nela se obriga o Estado a prestar informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º, XXXVII), e dar acesso a informações sobre os atos de governo (art. 37, §3º, II). “Na leitura sistemática que se deve fazer da Carta Constitucional, a ordem urbana atinge as três gamas de interesse, o particular, o coletivo e o geral, atribuindo o direito de qualquer cidadão saber prévia, concomitante e posteriormente, do andamento das decisões, projetos e planos de cunho urbanístico⁴⁵”.

Explícita porque, no art. 58, §2º, II, se exigem audiências públicas com entidades da sociedade civil às comissões legislativas, em razão de sua competência, como meio de participação popular no processo legislativo⁴⁶.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 738, item 3 do comentário ao art. 182.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 347.

⁴⁵ DI SARNO, Daniela Campos Libório. Audiência pública na gestão democrática da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito Urbanístico e ambiental*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 43.

⁴⁶ *Ibid.* p. 44.

Garantem-se, ainda, a publicidade dos documentos e informações produzidos, de modo que a comunidade tome ciência dos atos e fatos da elaboração do plano diretor, a fim de que os critiquem, ofereçam melhorias e os controlem e fiscalizem; e o acesso aos documentos e informações produzidos, que é espécie de publicidade⁴⁷.

Ele está intrinsecamente ligado à chamada função social da propriedade, pois, a despeito de a Constituição elencar o direito à propriedade dentre os direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, XXII), determina, em seguida, que ela deverá cumprir sua função social (inciso XXIII), o que, no caso da propriedade urbana, ocorre quando atendidas as diretrizes do plano diretor (art. 182, §2º).

A legislação atual tem uma série de elementos que permitem, nas situações concretas, definir se há observância ou não do princípio da função social da propriedade. Em uma área urbana, deve-se partir do Plano Diretor, pois foi constitucionalmente estabelecido que é a lei municipal responsável por definir quando uma propriedade cumpre ou não sua função social (art. 182, §2º, CF). Logo é o Plano Diretor o ponto de partida para a definição do cumprimento – ou não – da função social da propriedade.⁴⁸

A elaboração do plano diretor seguirá o processo legislativo normalmente, podendo receber emendas com vistas ao seu aperfeiçoamento.

Há, no art. 42 do EC, I a III, previsão de seu conteúdo mínimo.

No inciso I, determina-se que o plano diretor delimite as áreas urbanas em que serão aplicáveis o parcelamento do solo, a edificação e a utilização compulsórios; para isso, devem ser considerados dois requisitos, quais sejam, a infraestrutura (serviços públicos, transporte, densidade populacional, equipamentos urbanos etc.) e a demanda para utilização⁴⁹, o que, decerto, serve para conferir segurança e previsibilidade quanto à aplicação dos instrumentos previstos no EC⁵⁰.

No inciso II, prevê-se que o EC deverá, ainda, conter as disposições requeridas em outros dispositivos: direito de preempção municipal (art. 25), outorga onerosa do direito de construir (art. 28), alteração do uso do solo (art. 29), operações urbanas consorciadas (art. 32) e transferência do direito de construir (art.35). Doutrinariamente, sustenta-se que, apesar de

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 356-357.

⁴⁸ LUFT, Rosângela Marina. *Políticas Públicas Urbanas*. Premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 183.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 370.

⁵⁰ CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 332.

silente a lei, deve ser disciplinado também o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV (art. 26)⁵¹. Cada um dos instrumentos será analisado a seguir.

Já no inciso III há previsão de que o Plano Diretor contenha um sistema de acompanhamento e controle; de certo modo, isso já decorre dos próprios poderes-deveres da Administração Pública.

2.3.2 Parcelamento do solo, edificação e utilização compulsórios

Os institutos ora analisados são instrumentos que visam ao atendimento da função social da cidade e da propriedade, atingida quando atendido o plano diretor.

O parcelamento do solo pode ser voluntário ou compulsório. O primeiro está regulamentado pela Lei n° 6.766/1979, e as áreas em que poderá ser realizado deverão estar previstas no plano diretor ou lei municipal específica, conforme determina o art. 3°. Em razão disso, “o *parcelamento urbanístico do solo*, em todas as suas formas, sujeita-se às normas urbanísticas estabelecidas na legislação municipal”⁵².

José Afonso da Silva⁵³ o define como “o processo de urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas”. De acordo com o art. 2° da Lei n° 6.766/1979, “O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes”.

Nos termos da lei, “Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes” (§1° do art. 2°). Para sua viabilização deve-se, a depender do tamanho da cidade, apresentar requerimento à Municipalidade para que sejam definidas suas diretrizes. Isso porque sua implantação pode implicar na abertura de novas vias públicas ou modificação das existentes, criação de novos espaços públicos, além de ter que reservar uma “área verde” em parte do solo (art. 25, III, da Lei n° 12.651/2012).

Já o desmembramento é a “a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 371.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 325.

⁵³ *Ibid.*, p. 324.

vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes” (§2º do art. 2º)⁵⁴.

Já o segundo – compulsório – está previsto na Constituição no art. 182, §4º, I, como forma de o Município compelir o proprietário a cumprir o adequado aproveitamento do solo urbano. Depende o instrumento de edição de lei federal (o que foi feito com o EC) e da previsão da área sobre o qual incidirá no plano diretor, e elaboração de lei municipal específica para sua aplicação. Diferencia-se do parcelamento voluntário justamente em razão da ausência do elemento *volitivo*, sendo-lhe aplicáveis, portanto, as disposições da Lei nº 6.766/1979⁵⁵.

A edificação, por sua vez, consiste na “atividade por meio da qual se executa alguma construção sobre o solo. *Edificar*, por conseguinte, é *construir, erguer, levantar, fundar algum edifício*, a partir de alguma profundidade do subsolo, mas com início visível a partir do solo”⁵⁶. Tradicionalmente, é vista como um direito do proprietário sobre o solo, mas que se sujeita às normas edilícias e urbanísticas, e, por isso mesmo, é exercido mediante a concessão de licença de edificação (ato administrativo vinculado).

A edificação compulsória é aquela que resulta como uma imposição de obrigação de fazer ao proprietário, pela municipalidade, nos casos em que o solo não for edificado, utilizado ou mesmo subutilizado (cujo conceito está no art. 5º, § 1º, EC)⁵⁷, que se constituem, portanto, como pressuposto de sua utilização.

Por fim, a utilização compulsória deve ser aplicada aos solos urbanos não utilizados ou subutilizados. Não está previsto na Constituição, sendo criação do EC. Em razão disso, diz a doutrina que sua leitura deve dar-se de acordo com as normas urbanísticas constitucionais:

No caso de a interpretação da norma considerar que a obrigação de utilizar o imóvel se relaciona com o aspecto da subutilização, tal como definida no art. 5º, §1º, I, do Estatuto, compelindo-se o proprietário ao aproveitamento além do coeficiente mínimo, poder-se-á concluir pela sua constitucionalidade, já que a obrigação terá em mira os projetos urbanísticos do plano diretor. Não obstante, se a obrigação de uso consiste na ampliação da construção para atingir o coeficiente mínimo de aproveitamento, será ela caracterizada como *obrigação de edificar*, sendo desnecessária a menção à *obrigação de utilizar* – expressão genérica na qual se insere a obrigação de edificar.⁵⁸

⁵⁴ Há quem inclua, a despeito do silêncio legislativo, o condomínio fechado dentre as espécies de parcelamento do solo. Veja-se SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 100.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 423.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 423.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105.

A respeito da lei que especificará os instrumentos, diz Vera Monteiro⁵⁹:

O papel da “lei municipal específica” é estabelecer as condições e os prazos para implementação da *obrigação de fazer*. O proprietário de área nestas condições é notificado para que ele próprio parcele, edifique ou utilize o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. E, no caso de desatendimento da obrigação, o proprietário está sujeito ao IPTU progressivo no tempo e, após certo lapso, à desapropriação.

Nunca é demais frisar que os instrumentos apontados servem para compelir o proprietário ao uso adequado do solo urbano e atendimento da função social da propriedade urbana, o que se dá quando cumpridas as diretrizes do plano diretor.

2.3.3 Direito de preempção municipal

O direito de preempção municipal ou urbanístico está previsto no art. 25 do EC, pelo qual é conferida ao Município a possibilidade de editar lei, baseada no Plano Diretor (§1º), na qual se delimitará as áreas sobre as quais incidirá o direito de preempção. Esta lei deverá fixar o prazo máximo de sua incidência, que não poderá ser superior a cinco anos, renovável após um ano de decurso do prazo inicial.

Trata-se, no direito privado, de instituto conhecido, pelo qual um contratante confere ao outro a preferência na aquisição de determinado bem (CC, arts. 513 a 520). Dentro do direito urbanístico ele surge como forma de o Município implementar um dos objetivos enumerados nos incisos do art. 26 do EC: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; e proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

E por seu conteúdo que Diógenes Gasparini⁶⁰ encontra os fundamentos do instituto:

Pode-se afirmar que o direito de preferência tem tríplice fundamento: um *principiológico*, um *legal geral* e um *legal específico*. O fundamento principiológico do direito de preferência é a função social da propriedade. Tal princípio, previsto no art. 170 da Constituição Federal, pode ser indicado como seu fundamento constitucional. De outro lado, seu fundamento legal geral é o art. 513 do Código Civil, enquanto seu fundamento legal específico é o art. 25 do estatuto da Cidade,

⁵⁹ Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. In: MONTEIRO, Vera. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

⁶⁰ Direito de Preempção. In: GASPARINI, Diógenes. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 197.

que atribui ao Poder Público Municipal preferência para aquisição de imóvel urbano, objeto de alienação onerosa entre particulares, quando situado em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor e sujeita ao regime de preempção.

É uma forma de limitar a plena disponibilidade sobre o direito de propriedade. O titular do direito de preempção, de acordo com a lei, é o Município, e, de modo diverso do que ocorre no direito civil, pode recair tão somente sobre bens imóveis, e não sobre os móveis. Outra diferença presente, também, é a de que “é a lei municipal que, fundada no plano diretor, deve delimitar as áreas em que incidirá o direito em favor do ente municipal, e isso sem qualquer manifestação volitiva do titular da propriedade móvel” (preempção legal)⁶¹.

Após sua instituição por lei, caso o proprietário do bem imóvel deseje aliená-lo, deverá notificar a municipalidade para que ela, no prazo máximo de trinta dias, manifeste sua intenção em adquirir o bem imóvel (art. 27 do EC). Sua manifestação, por óbvio, deverá ser motivada, justificando-se na finalidade para a qual se previu, na lei, o direito de preempção (a Administração fica vinculada às hipóteses legislativas⁶²):

É claro que a liberdade administrativa nunca será integral, porque não se permitem abusos por parte da Administração, e ademais cada ato que consubstanciar a escolha da hipótese legal deverá ter claros os motivos conducentes, de modo a poderem ser investigados quanto à veracidade e à legalidade. Há, desse modo, ponto e contraponto: a escolha do motivo para exercer o direito de preferência é administrativa, mas não pode a Administração eximir-se de demonstrar as razões por que o fez.⁶³

Dessa forma, o direito em tela poderá ser exercido pelos Municípios que contenham plano diretor, no qual nele se delimite a área urbana e se preveja o direito de preempção para que, então, se edite lei municipal baseada no plano diretor e que disponha sobre o direito de preempção, indicando a área de sua incidência e as finalidades a serem atendidas. Havendo imóvel situado nesta área, aí sim deverá o proprietário comunicar sua intenção em aliená-lo para que a municipalidade se manifeste, por ato administrativo motivado, pela intenção de sua aquisição.

2.3.4 Outorga onerosa do direito de construir

Diz a doutrina que o EC se equivocou ao referir-se à outorga onerosa do direito de construir, pois, na verdade, ali se está a acolher o denominado *solo criado*; a outorga é o “ato

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 224.

⁶² Ibid., p. 234.

⁶³ Ibid., p. 234-235.

administrativo que resulta do acolhimento do instituto; a outorga onerosa é o efeito jurídico da existência do solo criado no ordenamento.”⁶⁴

Ao abordar o solo criado, costuma-se referir-se à Carta de Embu, elaborada por renomados juristas em 1976, conseqüente da realização de um seminário do CEPAM-SP, onde se consignou a constitucionalidade da fixação de um coeficiente único de edificação para os terrenos urbanos, pelo Município; e que “toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo” (item 1.2.). Assim, “entendem-se por *solo criado* as áreas adicionais utilizáveis que, não apoiadas diretamente sobre o solo natural, constituem propriedades horizontais autônomas”⁶⁵.

Concluiu-se, igualmente, ser constitucional exigir uma contrapartida à criação de solo criado, seja mediante a concessão de áreas proporcionais, seja pela substituição pelo equivalente econômico.

De acordo com o EC, o plano diretor deverá fixar o coeficiente de aproveitamento básico, que “é a relação entre a área edificável e a área do terreno” (art. 28, §1º), e poderá ser o mesmo para toda a área urbana ou diferenciado para áreas específicas (§2º). Assim:

Partindo-se da aludida fixação, a consequência jurídica será a de que, se o proprietário quiser construir acima desse limite, instituindo a criação de novos solos (evidentemente onde a legislação urbanística o permitir, terá que oferecer determinada contrapartida nos termos do que dispuser a lei de ocupação e uso do solo. Nesse caso, o proprietário não faria jus a uma simples licença para construir, hipótese admissível quando a construção estiver nos limites do coeficiente de aproveitamento, mas teria ônus complementar para fazer face à criação de novos solos.⁶⁶

Pode-se vislumbrar o seguinte panorama: caso o proprietário deseje edificar dentro do coeficiente básico, exercerá seu direito subjetivo de construir, ainda que tenha que obter, junto à Administração municipal, a devida licença. Daí que o ato pelo qual se concederá a licença é *vinculado*. Mas, se desejar edificar acima do coeficiente básico, mas em coeficiente previamente previsto em lei, exercerá, igualmente, o direito subjetivo que a lei lhe confere, mas com a distinta consequência de sobre ele recair uma específica onerosidade que demandará uma contrapartida à Administração.

O ato administrativo pelo qual se concederá a licença, da mesma forma, é vinculado; “a *outorga* a que se refere o instituto nada mais é do que o fato jurídico que resulta do ato de

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 250.

⁶⁵ MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do Direito de Construir. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 295.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 252

licença; a onerosidade decorre da circunstância de que o interessado precisa pagar preço especial para o deferimento desse tipo de licença”⁶⁷.

2.3.5 Alteração do uso do solo

Embora inserida na seção referente à outorga onerosa do direito de construir, trata-se de instituto distinto, que consiste na possibilidade de o plano diretor prever que em determinadas áreas será possível a alteração do uso do solo. Permite-se, assim, que em área residencial seja instalado determinado estabelecimento comercial, por exemplo.

Segundo se extrai da legislação, há três requisitos para a alteração do uso do solo. O primeiro diz respeito à sua previsão no plano diretor, que deverá delimitar as áreas nas quais será possível sua realização. O segundo se refere à contrapartida que o particular deverá prestar à Administração, e o terceiro à exigência de lei específica que defina quais são as condições para a alteração do uso do solo e aspectos sobre a contrapartida (art. 30 do EC)⁶⁸.

A sua concessão, de acordo com a doutrina, se dá pela licença:

Nessa hipótese, o ato de consentimento terá a natureza de *ato discricionário* e retratará uma *autorização*, que, pela própria fisionomia jurídica, será precária, permitindo que a Administração venha revogá-la posteriormente, caso alteradas as condições que provocaram sua outorga.⁶⁹

2.3.6 Operações urbanas consorciadas

José Afonso da Silva⁷⁰ esclarece que foi na Cidade de São Paulo que surgiram as denominadas operações urbanas integradas e operações urbanas interligadas, condensadas pelo EC em uma única figura. A própria lei cuidou de definir o instituto: “Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (EC, art. 32, §1º).

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 257.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 263.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 264.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 362.

Verifica-se, de plano, que consiste na atuação conjunta da Administração municipal e dos administrados (daí porque consórcio), setor público e privado (este composto por proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados), para que sejam concretizados interesses da coletividade.

O objeto também está previsto na lei, e consiste na modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente; a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente; e a concessão de incentivos a operações urbanas que utilizam tecnologias visando à redução de impactos ambientais, e que comprovem a utilização, nas construções e uso de edificações urbanas, de tecnologias que reduzam os impactos ambientais e economizem recursos naturais, especificadas as modalidades de *design* e de obras a serem contempladas (EC, art. 32, §2º).

Por isso, José dos Santos Carvalho Filho⁷¹ resume as finalidades deste instrumento da seguinte forma: “as finalidades básicas das operações urbanas consorciadas podem materializar-se em três tipos de atividades urbanísticas: 1ª) transformações urbanísticas estruturais; 2ª) melhorias sociais; 3ª) valorização ambiental.”.

Da mesma forma que os instrumentos anteriores, deverá ser previsto no plano diretor e editada lei específica para sua implementação, e, “consequentemente, ela só poderá ser criada para a realização de transformações estruturais compatíveis com as exigências fundamentais de ordenação da cidade, ferindo a ordem urbanística prescrita no estatuto da Cidade e nesta lei municipal do plano a eventual criação de operação urbanística que as contrarie ou às demais diretrizes locais estatuídas no plano diretor.”.⁷²

Há, também, consoante dispõe o art. 33, a determinação de elaboração de um plano de operação consorciada, cujo conteúdo mínimo vai desde a área sobre a qual a operação consorciada será implementada até a realização de EIV e programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação. Evidentemente, deverão estar explicitadas as finalidades a serem atendidas pela operação, até mesmo para efeitos de controle por parte dos administrados.

As medidas que podem ser adotadas para a consecução da operação estão previstas no art. 32, §2º, do EC; após a aprovação da lei, a Administração municipal expedirá licenças e autorizações que atendam as finalidades e determinações da lei:

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 278.

⁷² LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 257.

Licenças e autorizações – deve enfatizar-se – são atos administrativos da categoria dos *atos de consentimento estatal* ou *atos negociais*. As licenças, contudo, são atos vinculados, porque, uma vez preenchidos os requisitos da lei para a obtenção do ato pelo interessado, não pode o administrador recusar-se à sua outorga. Há, portanto, para o postulante o direito subjetivo à obtenção do consentimento estatal para a atividade que pretende desempenhar. As autorizações, de outro lado, são atos discricionários e normalmente precários, pois que sua concessão depende da aferição, pelo administrador, das condições de conveniência e oportunidade administrativas incidentes sobre a espécie. O direito subjetivo, por conseguinte, nasce apenas quando a Administração procede à sua outorga.

A lei prevê a nulidade dos atos administrativos que sejam praticados em desacordo com o plano previsto na lei específica, o que não seria necessário.

2.3.7 Transferência do direito de construir

O EC também exige para este instrumento a elaboração de lei municipal que seja baseada no plano diretor (art. 35), permitindo-se, por ele, que o proprietário de imóvel que seja considerado necessário para implantação de equipamentos urbanos ou comunitários, quando deva ser preservado em razão de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, ou, por fim, quando seja necessário para implementar programas sociais relacionados à habitação, possa ter seu direito de construir transferido para outro local ou outra pessoa.

Elida Séguin⁷³ trata sobre o tema, exemplificando-o:

Transferência do direito de construir traz a possibilidade de troca, cessão ou compra e venda de direito edílico não utilizado. Destarte, depende esta inovação de certeza de que o coeficiente de aproveitamento será imutável. Assim, um proprietário de terreno de 1.000 m², cujo coeficiente de aproveitamento seja um, mas que somente deseje construir sua residência com um pavimento, despendendo apenas 200 m², pode ceder os 800 m² restantes a terceiros, observando o que a respeito dispuser a legislação municipal. Por outro lado, um proprietário de bem tombado pode vender aos vizinhos o direito edílico não utilizado, nos termos da lei municipal que autoriza o coeficiente de aproveitamento tornado inútil pelo tombamento, recebendo justa compensação do ônus que lhe foi imposto, sem que o erário público sofra perdas e reduzindo o custo de preservação artística e patrimonial.

Como se dá com os instrumentos anteriores, caberá à lei municipal especificar as condições em que a transferência poderá se dar. Há a possibilidade, ainda, de acordo com o §1º do art. 35 do EC, de que o proprietário doe ao poder público seu imóvel, caso em que a contrapartida será justamente a transferência do direito de construir “*com todo o conteúdo* que

⁷³ SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 184.

tinha em relação ao local em que se situa imóvel doado”⁷⁴. Isso significa que no outro local poderá ser exercido o direito de construir com coeficiente de aproveitamento distinto.

Decerto, a municipalidade se valerá de licença de construção para formalizar o seu consentimento com a transferência.

2.3.8 Estudo de impacto de vizinhança – EIV

O EIV está previsto como instrumento de política urbana no art. 36 do EC, que determina a edição de lei municipal específica que definirá quais empreendimentos e atividades privadas ou públicas, que se deem em área urbana, dependerão de sua elaboração prévia para a concessão de licenças e autorizações de operação, construção ou funcionamento pelo Poder Público municipal.

Apesar de silente a lei, há quem entenda deva este instrumento estar contemplado também no plano diretor, assim como os demais vistos anteriormente⁷⁵. Seja como for, ele é importante instrumento de prevenção do meio ambiente urbano⁷⁶, cujo conteúdo mínimo deverá contemplar os itens elencados no art. 37 do EC. A preocupação, de fato, se dá com a qualidade de vida daqueles que residem nas proximidades do empreendimento. Segundo Elida Séguin⁷⁷:

O EIV deve analisar os efeitos do empreendimento na vida da população da região, inclusive do entorno da obra, com o aumento da população da vizinhança e do tráfego que vai ser produzido, bem como a capacidade e a existência dos equipamentos urbanos e comunitários existentes e se estes suportarão o aumento da demanda.

Acerca da natureza jurídica deste instrumento, diz a doutrina⁷⁸ tratar-se tanto de limitação administrativa, porquanto incide sobre o direito de propriedade, limitando seu direito de construir sobre ela e protegendo os interesses da sociedade, quando de instrumento de política urbana, tendo em vista que:

A uma primeira visão, decorrentes dos poderes constitucionais outorgados ao Município, o EIV estampa vigoroso *instrumento de política urbana*, não para o

⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 303.

⁷⁵ Ibid., p. 371.

⁷⁶ FIORILLO, Censo Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186.

⁷⁷ SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 100.

⁷⁷ FIORILLO, Censo Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. 4.ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010. p. 93.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 311.

controle direto de atividades de construção ou outras do gênero, mas sim para a tutela do bem-estar social, consubstanciado pela necessidade de que moradores da cidade não vejam ofendido seu direito à paz, ao sossego e à saúde. Esse é um dos aspectos do desenvolvimento social da cidade, que, segundo o art. 2º do Estatuto, retrata objetivo fundamental da política urbana.

Da forma como prescrito pela legislação, o EIV é verdadeira condição para que sejam concedidas licenças e autorizações. Tem a lei o mérito de não ter trazido maiores preocupações quanto à distinção rigorosa destes atos administrativos, pois a consequência, para ambos, é a mesma.

3 A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

3.1 MICROSSISTEMA DE AÇÕES COLETIVAS. A INTERAÇÃO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS

A tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos desenvolveu-se de forma gradativa em nosso ordenamento, decorrente tanto da evolução legislativa de instrumentos já presentes em nosso sistema (como a ação popular e o mandado de segurança) quanto de inovações realizadas com base em estudos doutrinários no exterior.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes⁷⁹ afirma que as primeiras leis de que se têm notícia, no Brasil, sobre a tutela coletiva, conferiam legitimidade a alguns entes para a promoção da defesa de interesses de determinado grupo. Cita como exemplo a Lei nº 1.134/1950, que dispunha sobre o seguinte: “Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica”; outro exemplo seria o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215/1963), que conferia legitimidade à entidade para que representasse em juízo os que se encontravam inscritos em seus quadros.

Mas foi em 1965 que o país deu um passo adiante, de modo mais amplo. Com a edição da Lei da Ação Popular (que estava prevista em Constituições que a antecederam, conforme se explicará no item 4), houve ampliação de seu objeto, compreendendo-se no conceito de patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico” (§1º do art. 1º, cuja redação foi alterada em 1977 para incluir também os bens ou direitos de valor turístico).

Admitiu-se, a partir de então, que bens cuja titularidade era difusa pudessem ser tutelados em juízo, mediante a propositura de ação de legitimidade exclusiva dos cidadãos. À época de sua edição não havia na doutrina este entendimento; foi José Carlos Barbosa Moreira o responsável por defender, em território nacional, que a ação popular seria capaz de tutelar tais interesses.

Em 1981, houve duas novas leis a respeito do tema. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei Orgânica do Ministério Público ampliaram a legitimidade do *parquet*

⁷⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2.ed. Ed. RT. São Paulo: 2010, *passim* p. 190-200.

para a propor ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, prevendo-se, pela primeira vez, a chamada ação civil pública.

Nelson Nery Junior e Rosa Nery⁸⁰ afirmam que Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior elaboraram um anteprojeto de lei exclusiva para a tutela jurisdicional do meio ambiente. Mas o Ministério Público de São Paulo, nas pessoas dos então promotores de justiça Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, reelaboraram o projeto anterior, ampliando-o em diversos pontos, dentre os quais podem ser destacados: seu objeto não ficou restrito ao meio ambiente, mas também a outros direitos difusos e coletivos ali especificados; criou-se a figura do Inquérito Civil (posteriormente constitucionalizado, em 1988).

O projeto do *parquet* paulista foi aprovado como a Lei nº 7.347/1985⁸¹. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, após 21 anos de ditadura militar, foram constitucionalizados diversos direitos, dentre os quais os direitos difusos e coletivos. Além da manutenção da ação popular, agora com *status* de garantia fundamental, criou-se a figura do mandado de segurança coletivo e foram constitucionalizados a ação civil pública e o inquérito civil.

Tamanha a relevância da disciplina do processo coletivo que, com o seu desenvolvimento, passou-se a defender sua autonomia, o que será verificado adiante⁸².

No entanto, desde já, até mesmo para sistematizar o objeto de estudo da presente monografia, é importante verificar que, a rigor, a tutela coletiva não se resume aos instrumentos apresentados até o momento. Não se pode negar que o direito processual coletivo também é formado pelos instrumentos de controle de constitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, por exemplo. Ambas, em seu julgamento, têm efeito *erga omnes*, assim como a ação civil pública e a ação popular.

Mas nelas o objeto é distinto: é a verificação da compatibilidade de uma lei com a Constituição da República, mediante processo objetivo (sem partes, portanto) e abstrato (não se decide um caso concreto).

⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. RT. São Paulo: 2010. p. 1431, item 1 do comentário ao art. 1º da LACP.

⁸¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2.ed. Ed. RT. São Paulo: 2010, *passim* p. 193.

⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 266.

A promulgação da Constituição, em 1988, propiciou o desenvolvimento do tema, também, por reclamar a regulamentação de diversos dispositivos mediante a edição de leis infraconstitucionais.

A mais relevante, para a tutela coletiva, é a Lei nº 8.078/90, denominada Código de Defesa do Consumidor. Nele, inclui-se relevante parte processual, que, interagindo com a LACP criou o chamado “microsistema de ações coletivas”.

Entretanto, para que não se cometam injustiças, vale a pena traçar um breve panorama de normas que, esparsamente, abordaram também o tema:

- Lei n. 7.853/89, que disciplina o apoio aos portadores de deficiência: nela se prevê a ação civil pública para a defesa de direitos difusos e coletivos dos portadores de deficiência (art. 3º), aplicando-se as disposições da LACP (art. 7º);
- Lei n. 7.913/89, que possibilitou ao *parquet* a possibilidade de adotar “as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado” (art. 1º);
- Lei n. 8.069/90, chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente, conferindo ao Ministério Público a competência de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência” (201, V) e pela qual se regrou a competência para processamento das ações civis públicas concernentes aos direitos difusos e coletivos ali tratados à “Justiça da Infância e da Juventude” (art. 148, IV)⁸³.

⁸³ Analisando-se a lei verifica-se que os direitos difusos e coletivos ali tratados, em rol exemplificativo, são os elencados no art. 208:

“Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: I - do ensino obrigatório; II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; VII - de acesso às ações e serviços de saúde; VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade. IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009); X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção. (Incluído pela Lei nº 12.594, de 2012) Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei. § 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 11.259, de 2005) § 2º A investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de

- Lei n. 8.429/1992, chamada Lei de Improbidade Administrativa;
- Lei n. 8.625/1993 e Lei Complementar n. 75 (relacionadas à organização do Ministério Público): conferem a legitimidade ao *parquet* à defesa de direitos difusos e coletivos;
- Lei n. 10.671/2001, denominada Estatuto da Cidade: por relacionar-se intimamente com o objeto do presente estudo, será analisada com pormenores ao longo do trabalho;
- Lei n. 11.340/2006, chamada de Lei Maria da Penha, que prevê a defesa dos direitos “transindividuais” em relação à mulher;
- Lei n. 12.016/2009, que passou a disciplinar o Mandado de Segurança, prevendo expressamente em sede infraconstitucional o mandado de segurança coletivo (ainda que não tenha representado avanço, mas verdadeiro retrocesso, como se verá).

Mas toda esta evolução legislativa no Brasil não se deu de forma totalmente espontânea, ou mesmo somente como resultado de nossa cultura jurídica. De acordo com Antonio Gidi⁸⁴, o sistema brasileiro de ações coletivas se desenvolveu a partir dos estudos de José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Junior na doutrina italiana. Foi a partir de estudos europeus que os brasileiros passaram a desenvolver seu sistema processual coletivo, ou mesmo a identificar os elementos já existentes⁸⁵. Posteriormente, o Brasil passou a importar o modelo estadunidense das *class actions*, adaptando-o às nossas peculiaridades. A isso, Gidi⁸⁶ deu o nome de “transplante responsável”.

Conforme ensina Kazuo Watanabe⁸⁷, foi a partir destas adaptações que o legislador brasileiro criou, primeiramente, a ação coletiva para tutela de direitos difusos e coletivos, mediante a edição da Lei da Ação Civil Pública. Após este diploma, outros esparsos surgiram, até mesmo com a previsão de uma *class action for damages* no direito brasileiro (Lei n. 7.913/1989). Com a edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor houve a previsão

transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido. (Incluído pela Lei nº 11.259, de 2005)”

⁸⁴ GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries [English]. *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003; U of Houston Law Center No. 2006-A-11, p. 324-326. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=903188>. Acesso em: 5 ago. 2012. p. 324-326.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JUNIOR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. – Processo Coletivo. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 28, vol. 4.

⁸⁶ GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries [English]. *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003; U of Houston Law Center No. 2006-A-11, p. 324-326. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=903188>. Acesso em: 5 ago. 2012. p. 324-326.

⁸⁷ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 132-136, itens 3 e ss.

de ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos para outras hipóteses, também com as devidas adaptações ao nosso ordenamento.

A doutrina afirma que há plena interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, consoante dispõem o art. 21 do primeiro diploma, com a redação que lhe foi dada pelo art. 117 do segundo, e o art. 90 do CDC. Assim, todo o Título III do CDC pode ser utilizado para as ações disciplinadas pela LACP, podendo ocorrer, igualmente, o inverso, naquilo em que não dispuserem de forma diversa⁸⁸.

Esta verificação – que resulta na formação do microsistema de ações coletivas – tem consequências práticas, conforme se extrai da jurisprudência:

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC)." (REsp 1221254/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012)

A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa." (REsp 411.529/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 05/08/2008)

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o artigo 21 da Lei n. 7.347/1985, com redação dada pela Lei n. 8.078/1990, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores, sendo, portanto, legítima a propositura da presente ação pelo Sindicato em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa. Precedentes." (AgRg no REsp 1241944/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012). No mesmo sentido: (REsp 1265463/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 28/03/2012)

Apesar de haver esta interação, é importante salientar as ações específicas que integram o microsistema, e que possuem regramento próprio, como o mandado de segurança coletivo e a ação popular, recebem aplicação subsidiária das regras gerais do microsistema. Suas peculiaridades, em regra, prevalecem.

Por exemplo, no que se refere ao mandado de segurança coletivo, antes da edição da Lei n. 12.016/2009 aplicavam-se a ele as normas resultantes da interação entre LACP e CDC, já que a lei anterior silenciava quanto ao tema. No entanto, com a nova lei, o instrumento

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 260, item 1, vol. II.

restou disciplinado em dois artigos (arts. 21 e 22), apresentando, no entanto, algumas inconsistências, de constitucionalidade questionável, conforme se verá oportunamente.

A tutela coletiva vem recebendo cada vez mais atenção, como se pode ver a partir de seu desenvolvimento legislativo e nos estudos doutrinários. E não é à toa. O crescimento populacional, agregando-lhe a constante ampliação do acesso à justiça (inclusive mediante assistência judiciária gratuita), têm causado cada vez mais o ajuizamento de demandas, que, frente à estrutura deficiente do Poder Judiciário – que não consegue acompanhar este crescimento – ocasiona a morosidade na solução dos conflitos. Assim, quanto mais demandas são ajuizadas, mais se fazem necessários novos instrumentos capazes de possibilitar a efetividade do processo.

Vale lembrar também que quanto mais demorada for a prestação jurisdicional mais as pessoas ficarão descrentes em relação à Justiça. Consequentemente, quando o aparato judiciário é incapaz de absorver toda a demanda, começam a surgir métodos extrajudiciais de resolução dos conflitos que nem sempre são adequados. Sem o processo, por vezes, fica a paridade de armas prejudicada, ocasionando soluções que vão de encontro com as vontades do direito material.

O tempo no processo é um fator de corrosão dos direitos, e é um mal que deve ser combatido. Por esse motivo as ações coletivas têm mostrado inúmeras vantagens e podem ser relacionadas à duração razoável do processo. Na sociedade de massa, surgem conflitos de massa, e, em vez de termos o julgamento de diversas ações individuais, temos o julgamento de uma única ação que afetará um número maior de pessoas, possibilitando, assim, que processos fluam mais rapidamente no poder judiciário (evitando, ainda, a existência de julgamentos conflituosos).

Assim a ação coletiva é uma forma de prestigiar a duração razoável do processo, prevista no art. 5º LLXVIII, da Constituição e no Pacto de São José da Cota Rica, que deve ser vista como a necessidade de controlar o tempo de duração do processo (do início ao final) e de criar meios alternativos para solução de conflitos⁸⁹.

3.2 O PROCESSO COLETIVO COMO RAMO AUTÔNOMO DO DIREITO

A doutrina especializada já aceita o direito processual coletivo como ramo autônomo do direito, distinto do direito processual individual. “Sendo caracterizado por *princípios* e

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10.ed.São Paulo: RT, 2010. p. 320.

institutos próprios, o *direito processual coletivo* pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do *direito processual individual*.⁹⁰ Fala-se, nesse sentido, sobre a necessidade de que os institutos tradicionais do processo civil individual sejam afastados do direito processual coletivo, conforme explica Nelson Nery Junior:

Isto porque os institutos ortodoxos do processo civil não podem ser aplicados aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século XIX, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo, que caracterizam as grandes codificações daquele mencionado século. Ao pensar, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não se pode ter esse mesmo enfoque quando se fala em direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável⁹¹.

Dentre as peculiaridades que conferem a autonomia ao direito processual coletivo podem ser citadas as seguintes: legitimidade *ad causam* diferenciada, pois o autor coletivo não é o titular do direito pleiteado (cujos sujeitos são indeterminados ou indetermináveis, para os direitos difusos e coletivos); alteração dos limites subjetivos da coisa julgada, que são *erga omnes* ou *ultra partes*; redefinição do conceito de litispendência e de conexidade; regras próprias de competência; peculiaridades na liquidação de sentença; alterações nos esquemas de distribuição do ônus da prova e tratamento próprio sobre custas processuais e honorários de advogado⁹².

Dessa forma, conclui Ada Pellegrini Grinover⁹³:

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas peculiaridades. Mais vitoriosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual.

Sendo um dos elementos que conferem autonomia ao direito processual coletivo a existência de princípios próprios, Gregório Assagra de Almeida⁹⁴ apresenta os princípios que entende serem específicos do direito processual coletivo, quais sejam:

(a) *Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo*

⁹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.139.

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 196.

⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.140.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33, item 1.6, vol. II.

⁹⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, passim p. 570-579.

coletivo: o Poder Judiciário deve se valer do direito processual coletivo como modo de transformação da realidade social. Dele decorre o *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*, cumprindo o Judiciário seu escopo de pacificar com justiça.

(b) *Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva*, pois o interesse social prevalece sobre o individual.

(c) *Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva*: a desistência ou o abandono da ação coletiva possibilita seu controle por outros legitimados, principalmente pelo Ministério Público.

(d) *Princípio da presunção da legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito*: a afirmação do direito é suficiente para dela decorrer a legitimidade ativa do autor coletivo.

(e) *Princípio da não taxatividade da ação coletiva*: qualquer direito coletivo *lato sensu* poderá ser objeto de ação coletiva, independentemente de previsão expressa na lei. Dele decorre o *princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva*, pelo qual todos os instrumentos que visem à efetividade do processo coletivo são a ele aplicáveis (ações de conhecimento, execuções, antecipações de tutela etc.).

(f) *Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum*: evita-se, com a tutela coletiva, a proliferação de ações individuais, buscando-se resolver, por um único processo, um grande conflito social ou muitos individuais homogêneos.

(g) *Princípio da máxima efetividade do processo coletivo*: por ele o processo coletivo deve ser dotado de instrumentos capazes a garantir sua efetividade, buscando, sempre, a maior certeza sobre os fatos e produzindo todas as provas necessárias para isso. Tendência atual pertinente a este princípio é a ampliação dos poderes instrutórios do juiz.

(h) *Princípio da obrigatoriedade da execução pelo Ministério Público*: nos casos de omissão dos demais legitimados, o *parquet* está obrigado a promover a execução coletiva (art. 15 da LACP).

Segundo Ada Pellegrini Grinover⁹⁵ os princípios constitucionais são aplicáveis a todos os ramos do processo, incluindo, portanto, o direito processual coletivo. *In verbis*:

Existem, sem dúvida, princípios – como os constitucionais – que são comuns a todos os ramos do processo (penal e não-penal), até porque todos se embasam na plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo. Mas outros princípios têm aplicação diversa no campo penal e no campo civil, daí derivando feições diversas nos dois grandes ramos da ciência processual. Ninguém duvida, no campo não penal, da existência de um processo civil, ao lado de um processo trabalhista, por exemplo.

Sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida⁹⁶ assevera que o princípio democrático, alicerce de nossos Estado e Direito, fundamenta os demais princípios, inclusive do direito processual coletivo, citando, ainda, outros princípios pertinentes:

Todos os princípios constitucionais fundamentais, que constituem desenvolvimento do princípio democrático, são aplicáveis ao *direito processual coletivo comum*, especialmente como regras orientadoras. Como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua dimensão social, para tutelar o meio ambiente e outros direitos coletivos fundamentais (art. 1º, III, da CF); e o princípio da igualdade substancial (art. 5º, *caput*, da CF); como fundamento para se utilizar das espécies de tutelas jurisdicionais admissíveis no *direito processual coletivo comum*, evitando-se injustiças e discriminações sociais.

Aduz também que são aplicáveis os seguintes princípios constitucionais: contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV); juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX), motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e inafastabilidade das decisões judiciais (art. 5º, XXXV).

Mais uma vez é importante trazer os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover⁹⁷, que analisa as peculiaridades de alguns princípios constitucionais no processo coletivo:

(a) *Princípio do acesso à justiça*: Diferentemente do que ocorre no processo individual, onde se refere apenas ao interesse do cidadão em solucionar suas próprias controvérsias, no processo coletivo refere-se ao interesse de uma coletividade, formada por um sem número de pessoas. Por esta razão, os institutos de direito processual individual são reformulados, tais como a legitimação para a propositura da ação.

(b) *Princípio da universalidade da jurisdição*: vincula-se ao princípio do acesso à justiça, e, no processo coletivo, assume a feição de dar às massas a oportunidade de submeter

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Forense. Rio de Janeiro: 2011. p. 26, item 1.2, vol. II.

⁹⁶ Ibid., passim p. 567-569.

⁹⁷ Ibid., p. 26, item 1.2.

ao Poder Judiciário as novas causas, que pelo processo individual não seriam tuteláveis.

(c) *Princípio de participação*: sobre este princípio, interessante a lição da autora:

Aliás, uma consideração deve ser feita que distingue a participação no processo, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”.⁹⁸

(d) *Princípio da ação*: a autora noticia que no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, estão previstas algumas iniciativas do juiz com o fito de estimular o legitimado a ajuizar a ação coletiva. Por ora, parece que o princípio assume feições idênticas nos processos individuais e coletivos.

(e) *Princípio do impulso oficial*: também rege o processo individual e o coletivo da mesma forma, havendo, naquele Anteprojeto, proposta para aumentar os poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo.

(f) *Princípio da economia*: a ele se ligam os conceitos de conexidade, continência e litispendência, que, no processo individual são extremamente rígidos. No Anteprojeto também se pretende modificar o atual panorama destes institutos nas ações coletivas.

Ao que parece, mesmo sem aprofundar o estudo dos princípios na presente monografia, os princípios elencados por Gregório Assagra de Almeida mais se parecem com regras. E, por vezes, regras que sequer são de exclusividade do processo coletivo. Cite-se, como exemplo, o *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*: tanto nos processos coletivos como nos individuais tem-se o interesse no conhecimento do mérito. E, da mesma forma, em ambos se verificará a existência dos pressupostos processuais positivos, ausência dos negativos e presença das condições da ação, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, antes que o mérito seja analisado. Não há nada que justifique dizer que no processo individual tem-se menos interesse no conhecimento do mérito que no processo coletivo.

⁹⁸ “Representante adequado” foi utilizado aqui em sentido próprio, que será verificado adiante, no item 3.2.3. No entanto, não fica prejudicada a citação se entendido o “representante adequado” como “legitimado”.

Decerto que não se poderia encontrar tantas diferenças assim, na medida em que os princípios acima descritos são constitucionais, vinculando, assim, o direito processual como um todo.

De acordo com o que se pode extrair do sistema, nota-se que os princípios aplicáveis ao processo coletivo são aqueles aplicados ao processo civil tradicional, mas que assumem feição própria, tal como noticiado por Ada Pellegrini, e, a partir dessas feições próprias ou somando-se a elas, regras próprias do processo coletivo, que conferem, assim, a relativa autonomia deste ramo do conhecimento jurídico. E diz-se aqui relativa porque, de certo, não se pode esquecer que há a aplicação subsidiária do CPC, conforme se verá.

3.3 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apesar da existência de um microssistema de processos coletivos, as normas que o compõem são insuficientes para tratar de todo o processo. Por esta razão, determina o art. 19 da LACP: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.” No CDC há a seguinte determinação: “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

E de outra forma não poderia ser, afinal, o CPC, como já se disse, foi elaborado com cunho individualista, de modo que nem todas as regras rígidas ali contidas são adequadas à tutela jurisdicional coletiva. No entanto, diversos pontos não tratados pela legislação processual coletiva deverão ser supridos pelo CPC, que traz as normas gerais processuais, com a importante ressalva de que não estas não podem ser contrárias às do microssistema. Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁹ ressalta alguns pontos em que o CPC incide nos processos coletivos:

Algo semelhante dá-se na relação entre a parte processual do CDC e o CPC: *a lei especial prefere à geral*, o que não impede que em vários tópicos deva o intérprete lançar mão da aplicação *subsidiária* do CPC, como texto *padrão e básico*, como, *v.g.*: requisitos da *petição inicial* (CPC, art. 282 – processo de conhecimento, art. 614 – processo de execução, art. 801 – processo cautelar); *citação* (arts. 219 e 222); *competência* (arts. 8 e s., 575 e 800);

⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.8

resposta do réu (art. 301); *juízo antecipado* (art. 330); instrução probatória (arts. 332 e s.); estrutura da sentença (arts. 458 e s.).

Vale ressaltar que não só é vedada a aplicação daquilo em que o CPC contrarie expressamente as normas processuais coletivas, mas também naquilo em que haja contrariedade ao microsistema como um todo. Como exemplo, pode-se citar a impossibilidade de denunciar à lide (CPC, arts. 70 a 75) no sistema do CDC, nas hipóteses de seus arts. 13 e 88¹⁰⁰.

3.4 AÇÃO COLETIVA OU AÇÃO CIVIL PÚBLICA?

O nome “ação civil pública” é utilizado tanto pela Lei n. 7.347/85 quanto pela Constituição da República (art. 129, III); já no CDC, em relação aos direitos individuais homogêneos, o legislador optou pelo uso de “ação coletiva” (Título III, Capítulo II), e há, na doutrina, discussão se ação civil pública se confunde com ação coletiva, ou se se tratariam de institutos diferentes. Nesse quadrante, ainda, questiona-se onde se encaixariam ações específicas que tutelam direitos difusos e coletivos, como a ação popular, o mandado de segurança coletivo etc.

Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que o nome “ação civil pública” já se encontra consagrado tanto pela doutrina como pela legislação, mesmo que não seja muito científico¹⁰¹. Ela seria a ação não-penal, por isso civil; de outro lado, público não pode se referir nem à legitimidade (que não é exclusiva do Ministério Público, mas sim concorrente e disjuntiva, como se verá), nem ao fato de dirigir-se contra o Estado, já que todas as ações judiciais assim são feitas, “mas sim porque seu objeto abrange um largo espectro de interesses e valores de inegável relevância social, permitindo o acesso à justiça de certos conflitos metaindividuais

¹⁰⁰ ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 416.

¹⁰¹ “Ao que se sabe, a primeira referência expressa à locução ‘ação civil pública’, em sede legislativa, foi feita pela Lei Complementar Federal n. 40, de 14-12-1981, que, ao estabelecer normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados, dispôs ser função institucional do *Parquet* a promoção da *ação civil pública*, nos termos da lei (art. 3º, III). O legislador paulista, ao editar a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar n. 304, de 28-12-1982), a ela se referiu no art. 41, I, para dizer que sua promoção se encarta nas atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes. Mais recentemente veio à luz a Lei n. 7.347, de 24-7-1985, que incorporou, de vez, a terminologia ao nosso vocabulário jurídico, ao se referir, às expressas, à disciplina da *ação civil pública* como instrumento de tutela de alguns interesses transindividuais (do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

Agora, com a reordenação jurídica do País, ganha a ação civil pública *status* constitucional, ao ser colocada na nova Carta como meio de defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade (art. 129, III e §1º).” In: MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 4.

que, de outra forma, remanesceriam num certo ‘limbo jurídico’¹⁰². Defende, assim, não haver razão para distinguir as expressões, preferindo o uso de “ação civil pública”.

Para João Batista de Almeida¹⁰³, há diferença entre a ação civil pública e a ação civil coletiva. Aquela está prevista na Lei n. 7.347/85, e tutela direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, abrangendo os bens ambientais, patrimônio cultural, público e social etc.; seu pedido seria o de obrigação de fazer ou não fazer, ou uma condenação em dinheiro. Esta última, prevista no CDC, tutelaria apenas direitos individuais homogêneos, especificamente relativos ao direito do consumidor; o pedido seria a condenação genérica para fixar a responsabilidade do fornecedor.

Hugo Nigro Mazzilli¹⁰⁴ rejeita expressamente o critério acima, por considerá-lo superficial. Diz ele que sob o aspecto doutrinário, como a ação civil pública seria aquela ação não-penal proposta pelo Ministério Público, toda vez que o *parquet* for o autor, ela receberá este nome; se for outro legitimado, ação coletiva. Já em relação ao aspecto que chama de “puramente legal”, quando a ação se basear na Lei n. 7.347/85, receberá o nome de ação civil pública; quando, de outro lado, basear-se no CDC, será denominada ação coletiva.

Por fim, Sérgio Seiji Shimura¹⁰⁵ defende que “ação coletiva” (*não-individual*) constitui-se em gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da ‘ação individual’ [...]”. Para ele se enquadram neste gênero as seguintes ações: ação popular, mandado de segurança coletivo, ação civil por responsabilidade por ato de improbidade administrativa, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, mandado de injunção e a ação civil pública. E veja: a ação coletiva que ali se está a referir não é a que se refere o CDC, mas sim um termo genérico que indica as ações em espécie que possuem determinadas características que as qualificam como coletivas.

De fato a Constituição e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) são os dois diplomas responsáveis pela ampliação do objeto da ação civil pública. A eles, podemos somar, ainda, o disposto no Código de Defesa do Consumidor, bem como disposições no ECA, Estatuto do Idoso, Estatuto da Cidade, Estatuto do Deficiente, entre outros, encontrando-se a expressão “ação civil pública” consagrada pela legislação. Mas parece que dela é possível, em termos doutrinários e para melhor sistematizar o tema, extrair alguma distinção da expressão ação coletiva, que, ao que tudo indica, é mais abrangente.

¹⁰² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 11.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 25.

¹⁰³ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3.ed. São Paulo: RT. p. 44.

¹⁰⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 26.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 74.

¹⁰⁵ SHIMURA Sérgio Seiji. *Tutela Coletiva e sua Efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 43-44.

No entanto, a distinção de que uma se trata de ação fundada na LACP e outra no CDC desconsidera o microsistema de ações coletivas, que, como se viu, resulta da interação entre estes diplomas. De fato, mostra-se mais adequado considerar que há um gênero denominado ações coletivas, que reúne aspectos comuns das ações que o integram (e que se diferenciam dos esquemas tradicionais do processo civil individual), tais como os direitos tutelados, os bens que lhes formam o objeto, a legitimidade, a competência, aspectos diferenciados de conexão, continência e litispendência e a coisa julgada.

Por tudo isso que, na prática, nomear a ação de coletiva ou civil pública não trará qualquer prejuízo à tutela dos direitos. O que aqui se propõe é somente entender a ação coletiva como gênero de ações que possuem características comuns e peculiares para a tutela de direitos específicos, compreendendo os instrumentos dentre os quais os que aqui serão analisados, para o fim específico de tutelar a ordem urbanística.

3.5 OS DIREITOS TUTELÁVEIS PELA AÇÃO COLETIVA

3.5.1 Direitos e interesses como expressões equivalentes

O Código de Defesa do Consumidor definiu, no Brasil, a que título se exercerá a tutela coletiva, prevendo e definindo, no parágrafo único do art. 81, os “interesses ou direitos” difusos (inciso I), coletivos (inciso II) e individuais homogêneos (inciso III). A utilização destas duas expressões - “interesses” e “direitos” – mesmo antes de empregado pela legislação, gerou na doutrina a discussão se se tratam de termos equivalentes, ou, de outro lado, se se pode ver nelas alguma distinção.

Em artigo pioneiro sobre o tema de interesses difusos, José Carlos Barbosa Moreira¹⁰⁶ demonstrou maior preocupação em oferecer proteção jurídica a estes direitos/interesses do que em proceder à sua distinção:

Não nos vamos ocupar, aqui, do correto enquadramento do fenômeno nas molduras tradicionais da teoria geral do direito; deixaremos de lado a própria questão fundamental nessa perspectiva: se se trata de posições jurídicas verdadeiramente identificáveis como *direitos* dos membros da coletividade, ou de meros *interesses reflexamente protegidos*. O problema, aliás, muito relevante em nível teórico, já o é menos ao ângulo prático: desde que se esteja persuadido – e o consenso, a tal respeito, vai-se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título se*

¹⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação Popular no Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “Interesses Difusos”, In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: RT, 1977. p. 113-114.

lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra.

Em sentido semelhante, Kazuo Watanabe¹⁰⁷ afirma que ambas são equivalentes, não havendo motivos para levar a efeito qualquer distinção:

Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Por fim, Pedro Lenza¹⁰⁸ reconhece que a distinção se dá no plano teórico, mas admite que a partir do momento em que os interesses passem a ser juridicamente tutelados, assumem *status* de direitos:

No entanto, apesar de se distinguir, no plano teórico, *direitos* de *interesses*, no plano prático, a partir do momento em que os aludidos interesses passam a ser tutelados juridicamente pelo sistema, surge o *direito*. Nesse sentido, inexistiria razão para diferenciá-los, porquanto indiscutível a aproximação entre os dois institutos. Abstraindo-se, na tentativa (às vezes inútil) de distingui-los, sugere-se que se trata da mesma “alma”, em “corpos” distintos.

E é por esses motivos que, na prática, parece inútil buscar por uma distinção entre as duas expressões, na medida em que tanto os “interesses” quanto os “direitos” encontram-se abrangidos pela tutela jurisdicional coletiva. Assim, no presente trabalho, ambos são empregados como sinônimos.

3.5.2 Direitos difusos

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, a legislação carecia de uma definição do que eram os direitos difusos e coletivos. Estas expressões já se encontravam presentes, por exemplo, na Lei de Ação Civil Pública e na própria Constituição. Atualmente, no entanto, é a própria lei que define os conceitos destes direitos, no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁷ Kazuo Watanabe *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 70, vol. II, item 3. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1431, item 3, comentário ao art. 1º da LACP.

¹⁰⁸ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 55.

No Brasil, antes mesmo da legislação que definiu tais direitos, José Carlos Barbosa Moreira¹⁰⁹ tratou sobre esta categoria de direitos em artigo clássico, a partir de estudos da doutrina italiana. Escreveu o autor:

[...] Aqui, os interesses para os quais se deseja tutela jurisdicional, comuns a uma coletividade de pessoas, não repousam necessariamente sobre uma *relação-base*, sobre um vínculo jurídico que as congregue. Tal vínculo pode até inexistir, ou ser extremamente genérico – reduzindo-se, eventualmente, à pura e simples pertinência à mesma comunidade política –, e o interesse que se quer tutelar *não é função dele*, mas antes se prende a dados de *fato*, muitas vezes acidentais e mutáveis; existirá, *v. g.*, para todos os habitantes de determinada região, para todos os consumidores de certo produto, para todos os que vivam sob tais ou quais condições sócio-econômicas, ou se sujeitem às conseqüências deste ou daquele empreendimento público ou privado, e assim por diante. É impensável, aí, a decomposição do interesse comum a tais pessoas num feixe de interesses individuais que se justapassem como entidades análogas mas distintas – o que extrema a hipótese, com ofuscante nitidez, da eu se apontou de início (mera *co-titularidade* de relações jurídicas inter-individuais). [...] Mais estranha ainda às nossas cogitações do momento é qualquer tentativa de caracterizar dogmaticamente a terceira figura, a que em regra se têm aplicado, na Itália, as denominações de “interesses coletivos” ou “difusos”.

Em estudo posterior, Ada Pellegrini Grinover¹¹⁰ salientou que a característica fundamental do interesse difuso seria a metaindividualidade. Mas afirma também que teria por características a ampla conflituosidade (do italiano, *conflittualità*); o surgimento de “corpos intermediários” (como associações civis); a dificuldade de a pessoa física, isoladamente lesada, obter a tutela jurisdicional para reparação de seu dano; o surgimento de direitos a serem tutelados pelo ordenamento, como o meio ambiente.

Como se vê, ao se tratar de direitos difusos e coletivos, a doutrina, na verdade, se baseia em critérios ora de direito material para sua definição, ora de critérios metajurídicos. E não poderia ser de outra forma, pois o processo é instrumento para a realização de um direito material.

Pela sistemática adotada pelo CDC, os chamados direitos difusos são aqueles que se caracterizam pela indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo) e pela indeterminabilidade de seus titulares (elemento subjetivo), ligados entre si por circunstâncias de fato¹¹¹.

¹⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação Popular no Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “Interesses Difusos”, In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: RT, 1977. p. 112-113.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. *RePro*, ano IV, Abril de 1979. p. 27-30.

¹¹¹ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 71, vol. II, item 4.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹² já havia apresentado conceito de interesses difusos antes da vigência do CDC, comparando-o com o conceito legal, em obra mais recente. Veja-se:

Em sede doutrinária, quando ainda muito se controvertia sobre a existência, a judiciabilidade e a natureza mesma dos *interesses difusos*, tivemos oportunidade de oferecer o seguinte conceito analítico: “[...] são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v. g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v. g., os consumidores). Caracterizam-se: pela intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e espaço”. Cotejando-se esse conceito com as definições constantes do art. 81, § único e incisos do CDC, nota-se que o legislador põe em destaque, de um lado, a existência de certos *graus no universo coletivo* e, de outro, permite distinguir entre interesses *essencialmente coletivos* (= os difusos e os coletivos *stricto sensu*: incisos I e II), que, portanto, *devem* merecer tutela processual coletiva, a par de interesses *contingente ou episodicamente coletivos* (= *os individuais homogêneos*: inciso III), os quais são conduzíveis à tutela processual coletiva como modo de prevenir a *atomização do conflito* em múltiplas ações individuais repetitivas, expondo o risco de respostas judiciais discrepantes sobre um mesmo *thema decidendum*.

E, ao que parece, os conceitos de *interesses difusos ou coletivos* formulados anteriormente aos trazidos pelo CDC são, hoje, divididos em duas categorias: difusos e coletivos *stricto sensu*, cada qual com suas semelhanças e peculiaridades. Entre as semelhanças, a primeira que se destaca é a *transindividualidade*, ou seja, “têm as características de transcenderem aos indivíduos e prescindirem da necessária identificação individual [...]”¹¹³ São espécies, portanto, do gênero direitos transindividuais.

Outra característica comum é a indivisibilidade dos interesses e direitos¹¹⁴ (objeto tutelado, portanto), que pode ser material ou jurídica¹¹⁵, e que é explicada por Arruda Alvim *et al.*¹¹⁶:

Têm esses interesses e direitos natureza indivisível, (tanto no caso do inciso I, quanto do II) no sentido de que as pessoas ligadas a esses interesses ou direitos difusos ou coletivos, nessa mesma realidade qualitativa se encontram inseridas, que

¹¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.

¹¹³ ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 378, Comentário ao inciso I do art. 81.

¹¹⁴ “Com o uso da expressão ‘transindividuais de natureza indivisível’ se descartou, antes de mais nada, a ideia de interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles”, In: WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 74, vol. II, item 4.

¹¹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 213.

¹¹⁶ ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 377, Comentário ao inciso II do art. 81.

a todas elas envolve, de forma comum, representando uma nova modalidade ou um novo patamar de interesses ou direitos [...]

Distinguem-se em razão da indeterminabilidade dos sujeitos e do vínculo que os une (circunstâncias de fato). A indeterminabilidade dos sujeitos (critério subjetivo) significa que não é possível identificar os titulares desta categoria de direitos¹¹⁷. Elucida José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁸ tratar-se de “espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, a lesão da inteira coletividade”. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida¹¹⁹ explica a característica da indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares dos direitos em questão, relacionando-as com suas origens:

São meras *circunstâncias fáticas de lugar, tempo e modo* o traço de união da coletividade titular de direitos e interesses difusos, por isso mesmo considera-se que é *indeterminado ou mesmo indeterminável, qualitativa e quantitativamente*, o universo de pessoas que a integra. Não é possível identificá-las nem precisar-lhes o número. Todos os que compartilham da mesma situação fática são simultaneamente prejudicados com a lesão ou beneficiados com a cessação da mesma. Portanto, fala-se em indeterminabilidade dos titulares quando a relação entre eles é meramente fática, e não necessariamente quando são em grande número, circunstância que dificulta, na prática, a determinação. Se há relação jurídica unindo os integrantes de um grupo (entre si ou com a parte contrária), ainda que muito numeroso, considera-se serem eles determináveis, por ser possível sua identificação e qualificação, descartada a qualificação como titulares de direitos e interesses difusos.

Os direitos difusos, portanto, têm uma aptidão natural de atingir a um grande número de pessoas; mas não necessariamente é assim. Casos há em que, no caso concreto, poucas pessoas tenham sido *efetivamente* atingidas pelo dano, sem que isso, no entanto, descaracterize a categoria de direitos aqui tratada¹²⁰.

¹¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Leis Civis Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, item 10, comentário ao art. 81 do CDC. p. 245.

¹¹⁸ “A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro”, In: *RF 276:1*, “apud” YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. “Direitos e Interesses Individuais Homogêneos: A ‘Origem Comum’ e a Complexidade da Causa de Pedir. Implicações na Legitimidade *Ad Causam* Ativa e no Interesse de Agir do Ministério Público”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista da Faculdade de Direito PUC/SP*, ano 1, 1º semestre/2001. p. 93.

¹¹⁹ “Direitos e Interesses Individuais Homogêneos: A ‘Origem Comum’ e a Complexidade da Causa de Pedir. Implicações na Legitimidade *Ad Causam* Ativa e no Interesse de Agir do Ministério Público”. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Revista da Faculdade de Direito PUC/SP*, ano 1, 1º semestre/2001. p. 94.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

3.5.3 Direitos coletivos

De acordo com o art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, direitos coletivos *stricto sensu* são os que têm objeto indivisível (elemento objeto), mas titulares determináveis (elemento subjetivo), ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, preexistente à lesão ou ameaça de lesão tutelada¹²¹. Como se esclareceu no item anterior, têm em comum com os interesses ou direitos difusos a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto.

No entanto, distinguem-se na medida em que, nesta categoria de direitos, é possível a identificação de seus titulares, tendo em vista tratar-se de “grupo, categoria ou classe”, ligados entre si ou com a parte contrária por uma “relação jurídica base”.

De acordo com Kazuo Watanabe,¹²² “essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão.”. E é justamente em razão da existência desta relação que se torna possível a determinação dos titulares destes direitos.

3.5.4 Direitos individuais homogêneos

Esta é uma novidade trazida pelo CDC, que criou uma espécie de *class actions for damages* no direito brasileiro. Há quem sustente tratar-se de nova categoria de direito subjetivo (material, portanto), como o faz Rizzatto Nunes¹²³, ao afirmar que “direito individual homogêneo é também uma espécie de direito coletivo”.

De acordo com a lei (CDC, art. 81, parágrafo único, III), direitos individuais homogêneos são os que possuem objeto divisível (elemento objetivo), titulares determináveis (elemento subjetivo), que têm origem comum, que pode ser de fato ou de direito. É em decorrência deste conceito que se diz que são “individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados”¹²⁴. Por isso, direitos difusos e coletivos são chamados

¹²¹ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 73, vol. II, item 4.

¹²² *Ibid.*, p. 70, item 3. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1431, item 3, comentário ao art. 1º da LACP.

¹²³ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83, item 5.5, comentário ao art. 81.

¹²⁴ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 81, vol. II, item 9.

de direitos essencialmente coletivos, enquanto individuais homogêneos são acidentalmente coletivos¹²⁵, posição que parece acertada.

Origem comum deve relacionar-se aos fatos que deram origem aos direitos individuais homogêneos. “Assim, na hipótese de danos, a origem comum será representada por fatos que, podem ser o mesmo, ou, então, fatos que juridicamente são havidos como iguais e aptos, por isto mesmo, a embasar esta ação coletiva.”¹²⁶

Sérgio Cruz Arenhart¹²⁷ analisa a expressão “origem comum” e diz ser possível identificar, numa extremidade, um sentido mais abstrato da expressão, que alcançaria “uma mesma origem normativa – v. g. a responsabilidade civil objetiva”, e, em outra, a exigência de que se trate de direitos idênticos; mas não opta por qualquer destes sentidos.

O debate ganha corpo com Ada Pellegrini Grinover¹²⁸, que, com inspiração na legislação norte-americana, afirma ser possível, no Brasil, defender que há a necessidade de verificação da prevalência e da superioridade da dimensão coletiva sobre a individual nos casos de direitos individuais homogêneos; caso estes requisitos não se façam presentes, os direitos não seriam efetivamente homogêneos, mas sim heterogêneos.

Na legislação daquele país, autoriza-se o ajuizamento de ação coletiva (*class action*, que são as ações de classe) em razão de questão comum ou indenizatória (Regra 23, b, 3), caso em que deve-se comprovar o binômio “predominância das questões comuns em relação às questões individuais” e “superioridade da ação coletiva em relação aos outros meios processuais existentes”.¹²⁹ Conforme Sérgio Cruz Arenhart¹³⁰:

[...] a regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* traz, como um dos casos em que é admitida a *class action*, a situação em que, dentre outros requisitos, as questões comuns – aos vários interesses postos em litígio – preponderam sobre as questões individuais. Na realidade, segundo o direito norte-americano, esse requisito deve ainda ser combinado com a exigência de que, além dessa preponderância, fique demonstrado que a via coletiva é a melhor forma de resolver a questão (regra 23, (b) (3)).

¹²⁵ GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries [English]. *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003; U of Houston Law Center No. 2006-A-11, p. 324-326. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=903188>. Acesso em: 5 ago. 2012. p. 324-326.

¹²⁶ ARRUDA ALVIL *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 380, Comentário ao inciso III do art. 81.

¹²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. São Paulo: RT, 2013. p. 127, item 3.2.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Vol. II – Processo Coletivo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133 e ss.

¹²⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2.ed. São Paulo: RT, 2010, *passim* p. 80 e ss.

¹³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 135, item 3.2.2.1.

Para Ada Pellegrini Grinover, é possível falar que a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual constitui-se na possibilidade jurídica do pedido, pois haveria a necessidade de comprovar que os direitos individuais a serem tutelados sejam efetivamente homogêneos. Já a superioridade da tutela coletiva seria caracterizada tanto como interesse de agir e pela efetividade do processo.

No entanto, no quadro legislativo brasileiro atual, não parece ser possível falar-se nestes requisitos, tampouco enxergar a origem comum enquanto *predominância*. A lei apenas se refere a direitos individuais homogêneos, colocando como requisito a origem comum, a ser entendida de modo mais genérico, como fatos aptos a ensejar o nascimento de direitos individuais que mereçam a tutela coletiva. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida¹³¹ encontra um critério processual para a verificação da origem comum:

A “origem comum” dos direitos individuais homogêneos consiste no fundamento comum a esse feixe de direitos e interesses individuais, que lhes dá homogeneidade, correspondendo à causa de pedir, que pode ser analisada sob o duplo aspecto: como causa de pedir próxima (lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico individual de diversos titulares, provocada por um mesmo fato) e como causa de pedir remota (relação jurídica ou não jurídica comum entre os titulares). Ela pode coincidir com os mesmos fundamentos das pretensões difusas e coletivas eventualmente incidentes no caso concreto.

Qualquer forma de indeferimento do pedido sob a alegação de faltar requisito inexistente na lei será restrição ilegal ao acesso à justiça.

3.5.5 Identificação dos direitos coletivos *lato sensu*

Adentrando na discussão acerca do método de identificação entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a doutrina não é pacífica. Este ponto é bastante importante, na medida em que a partir dele é que se verifica, por exemplo, a extensão da coisa julgada a se formar no processo.

Antonio Gidi¹³² estabelece como critério de distinção a identificação do direito subjetivo específico que se teria violado. Baseia-se, portanto, no direito material, por acreditar

¹³¹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 14.

¹³² Ou seja, neste ponto, discordou do posicionamento de Nelson Nery Jr., exemplificando que o pedido de retirada de publicidade pode tanto ter origem em violação de direitos coletivos quanto de direitos individuais homogêneos. No entanto, este último autor passou a adotar também como critério “o tipo de pretensão material”. GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 21, *apud* DIDIER JR., Fredie; ZANETI JUNIOR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 84-85.

que é possível analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual, bem como pelo fato de acreditar que, por vezes, a tutela pretendida não caracteriza o direito material. Este autor admite, inclusive, que de um mesmo fato podem se originar pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas.

Nelson Nery Junior¹³³, por sua vez, explica que o método que se deve utilizar para identificar um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo se dá mediante a análise do “*tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial*”, esclarecendo, ainda, que “da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais”.

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior¹³⁴ defendem, de outro lado, que os dois critérios se completam reciprocamente, pois acreditam que deve haver no processo a fusão entre o direito subjetivo afirmado e a tutela pretendida, possibilitando, com a junção de ambos, a identificação de qual direito se trata.

A posição de Nelson Nery Junior se demonstra mais adequada à identificação do objeto tutelado pelo processo coletivo; verifica-se o pedido deduzido em juízo para que, a partir dele, se identifique qual o objeto material que se está a tratar.

3.6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA

O Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, prevendo a Constituição tanto o controle concentrado, desenhado, primeiramente, na doutrina de Hans Kelsen, e posteriormente adotado por países europeus; como o controle difuso, oriundo da prática judiciária estadunidense. Considerando que o objeto da presente monografia diz respeito somente às ações coletivas que não se destinam ao controle de constitucionalidade como objeto principal, dizendo respeito, portanto, apenas às ações que possibilitem o controle difuso, é pertinente realizar uma breve análise do instituto.

A Constituição de 1988, seguindo a tradição das anteriores, prevê a possibilidade de, no curso de qualquer ação, poder-se arguir a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo

¹³³ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 225, item 1. No mesmo sentido: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. “Direitos e Interesses Individuais Homogêneos: A ‘Origem Comum’ e a Complexidade da Causa de Pedir. Implicações na Legitimidade *Ad Causam* Ativa e no Interesse de Agir do Ministério Público”, In: Revista da Faculdade de Direito PUC/SP, ano 1, 1º semestre/2001. p. 94.

¹³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 85-86.

municipal, estadual ou federal (controle incidental, portanto). No país, todos os juízes exercem jurisdição constitucional e possuem o poder absoluto de controlar a constitucionalidade das leis¹³⁵, com algumas peculiaridades.

O juiz de primeiro grau, ao julgar o caso concreto, não declara a inconstitucionalidade, pois apenas deixa de aplicar a lei ao caso concreto. Já os tribunais, atuando em segunda instância ou nas causas originárias, têm que seguir o rito do incidente de declaração de inconstitucionalidade, que suspende o processo (caso concreto, cujo objeto é a resolução da lide) e leva a questão constitucional a ser decidida pelo pleno do tribunal, ou pelo órgão especial, se o tiver, conforme determinam o art. 97 da Constituição, e os arts. 480 a 482 do CPC. Esta é a chamada reserva de plenário.

No que se refere à aprovação da declaração de inconstitucionalidade, ainda que pelo Plenário, os efeitos ficam restritos às partes no caso concreto – *inter partes* e *ex tunc* – estendendo-se aos demais órgãos fracionários do próprio Tribunal prolator da decisão, de acordo com o art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ponto que merece destaque, de fundamental importância, é que a declaração de inconstitucionalidade, por constituir-se fundamento da ação também no controle difuso, não faz coisa julgada material. O próprio CPC, em seu art. 469, III, estabelece que “não fazem coisa julgada: [...] III – apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”. Ada Pellegrini Grinover¹³⁶ considera este ponto como a pedra de toque do controle difuso de constitucionalidade, pois ganha ainda mais importância quando se debatem questões referentes às ações coletivas.

Muito já se discutiu sobre o tema, tendo alguns autores chegado a afirmar que o efeito *erga omnes* da coisa julgada na ação civil pública daria à jurisdição de primeiro grau poderes que nem mesmo o STF teria, uma vez que no controle difuso exercido por este órgão em sede extraordinária a decisão tem efeito *inter partes* – dependendo a extensão de atuação do Senado (CR, art. 52, X). Mas no caso das ações coletivas o julgado tem alcance *erga omnes* (CDC, art. 103). No entanto, vale lembrar que o objeto de uma ação coletiva – como a ação civil pública, por exemplo – não é a declaração de inconstitucionalidade.

Assim como nos demais casos (ações individuais), ela é questão prejudicial, ou seja, fundamento, causa de pedir, é a premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença. Como a coisa julgada recai apenas sobre a parte dispositiva da sentença (conforme

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 362.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – Estudos & Pareceres*. 2.ed. São Paulo: DPJ, 2009. p. 232.

determina o CPC e por entendimento da doutrina), nada impede que a inconstitucionalidade volte a ser discutida; afinal, ela foi decidida somente em relação ao caso concreto levado ao Judiciário. Em razão disso, o efeito *erga omnes* não recai sobre a declaração de inconstitucionalidade, mas sim sobre a decisão do caso resolvido.

No controle concentrado, ao contrário, a lei perde sua eficácia, ou seja, não poderá mais ser aplicada novamente; no controle difuso, de outro lado, perde sua eficácia apenas *inter partes*. Portanto, e isto é importante ressaltar, nada impede que, com a alteração do suporte fático, a lei outrora declarada inconstitucional em ação coletiva venha a ser aplicada novamente, caso não haja julgamento em sede extraordinária pelo STF, comunicação ao Senado Federal e resolução desta casa para que se produzam efeitos *erga omnes*. No mais, como a decisão da ação coletiva não tem efeito vinculante (como no controle abstrato de constitucionalidade), não atinge o direito material e não impede que o particular pleiteie – e o juiz decida – de maneira distinta à decisão coletiva. Todo e qualquer juiz poderá decidir de forma diferente à solução encontrada na ação coletiva¹³⁷.

Em relação à ordem urbanística, esta possibilidade assume relevo na medida em que a competência para edição de suas normas está delineada na Constituição, cabendo à União e aos Estados editar normas gerais sobre o tema (art. 24, I e §1º) e aos municípios as normas específicas, que digam respeito à ordenação e ao uso do solo e que criem critérios para que se cumpra a função social da propriedade (art. 30, I).

As normas urbanísticas municipais, por um lado, somente podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade caso se contenha tal previsão na Constituição do Estado em que se localiza, e que deverá ser realizada pelo Tribunal de Justiça respectivo. A possibilidade de realização de controle difuso, neste caso, demonstra-se como forma eficaz de garantir o respeito à ordem urbanística, mas com as limitações apontadas no presente capítulo.

3.7 PANORAMA DOS PROJETOS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DAS AÇÕES COLETIVAS

Com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre a tutela coletiva, diversos estudos têm sido realizados sobre a necessidade de realizar reformas na legislação, chegando-se a sugerir, até mesmo, a criação de um Código específico para a tutela coletiva. O projeto é interessante, mas não é de todo necessário.

¹³⁷ Por todos, veja-se ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, item 2.7.1.

Sem dúvida, a sistematização em um único diploma traria diversos benefícios, como os de criar maior coerência no sistema, facilitar sua interpretação e aplicação, e, principalmente, de corrigir imperfeições que vêm a lume com o cotidiano forense. Mas, analisando-se o sistema atual, não há como negar que se trata de legislação avançada e com qualidade técnica, apta a ensejar a adequada tutela dos direitos difusos e coletivos.

De plano, parece mais adequado que se promovam pequenas alterações, como, por exemplo, a inserção de um cadastro nacional de ações coletivas e de outro para compromissos de ajustamento de condutas, solucionar a questão da prescrição das pretensões individuais quando for proposta a ação coletiva, ou mesmo verificar a possibilidade de suspensão de ofício de ações individuais quando proposta a coletiva (o que não é permitido pelo sistema atual, ainda que haja decisão em contrário – vide item 4.7.2).

Merecem destaque, em sede doutrinária, três “Códigos Modelos” elaborados por renomados professores.

O primeiro deles é o “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia.

Este anteprojeto definiu os direitos por ela tutelados – difusos, coletivos e individuais homogêneos – exigindo, para esta última categoria, a predominância das questões comuns sobre as individuais; há exigência da análise da representatividade adequada e legitimação ativa ampla, a incluir, até mesmo, o cidadão. Também há previsão de interpretação extensiva do pedido (art. 10), distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 12, §1º), interrupção da prescrição de demandas individuais (art. 17), a coisa julgada *secundum eventum probationem* (art. 27, §1º) e da ação coletiva passiva (arts. 32-35).

O segundo deles é o “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, elaborado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. A versão final deste anteprojeto foi apresentada ao Ministério da Justiça ao final de 2006, e, de acordo com a Exposição de Motivos, redigida por Ada Pellegrini Grinover¹³⁸:

Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas de legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade a flexibilização da técnica

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law. Uma análise de direito comparado*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 332-333.

processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual. Na revisitação técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem extensivamente interpretados – e de conexão, continência e litispendência – que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com previsão do julgado *secundum eventum probationis*; a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

O terceiro é o “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, elaborado pelos programas de pós-graduação da UERJ e da UNESA¹³⁹, sob a coordenação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. O debate partiu a partir do projeto elaborado pela USP e encaminhado ao Ministério da Justiça, culminando, porém, em novo texto, prevendo-se nele regras semelhantes.

Decorrente destes debates foi a elaboração do Projeto de Lei da Ação Civil Pública (5.139/2009), em atenção ao Segundo Pacto Republicano; sua principal inspiração, na verdade, foi o projeto elaborado pela USP. Em verdade, trata-se de verdadeira tentativa de codificação do processo coletivo, abrangendo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e estabelecendo regras acerca da propositura da demanda, saneamento, instrução probatória, decisões, recursos, coisa julgada, liquidação e execução de sentença etc.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados votou pela rejeição do projeto no mérito, e, atualmente, pende o julgamento de recurso com o intuito de que ele seja levado a julgamento no plenário da casa. Considerando a experiência de trâmite legislativo, sabe-se que há pouca probabilidade de que o projeto de lei vingue.

Por esta razão, faz-se pertinente a análise de dois projetos que podem alterar substancialmente a tutela coletiva no Brasil: o de alteração do CDC (parte processual) e o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no projeto de lei do novo CPC.

¹³⁹ ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processo Coletivos. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

3.7.1 O projeto de reforma do CDC

O projeto nº 282/2012 é resultante de Comissão nomeada pelo então Presidente do Senado Federal, José Sarney, para a reforma do CDC, tanto de sua parte material quanto processual. Este projeto diz respeito somente à parte processual¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

Dentre as alterações pertinentes, podem ser destacadas as que seguem.

Havia, originariamente, no anteprojeto, modificação do inciso III do §1º do art. 81, com clara inspiração no sistema norte-americano, inserindo requisitos de numerosidade dos membros do grupo e dificuldade de formação de litisconsórcio para a caracterização do direito individual homogêneo. De alguma forma a alteração deste inciso poderia implicar em retrocesso na defesa de dos interesses nele tratados, pois a tutela coletiva, sem bem direcionada, pode ser sempre mais efetiva e segura que a tutela individual tratada pelo inciso. Esta modificação não sobreviveu, tendo sido retirada no relatório final.

Está inserida no relatório final norma que corrige o atual equivocado entendimento legislativo sobre a coisa julgada “§ 5º Para as ações propostas a partir da entrada em vigor desta Lei, a amplitude dos efeitos da sentença decorre do objeto da ação coletiva.”.

Em relação à legitimação ativa, incluíram-se a OAB e a Advocacia Pública da União, dos Estados e do Município. No “Capítulo I-A – DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA” estão inseridas regras que permitiriam a dilação de prazos processuais (art. 90-

¹⁴⁰ Diz a ementa do Projeto de lei:

“Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas; estabelece que a ação coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela; dispõe que a tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica; estabelece que as ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, excetuadas a ação popular e as de alimentos; revoga o art. 93 e acrescenta o art. 81-A para estabelecer novas regras para definição da competência para julgamento da causa; acrescenta o inciso V ao art. 82 para conferir à Defensoria Pública legitimidade concorrente para a defesa dos interesses coletivos; dispõe sobre os honorários advocatícios no caso de procedência da demanda coletiva; estabelece os procedimentos da ação coletiva; altera a Lei nº 7.347/85, que Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências, para tratar do litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas e para estabelecer que a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas; revoga o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, que estabelece que a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

¹⁴¹ O Projeto nº 282 não foi incluído no relatório final, em conjunto com os projetos 281 e 283: “Há ainda o PLS 282/2012, que disciplina as ações coletivas, mas que não será tratado neste relatório, uma vez que a matéria é complexa e, apesar dos esforços desta comissão, demanda mais diálogo para seu amadurecimento nesta Casa.”, disponível no Parecer de relatoria do Senador Ricardo Ferraço, em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=147358&tp=1> Acesso em: abr. 2014.

A, §1º, I), alteração da ordem da produção de provas (art. 90-A, §1º, II) e alteração do pedido ou da causa de pedir até o momento da prolação da sentença (art. 90-A, §4º).

Há ainda a chamada audiência ordinatória, na qual poderiam ser tomadas diversas decisões com clara inspiração no sistema norte-americano das *class actions*. Veja-se:

Art. 90-D. Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões, assegurado o contraditório: I – decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva; II – poderá cindir os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas respectivamente à tutela separada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que preservado o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, assegurada a proteção efetiva ao interesse social e facilitada a condução do processo; III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência; IV – poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas; V – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas; VI – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6º, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração; VII – poderá determinar de ofício a produção de provas.

§ 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, confidencialmente, não podendo chegar ao conhecimento do juiz.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro não é vinculante para as partes e tem a finalidade exclusiva de orientá-las na composição amigável do conflito.

§ 3º Aplica-se aos processos individuais o disposto no inciso VI deste artigo.

O tom do artigo é de ampliação dos poderes instrutórios do juiz, até mesmo com certa margem de discricionariedade. O conteúdo deste artigo certamente mereceria regramento mais específico, por exemplo, no que se refere à cisão do processo e mesmo se o processo tem condições de seguir na forma coletiva. Vale indagar, quais são os parâmetros para esta decisão? Sem que houvesse qualquer especificação, não poderiam ser outros senão os pressupostos processuais (presença dos positivos, ausência dos negativos) e as condições da ação coletiva.

E mesmo a figura do terceiro que analisará o processo: como se dá sua nomeação, remuneração, ou, ainda, a compatibilidade de prever-se um documento restrito às partes (sigiloso, portanto), produzido pelo processo, com o princípio da publicidade dos atos judiciais (art. 93, IX, CR). Como aceitar que as partes poderão compor-se judicialmente após análise de documento sem o qual o magistrado não teve conhecimento, para que, depois, ele ainda homologue o referido acordo?

Outras normas são bastante pertinentes, como a figura do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas e a criação do cadastro nacional de processos coletivos e do

cadastro nacional de inquiridos civis e compromissos de ajustamento de conduta. Mas, como se disse, tais medidas podem ser resultantes de alterações pontuais na atual legislação, não reclamando a alteração de todo um sistema que vem se consolidando com o passar dos anos.

3.7.2 O incidente de resolução de demandas repetitivas

O anteprojeto do novo CPC foi elaborado por Comissão de Juristas nomeados pelo então Presidente do Senado Federal, José Sarney. O texto foi encaminhado ao Senado, que, após o trâmite legislativo, encaminhou nova versão à Câmara dos Deputados, que, por sua vez, promoveu substanciais alterações. Atualmente, o projeto, devolvido ao Senado, pende de sua aprovação, que poderá aceitar o rejeitar a versão da Câmara.

Importante novidade trazida pelo projeto é o incidente de resolução de demandas repetitivas. “O instituto quer viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão jurídica no âmbito dos tribunais e permitir que a decisão a ser proferida *vincule* todos os demais casos que estejam sob a competência do tribunal julgador”¹⁴².

De acordo com a doutrina (e com a justificativa apresentada pela Comissão), o instituto tem suas fontes no direito alemão, no chamado procedimento-padrão. Na exposição de motivos, fala-se que a inspiração veio da Alemanha. Naquele país, entre os anos de 1999 e 2000, a *Deutsch Telekom* ofertou suas ações no mercado, o que gerou problemas consumeristas, ocasionando a propositura de mais de 13 mil demandas na seção comercial do Poder Judiciário local. Com base neste problema houve a edição de uma lei experimental na Alemanha (processo modelo para mercado de capitais), onde só as partes podem requerer o incidente, o juiz de primeiro grau faz a admissibilidade do pedido e envia a matéria ao tribunal. Fixando a matéria, o juiz faz um resumo e o coloca num cadastro eletrônico, necessitando de mais nove pedidos de julgamento coletivo, durante 4 meses. Os demais processos são suspensos, e as partes podem interferir no procedimento modelo.

Aponta-se também o novo CPC da Inglaterra, onde estão previstos os litígios de grupo e a denominada demanda-teste, bem como a experiência brasileira de julgamento dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-B e 543-C)¹⁴³, e, porque não dizer, do art. 285-A do CPC.

¹⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 467.

¹⁴³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 281.

A rigor, analisando-se tanto o texto do Senado (art. 930) quanto o da Câmara dos Deputados (art. 988), não há necessidade de multiplicidade de demandas anterior ao incidente, mas sim o mero risco de que ela ocorra. Bastaria que um dos legitimados identifique um processo com este potencial para poder formular pedido ao Presidente do Tribunal para a instauração do incidente.

Sua natureza jurídica é de mero incidente processual, e não de ação, que será distribuído a um relator e que não formará uma nova relação jurídica processual. A legitimidade varia pouco, conforme o projeto de lei.

No projeto do Senado (art. 930, §1º), o pedido será formulado por ofício (se realizado por juiz ou reator) ou por petição, se pelas partes, MP ou Defensoria Pública, tendo o texto da Câmara retirado a legitimidade do juiz de primeiro grau, conferindo ao colegiado, de segundo grau, portanto, e à pessoa jurídica de Direito Público ou Associação Civil cuja finalidade seja a defesa do direito ou interesse objeto do incidente (art. 988, §3º). A participação do MP, quando não for o suscitante, é obrigatória. Não há no projeto do Senado previsão para que os legitimados às ações coletivas o suscitem, e não parece ter sido este o objetivo; mas o projeto da Câmara acabou se aproximando mais da legitimidade das ações coletivas.

Deverá ser instruída com os documentos necessários à comprovação do alegado. Não há qualquer descrição de quais documentos seriam esses, mas parece que seriam as cópias do processo do qual se originou o incidente e que seriam aptos a demonstrar, potencialmente, as demandas repetitivas; no caso de demandas repetitivas já existentes, talvez seja razoável requerer-se certidões de distribuição e de objeto e pé. Parece evidente, no entanto, que apesar do silêncio legislativo deverá o pedido ser precedido da narrativa que justifique a aplicação do instituto. Assim, parece que todos os requisitos de uma petição inicial se justificariam neste pedido.

O objetivo do incidente é fazer com que uma demanda seja decidida como paradigma para as demais, estendendo seu resultado a elas, conforme se viu. Portanto, fica claro que poderá, se aprovado, concorrer com as ações coletivas de direitos individuais homogêneos, sem, no entanto, trazer um maior controle sobre os legitimados e sobre o procedimento.

Parece que a ação coletiva, nesse sentido, é mais eficaz e democrática, pois seu papel está claro desde a sua propositura, e parece que ao deixá-la ser conduzida pelos legitimados, pode-se propiciar um processo com mais resultados. Para os que sofrerão os efeitos da decisão há, sem dúvida, prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, mormente ao se considerar que ao contrário do que ocorre nas ações coletivas de direitos individuais homogêneos, não há nos

projetos do novo CPC possibilidade de os interessados manifestarem interesse em não serem atingidos pelo resultado.

Ademais, pelos textos dos projetos, não há coisa julgada, mas sim a previsão de um *efeito vinculante* limitado à competência do órgão prolator da decisão (parecendo a lei incorrer, aqui, no mesmo erro do art. 16 da LACP, que será visto adiante). Isso pode, de fato, causar conflitos de decisões entre tribunais.

E mais, considerando que todos os processos serão suspensos, também as ações coletivas serão suspensas (inclusive por previsão expressa no projeto da Câmara – art. 990, §1º, I), o que não parece, de modo algum, ser benéfico, afinal a lei dará preferência à solução de demanda com efeito vinculante, menos democrática, ao invés de fazê-lo às ações coletivas já disciplinadas no sistema atual, que, ao final, possuem a autoridade da coisa julgada *erga omnes* ou *inter partes*.

No caso da ordem urbanística, ele poderá ser aplicado em hipóteses pontuais, sendo possível pensar, como exemplo, no ajuizamento de ações de vizinhos de estabelecimento que não respeite as normas que limitam o horário de funcionamento, ou mesmo de limites sonoros. Ou, ainda, de vizinhos de empreendimentos que sejam potencialmente causadores de danos individuais nas estruturas de imóveis.

Também em casos de indivíduos que sofram danos em razão de omissão do Poder Público em adequar a infraestrutura do espaço público, causando acidentes e gerando a necessidade de indenizações.

4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública está prevista na Constituição da República, art. 129, III, enquadrada entre as funções do Ministério Público, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Como se viu, a lei é resultado de projeto apresentado pelo *parquet* paulista, e foi responsável por ampliar a abrangência da tutela coletiva no Brasil.

4.1 OBJETO

O objeto da ação civil pública está previsto no art. 1º da Lei nº 7.347/85, na qual se elencam os seguintes bens: “I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos”. No parágrafo único desse dispositivo, há restrição de constitucionalidade deveras duvidosa: “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”¹⁴⁴.

Percebe-se que o objeto da ação civil pública é o mais amplo possível, mormente porque além dos objetos expressamente enumerados pelo artigo citado, no inciso IV tem-se a referência “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, ou seja, basta que se apresentem as características apontadas pelo art. 81, parágrafo único, do CDC, para que se possa valer da ação civil pública para sua tutela.

Vê-se que a ordem urbanística está expressamente elencada no rol do art. 1º; mas, ainda que não o fosse, já era possível defender sua presença em razão de suas características. Ficou demonstrado no presente trabalho que a ordem urbanística, mediante política de planejamento urbano, “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (CR, art. 182).

¹⁴⁴ Para a ordem urbanística restam prejudicadas as discussões, em ação civil pública, dos instrumentos tributários que constituem a política de desenvolvimento urbano, como o IPTU progressivo no tempo (EC, art. 7º) e as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, que deverão incorporar as prioridades previstas no plano diretor (EC, art. 40).

Não há como negar, portanto, que o atingimento das metas estabelecidas pela ordem urbanística interessa aos habitantes da cidade, seja enquanto membros de uma coletividade que não pode ser definida ao certo, seja de uma coletividade cujos membros sejam identificáveis, ou mesmo individualmente. É de interesse de todos os sujeitos que sejam afetados pela cidade que seu desenvolvimento seja adequado, daí porque se enxerga nela uma titularidade transindividual.

Assim, afirma Ricardo de Barros Leonel¹⁴⁵:

O desenvolvimento adequado, planejado e sustentável da cidade; o respeito, pelos empreendedores do ramo imobiliário, às disposições relativas à construção, ao meio ambiente, ao plano diretor, às leis de zoneamento e uso do solo etc.; o uso adequado das vias e logradouros públicos; a adequada fiscalização do poder público com relação à segurança das edificações locais onde se realizem eventos públicos; entre inúmeras outras situações, são hipóteses em que o interesse metaindividual relacionado à ordem urbanística estará presente, tomando como ponto de apoio tanto diretrizes contidas no Estatuto da Cidade como na legislação local.

E o cabimento de ação civil pública (e porque não das demais ações coletivas) desperta algumas questões, tais como o próprio cabimento, a legitimidade, a causa de pedir, os pedidos, conforme Cassio Scarpinella Bueno¹⁴⁶:

Poderá, por exemplo, um Estado-membro ajuizar ação civil pública contra particulares que descumpram o plano diretor de um Município seu? O Estado pode propor a ação civil pública contra o Município para que ele, na sua esfera de competências, implemente as políticas urbanísticas da Lei nº 10.257/01? E o Ministério Público: poderá ele pretender tutelar, em juízo, a implementação destas *específicas políticas públicas* de cunho *urbanístico*? As associações só poderão tutelar a “ordem urbanística” nos termos do art. 1º, VI, da Lei nº 7.347/85, quando incluírem, entre suas finalidades institucionais, a defesa específica deste bem jurídico, não obstante o silêncio do inciso II do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública?

Podemos, ainda, vislumbrar outras indagações pertinentes, tais como possibilidade de uso deste instrumento para anulação de atos administrativos lesivos à ordem urbanística, para questões relativas às funções urbanísticas traçadas pela lei, possibilidade de compelir o Poder Público a utilizar os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade e em outros diplomas.

Como se viu, a legislação urbanística é composta por diversas normas que partem da Constituição, normas de âmbito federal, dentre as quais se destaca o EC como norma geral, normas estaduais e, principalmente, municipais, merecendo maior atenção o plano diretor

¹⁴⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 133.

¹⁴⁶ *Ação Civil Pública e o Estatuto da Cidade*, In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2.ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2006. p. 409.

(CR, art. 182, §§ 1º e 2º). É por isso que os tribunais vêm recebendo cada vez mais temas concernentes à ordem urbanística, dentre os quais destacam-se os que seguem.

4.1.1 O pedido na ação civil pública

De acordo com a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, o pedido e suas especificações são imprescindíveis à petição inicial, e, por esta razão receberam amplo tratamento neste diploma legislativo. A doutrina fala na existência de um pedido mediato e de um imediato. Aquele é definido como o “bem da vida” (bem material) perseguido pelo autor, ou seja, o seu desejo; este é definido como o a providência jurisdicional pleiteada (a declaração, a condenação etc.)¹⁴⁷.

Assim, com base neste modelo tradicional, o CPC determina ainda que o pedido seja, em regra, certo e determinado (art. 286) – não **ou**, apesar de assim constar expressamente na lei -, devendo sua interpretação ser restritiva (art. 293). Ou seja, exige a lei que ele seja identificado, de forma nítida, de plano, salvo os casos excepcionais previstos no próprio art. 286. E sua interpretação restritiva, conforme prevista no art. 293, se dá da forma apontada por Calmon de Passos¹⁴⁸:

Interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressivamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo.

Assim, vale ressaltar, é o pedido que delimita a atuação da atividade jurisdicional, cujo resultado final – a sentença – deverá ser congruente ao que fora pedido (CPC, arts. 128 e 460). Dessa forma, pelo CPC é defeso ao magistrado que profira sentença aquém (*infra*), além (*ultra*) ou fora (*extra*) do pedido (*petita*). Neste sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Nery¹⁴⁹:

É o autor quem, na petição inicial, fixa os limites da lide. É ele quem deduz pretensão em juízo. O réu, ao contestar, apenas se defende do pedido do autor, não deduzindo pretensão alguma. Quando reconvém, o réu se torna autor da reconvenção, fixando os limites da lide reconvençional na petição inicial desta ação.

¹⁴⁷ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. São Paulo: RT, 2005, vol. II, p. 214.

¹⁴⁸ CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. III, p. 277.

¹⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante em vigor*. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 387.

Não obstante, é importante salientar que o pedido somente pode ser modificado sem a anuência do réu antes de sua citação (CPC, art. 294), já que, neste caso, a relação jurídica processual ainda não se completou. Após a citação, a modificação do pedido somente poderá ser realizada com o consentimento do réu, e, ainda assim, até a decisão saneadora (CPC, art. 264, *caput* e parágrafo único), pois, após este momento, haverá preclusão absoluta para o autor¹⁵⁰. Humberto Theodoro Junior¹⁵¹ sistematiza a alteração do pedido:

- a) Antes da citação: por ato unilateral e livre do autor;
- b) Depois da citação: somente por acordo de ambas as partes;
- c) Depois da fase de saneamento: nenhuma alteração mais será possível.

Nessa esteira, o parágrafo único do art. 264 traz o que a doutrina denomina de “estabilização da demanda”, mas que, em razão de problemas que surgem no cotidiano forense, na correta análise de Cássio Scarpinella Bueno¹⁵², merece interpretação mais inteligente, mesmo nos casos de processos individuais:

Melhor do que o rigor da solução legislativa é permitir que o magistrado, consoante as necessidades de cada caso concreto e, sobretudo, diante da inexistência de qualquer prejuízo para as partes e para a “rápida solução do litígio” (art. 125, II), amplamente considerado no plano material, admita eventuais alterações objetivas e subjetivas. Mais ainda porque nada impede ao autor, sendo vedada a formulação de novo pedido ou causa de pedir no processo pendente, apresentá-los, desde logo, dando início a um novo processo que será distribuído ao mesmo juízo em face do disposto no art. 253, I [...], garantindo-se a uniformidade de soluções.

Lógico que a regra do CPC não pode ser relativizada a qualquer custo, pois este regramento acerca do pedido tem o condão de propiciar maior segurança jurídica e garantir que o processo chegue a um termo final, afinal, se assim não fosse, correr-se-ia o risco de que os pedidos fossem alterados a qualquer tempo, impedindo que o magistrado proferisse sentença. Com estas considerações, pode-se concluir, preliminarmente, que o CPC possui um tratamento rígido para a formulação do pedido, determinando que ele seja certo e determinado, com suas especificações, interpretado restritivamente e, ainda, com limites temporais bem claros para sua alteração.

No que se refere à ação civil pública, de início, somente eram admitidos os pedidos de responsabilização civil para a reparação dos danos aos bens protegidos pela lei, bem como

¹⁵⁰ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. São Paulo: RT, 2005, vol. II, p. 303.

¹⁵¹ THEODORO JUNIOR, Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 341, item 301.

¹⁵² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 2, tomo I, p. 99.

a ação de execução de sentença, ação de obrigação de fazer ou não fazer e ação cautelar¹⁵³. Mas, com o advento do CDC e sua interação com a LACP, passou-se a admitir, na ação civil pública, todas as espécies de pedido, mormente em razão do disposto no art. 83 do CDC: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”.

E as consequências disso são bastante importantes, na medida em que passou a se permitir que qualquer pedido necessário à efetivação e ao respeito à ordem urbanística são permitidos na ação civil pública. Podem ser formulados pedidos condenatórios, declaratórios, constitutivos, mandamentais e executórios *lato sensu*.

No entanto, não havendo, nestas leis, regras especiais acerca da formulação e mesmo da possibilidade de alteração do pedido, tem-se aplicado o quanto disposto no CPC. Mas tem-se verificado, nos casos concretos, que o desenvolvimento do processo coletivo por vezes demonstra que o pedido formulado pelo autor não foi abrangente o suficiente para a recuperação do bem lesado. E dada a indisponibilidade dos bens tutelados, surge a questão: pode o pedido ser alterado?

Neste panorama, a doutrina identificou a necessidade de modificação do sistema atual, a fim de que se possam flexibilizar os pedidos nas ações coletivas. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁵⁴ lembram que a regra atual de estabilização da demanda se coaduna com as legislações do século XIX, “com formalismo desnecessário”, e que, atualmente, legislações mais modernas vêm permitindo a alteração do pedido e da causa de pedir em certos casos. Assim ensina Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁵⁵:

Tudo sinaliza no sentido de que nas ações coletivas versando interesses indisponíveis ou de relevante caráter público (é o caso da ação popular), o rigor do *princípio da demanda* (=adstrição do julgado ao pedido) deve sofrer certas refrações e temperamentos, em conformidade com a natureza instrumental do processo.

Neste mesmo sentido, Marcelo Abelha Rodrigues¹⁵⁶, em obra específica sobre o processo civil ambiental, lembra que são o pedido e a causa de pedir que delimitam a lide (limite objetivo) e, conseqüentemente, a tutela jurídica, adotando o CPC – como se viu – o princípio da estabilização da demanda. Esta é uma forma, sem dúvidas, de prestigiar a segurança jurídica e o contraditório e a ampla defesa.

¹⁵³ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1432, item 9 do comentário ao art. 1º da LACP.

¹⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 292.

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 154.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 3.ed.. São Paulo: RT, 2011, *passim* p. 112-117.

No entanto, o autor lembra que o bem ambiental é altamente instável – o que pode ser aplicado em outros objetos das ações coletivas – e, manter aquele rigor do processo civil tradicional pode, na verdade, ser uma forma de engessar a proteção ambiental. Assim, a estabilidade da demanda, nas ações coletivas, precisaria ser revista. Ele sugere que se possa, até a sentença, alterar o pedido e a causa de pedir da demanda, desde que concedida a oportunidade de a parte contrária exercer o contraditório e a ampla defesa. Em relação à ordem urbanística, onde por vezes o tema se trança com outros, como o direito ambiental (v. capítulo 1.2), a preocupação é a mesma¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Considerando esta realidade, os projetos atualmente existentes para alteração da legislação processual coletiva se mostram tendentes a aceitar a modificação do pedido e da causa de pedir nas ações coletivas.

Vejam os:

Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos:

Art. 4º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América

Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

Par. 1º Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

Par. 2º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Anteprojeto de alteração do Código de Defesa do Consumidor

“Art. 90-E. A requerimento do autor, com fundamento em fatos e informações cujo conhecimento seja decorrente da instrução probatória ou em fatos novos ou desconhecidos, o juiz poderá admitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé, devendo ser preservado o contraditório, facultada prova complementar.

Parágrafo único. O prazo para aditamento à inicial, nesse caso, será de quinze dias, contados da ciência do autor em relação ao encerramento da instrução probatória.”

As alterações sugeridas merecem uma análise mais pormenorizada. Percebe-se, desde logo, que os dois primeiros projetos preveem a possibilidade de interpretação extensiva do pedido nas ações coletivas, o que parece, de fato, mais coerente com o microsistema. Assim, a tutela coletiva poderá ser prestada de forma mais eficaz. Infelizmente esta alteração não está presente no anteprojeto de alteração do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, em relação à alteração do pedido e da causa de pedir, nota-se que os projetos em análise diferem, essencialmente, em relação ao momento em que isto é permitido. No Código para a Ibero-América a regra tem a maior amplitude, parecendo até mesmo desmedida ao permitir que a alteração se dê em qualquer grau de jurisdição.

Isso porque é de vital importância que o processo tenha um termo final, que ele chegue ao fim. Ao se permitir a alteração do pedido e da causa de pedir em qualquer instância – inclusive nas superiores, portanto – correr-se-ia o risco de o processo nunca terminar, afinal, ter-se-ia que verificar, caso a caso, a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa e a impossibilidade de supressão de instância.

Ao que parece o projeto mais razoável é o de alteração do Código de Defesa do Consumidor, pois permite a alteração até a fase imediatamente posterior à instrução probatória, se decorrente do resultado desta ou de fatos desconhecidos pelo juiz (novos ou supervenientes, talvez), no prazo de quinze dias após o seu encerramento.

Como exemplo da complexidade de pedidos, Carlos Alberto de Salles¹⁵⁸ informa quais pedidos costumam ser formulados nos casos de ação civil pública que tratem de loteamentos clandestinos:

Em geral, essas ações contêm, cumulativamente, os seguintes pedidos condenatórios em face do loteador: a.) regularização formal do loteamento (administrativa e registraria junto aos órgãos municipais e ao cartório de registro de imóveis respectivo); b.) regularização material do loteamento, com a realização de obras mínimas de infra-estrutura exigidas por lei e posturas administrativas; c.) desfazimento, total ou parcial, das obras e edificações realizadas irregularmente na área, de acordo com o projeto a ser administrativamente (nos termos do pedido indicado no item “a”); indenização dos adquirentes de lotes aos quais não se possa garantir o título da área ocupada ou constante do compromisso de compra e venda. De forma sucessiva, formula-se ainda o pedido de condenação do loteador em disponibilizar áreas remanescentes, no loteamento, para áreas públicas legalmente exigidas (praças, áreas verdes, etc.); ou, na ausência de áreas remanescentes: a.) recomprar lotes com essa finalidade; b.) comprar áreas no entorno do loteamento; c.) fornecer numerário suficiente para que a municipalidade local faça a desapropriação das áreas necessárias; d.) recolher o valor correspondente em pecúnia ao órgão administrativo competente (art. 43, § único da Lei 6.766/79).

Mas e se nem todos os pedidos forem feitos? Por exemplo, e se o legitimado requeresse apenas a regularização do loteamento, e, no curso da demanda, até mesmo em razão da realização de perícia, demonstrar-se necessária a demolição de construções? Ou se constate a necessidade de ampliação ou mesmo modificação da área de demolição?

O meio ambiente urbano, em razão de suas características ligadas não só a aspectos naturais, mas também sociais, pode sofrer modificações constantes e criar hipóteses que justifiquem a revisão deste posicionamento clássico acerca da estabilização da demanda e modificação do pedido.

No entanto, sem previsão legal para o tema, fica difícil estabelecerem-se critérios para que isso seja feito na prática. Ao que parece, o mais razoável é que haja previsão legislativa no sentido de que se permita a modificação do pedido e da causa de pedir após a instrução probatória, com possibilidade de exercício do contraditório e ampla defesa pelo réu.

Mas uma questão mais se faz pertinente: a cumulação de pedidos na ação civil pública. Ela pode ser vista sob dois enfoques: o primeiro diz respeito à cumulação de pedidos tal qual previsto no CPC, de pedidos sucessivos, alternativos, subsidiários, respeitando-se, evidentemente, a compatibilidade exigida pelo art. 292, §1º, do CPC.

O segundo concerne à possibilidade de cumulação de pedidos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em uma mesma ação. Viu-se no item 2.5.5. que de um

¹⁵⁸ A tutela jurisdicional do espaço urbano: técnica e estratégia processual. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Temas de Direito Urbanístico 3*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001. p. 241.

mesmo fato podem decorrer direitos nas três categorias, e, por isso mesmo, há que se admitir sejam tutelados na mesma ação coletiva¹⁵⁹.

4.1.2 O controle dos instrumentos da ordem urbanística

É bastante relevante a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento do plano diretor do Município (e dos instrumentos de regulamentação da ordem urbanística), tanto porque, como ficou demonstrado, é ele que fornece as diretrizes do cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana; os objetivos urbanísticos de uma cidade são atingidos com o cumprimento do plano diretor. Como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, seu descumprimento, tanto pelos particulares como pelo próprio Poder Público, dá ensejo à propositura de ação coletiva.

Primeiramente, não há como afastar o cabimento de ação civil pública a fim de permitir o próprio controle de elaboração do plano diretor, que demanda ampla participação popular¹⁶⁰. Podem ser exigidos judicialmente, assim, que sejam realizados as audiências públicas e os debates com a população e associações, a conferir legalidade ao plano diretor, o que interessa, não se pode negar, a todos os habitantes da cidade, caracterizando-se este controle como direito difuso.

Pode também a ação coletiva ter por objeto a determinação de que o próprio Poder Público ou mesmo os particulares sejam compelidos a uma obrigação de fazer para cumprimento do plano diretor, ou mesmo a uma obrigação de não fazer para deixar de descumprí-lo. Analisando-se o seu conteúdo obrigatório, que deve permitir o

¹⁵⁹ Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6.ed. São Paulo: RT, 2014. p. 61.

¹⁶⁰ Nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DIRETOR. ESTATUTO DA CIDADE. PARTICIPAÇÃO POPULAR. MULTA DIÁRIA. SENTENÇA MANTIDA. Caso em que o procedimento de elaboração e aprovação da atualização do Plano Diretor careceu de necessária participação popular, conforme é exigido por lei. Não há falar em perda do objeto, tendo em vista que o Município não cumpriu plenamente com a obrigação de fazer, tendo em vista que a Lei Municipal nº 4.805/2011 não atendeu às exigências legais. Tendo em vista que o documento apresentado não atende a todos os requisitos impostos pelo Estatuto da Cidade - especialmente no que tange à participação da comunidade - impõe-se a readequação do plano diretor, com observância de todas as determinações contidas na Lei nº 10.527/01. Não há falar em afastamento da cominação imposta ao Poder Público para o caso de descumprimento de sua obrigação - multa diária -, pois plenamente justificável a sua aplicação na medida em que se impõe à Administração Pública a obrigação pecuniária como forma de forçar o cumprimento da decisão judicial. Prequestionada a matéria, porquanto não se negou vigência a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível nº 70057716334. Relator: João Barcelos de Souza Junior, julgado em 16 de abril de 2014) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. AC. 70057716334 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, julgado em 16 de abril de 2014. *Diário da Justiça*, 28 de abril de 2014)

desenvolvimento sustentável das cidades com respeito ao meio ambiente natural e artificial e o planejamento de seu crescimento espacial e econômico, chega-se à conclusão de que se trata, no fundo, de direitos coletivos *lato sensu*.

Da mesma forma, não há como negar que podem ser controlados também pela ação civil pública o uso dos instrumentos de política urbana previstos no plano diretor, analisados nos itens 1.3.2 a 1.3.8. Aqueles que demandam a elaboração de lei específica para sua implementação podem igualmente ter a legalidade questionada no Judiciário, que verificará se estão de acordo com o plano diretor.

Isso se dá e razão de aqueles instrumentos comporem, sem dúvida, a ordem urbanística – enquanto conjunto normativo das normas de direito urbanístico e que podem ser tutelados pela ação civil pública – e também em virtude de, por suas características, enquadrarem-se nos chamados direitos difusos e coletivos. É dizer: se eles são capazes, pelo menos em tese, de propiciar o desenvolvimento da cidade de modo a buscar a melhoria de vida de seus habitantes, interessa a todos que sejam previstos e implantados em conformidade com as normas gerais de direito urbanístico e com o plano diretor. Certamente o objeto é indivisível, e seus titulares não podem ser identificados.

O direito de preempção municipal, por exemplo, somente pode ser utilizado quando se pretender implementar uma das políticas elencadas no art. 23 do EC, e todas elas têm alcance coletivo: garantem, quando menos, a implementação de um espaço público para uso do povo, proteção ambiental ou de áreas de interesse público, cultural ou paisagístico; quando mais, serve para aplicação de projetos habitacionais e relacionados à regularização fundiária, visando à efetivação do direito à moradia.

É possível identificar, neste caso, os três tipos de direitos tutelados pela ação civil pública, a depender da finalidade que se confere ao instrumento: difuso, por exemplo, se destinado à implementação de espaço público ou proteção ambiental, bens transindividuais certamente pertencentes a titulares não identificáveis, que são indivisíveis (irá satisfazer ao interesse de todos ao mesmo tempo). No entanto, podem atender a interesses de pessoas vizinhas ao local, que podem ser identificadas (daí serão coletivos), ou, ainda, quando servirem para moradia, será possível identificar os titulares de tais direitos, a se caracterizarem como individuais homogêneos.

Exercido o direito de preempção pela municipalidade, tanto os atos administrativos necessários à sua realização quanto à destinação do próprio imóvel adquirido – e sua conformidade com a destinação que justificou a utilização do instrumento, que é vinculante – podem ser analisados por via de ação civil pública.

Também não é difícil imaginar o cabimento de ação civil pública concernente às chamadas operações urbanas consorciadas, cujo objetivo está intrinsecamente ligado à melhora do meio ambiente urbano, mediante atuação conjunta dos setores público e privado. Este instrumento pode despertar o manejo de ação civil pública para controle de sua própria implementação, vale dizer, se a operação idealizada está em conformidade com o plano diretor; e para controle da legalidade dos atos administrativos da municipalidade.

Outro ponto que recebe bastante destaque é o parcelamento irregular do solo. Em razão de o tema estar regulamentado há algum tempo, são fartos os exemplos de ação civil pública a tutelarem o parcelamento do solo urbano. Pode-se afirmar que o problema surge, principalmente, com os chamados parcelamentos ilegais, que podem ser subdivididos em loteamentos clandestinos, que são os implementados sem aprovação pelo Poder Público municipal; e os loteamentos irregulares, que são aqueles que a despeito de terem sido aprovados pela municipalidade, ou não foram inscritos, ou não foram executados em conformidade com o plano e a planta aprovados¹⁶¹.

Assim, o parcelamento irregular do solo torna-se prejudicial não somente às pessoas que o adquiriram (caso em que podem ser vislumbrados interesses individuais homogêneos), mas podem causar efeitos relativos ao próprio meio ambiente urbano e natural, já que envolve fatores concernentes ao arruamento, organização, saneamento básico, tráfego etc. Da mesma forma, admite-se o manejo da ação coletiva para os casos em que o loteamento tiver sido realizado em área rural, o que é expressamente vedado pela lei. Por isso, sua tutela judicial decorre também da presença das três espécies de direitos.

É dizer: tem-se aí um direito difuso ao adequado desenvolvimento da cidade, afinal, as ruas, as praças e a organização do local não atendem somente aos interesses dos ocupantes do loteamento, pois não são de seu uso exclusivo e tampouco geram consequências somente em suas esferas privadas. Há que levar em conta que o trânsito gerado e a poluição podem ultrapassar os limites do loteamento, motivo pelo qual há um interesse em se tutelar sua adequada implementação para que efeitos negativos não atinjam a um sem-número de pessoas.

Da mesma forma, interesses individuais dos adquirentes do loteamento também poderão ser tutelados, na medida em que se beneficiarão da decisão proferida em ação civil pública acerca da regularização do loteamento.

E não somente a atividade dos loteadores pode ser controlada, mas também a da própria municipalidade, em alguns aspectos. Primeiro no que se refere à atividade

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 338.

administrativa de autorizar o loteamento, vale dizer, a legalidade dos atos administrativos pelos quais se exterioriza a possibilidade de parcelamento do solo urbano pode ser controlada pela ação civil pública. Mas também, mesmo se regulares tais atos, pode ser objeto da ação o dever fiscalizatório do Município em relação ao seu cumprimento ou mesmo, em caso de irregularidades, pedido de regularização.

Bem, outro instrumento de destaque, que tem sido objeto de ação coletiva, é o Estudo de impacto de vizinhança. Trata-se de instrumento importante na persecução de assegurar um convívio harmônico da ordem urbanística com fatores econômicos e valores fundamentais dos habitantes da cidade¹⁶².

E a tutela coletiva se presta para os casos em que houver realização de empreendimentos sem prévio Estudo de Impacto de Vizinhança¹⁶³, inclusive nos casos em que a legislação municipal ainda não dispuser sobre a matéria, pois, em razão de estar presente no Estatuto da Cidade, pode ser cobrado para os casos em que incidir sua exigência¹⁶⁴. Sua caracterização como direito difuso salta aos olhos.

Na jurisprudência podem ser encontrados casos de reassentamento de famílias, onde se reconhece a existência de direitos difusos e individuais homogêneos, concomitantemente, inclusive em razão de relacionar-se com normas que dizem respeito não só à ordem urbanística, mas também a valores caros à existência humana com dignidade. Resta claro, nestas hipóteses, que o adequado planejamento e desenvolvimento da cidade diz respeito diretamente com princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, e que devem ser expressos pela legislação urbanística.

Por isso decidiu o C. STJ que

No Direito Urbanístico, sobretudo quanto à garantia do direito à moradia digna, afloraram, simultânea e inseparavelmente, direitos e interesses individuais homogêneos (= dos sem-teto ou moradores de favelas, cortiços e barracos) e outros

¹⁶² FIORILLO, Censo Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 185.

¹⁶³ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO - REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA CAUTELA LIMINAR. A construção de presídio ó empreendimento de obra pública que causa Impacto ambiental e de vizinhança, enquadrando-se nas exigências da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e no art. 225, inciso IV, da CF. É, pois, de cautela, a concessão da liminar para estas providências. Recurso provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de Direito Público. Relator: Des. Danilo Panizza, AI nº 9031324-50.2003.8.26.0000, julgado em 10 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>).

¹⁶⁴ Em liminar concedida em sede de cautelar preparatória de ação popular, restou consignado o seguinte: “Poder-se-á afirmar que o EIV dependeria de regulamentação de lei municipal, o que inoocorreu em face da omissão do executivo e do legislativo. Daí não poder ser exigido ou apresentado. Entretanto, como acima ficou afirmado, em se tratando de mora legislativa atinente a limitação da discricionariedade da administração, não pode a agravante — e o Município de forma geral — dela se aproveitar para dispensar a providência.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara de Direito Público. Relator: Des. Laerte Sampaio, AI nº 9040857-33.2003.8.26.0000, julgado em: 8 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>).

de índole difusa (= da coletividade, que também é negativamente afetada, nos planos ético e material da qualidade de vida, pela existência de guetos de agressão permanente à cidadania urbanística e ao meio ambiente). (...). Além da proteção dos interesses individuais homogêneos dos habitantes da ocupação irregular, a retirada dos barracos e casas edificados às margens de rodovia federal (ou em qualquer outro local considerado ambientalmente impróprio, insalubre ou inseguro), com o conseqüente assentamento das famílias em área que se preste à moradia, representa benefício de natureza difusa, em prol da sociedade como um todo, tendo em vista os riscos causados pela invasão à segurança e bem-estar das pessoas.¹⁶⁵

Em suma, pode-se afirmar que se o cumprimento das normas de direito urbanístico – expressas principalmente no plano diretor e na legislação que especificar os instrumentos de regulamentação da ordem urbanística – propiciam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantem o bem-estar de seus habitantes, passam a constituir-se, assim, como direitos coletivos *lato sensu*.

É de fácil visualização o objeto indivisível do tema tratado, afinal, são casos em que a satisfação de um implica a satisfação de todos. Pertence também a uma ampla coletividade, residente ou não no Município, satisfazendo o requisito da transindividualidade. E, vale dizer, casos há em que a coletividade pode ou não ser identificada, a depender do caso concreto.

Em outras hipóteses, serão tratados direitos individuais puros, mas que recebem tratamento coletivo, como nas ações civis públicas que tenham por objeto a regularização do loteamento, que, a despeito de constituir-se interesse da coletividade do Município, interessa também, individualmente, os adquirentes do loteamento.

Faz-se necessária a correta análise da pretensão em relação às normas de direito urbanístico em razão de, por vezes, um mesmo fato satisfazer direitos distintos. Neste mesmo exemplo, embora a regularização de loteamentos clandestinos possa configurar-se como direito individual homogêneo – como nos casos em que se pede a sua regularização formal – podem também implicar a satisfação de direitos difusos. Assim ocorre quando se pede a regularização material, suponha-se, em razão de desatenção às normas de saneamento básico impostas pelo município ou mesmo em relação às áreas verdes que deverão ser implementadas pelo loteador.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1013153/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 28 de outubro de 2008, *DJe*, 30 jun. 2010.

No mesmo sentido:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA Pretensão de aplicação de legislação urbanística e ambiental Municípios em condições sub-humanas de moradia Omissão do Poder Público no cumprimento da lei Necessidade de intervenção do Poder Judiciário para fazer valer as normas constitucionais e legais Sanção pecuniária arbitrada em valor razoável Sentença de procedência mantida Recurso não provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Extraordinária de Direito Público. Apelação nº 9214454-33.2009.8.26.0000. Relator: Desembargador Magalhães Coelho, julgado em 25 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>).

4.1.3 O controle de atos administrativos

Viu-se que a atividade urbanística desenvolve-se mediante atos e fatos da Administração. Assim sendo, há casos em que o Poder Judiciário se depara com a necessidade de verificar se os atos estão de acordo com a lei, o que pode ocorrer também nas ações coletivas.

Nos itens 1.3.1 a 1.3.8 ficou demonstrado que os instrumentos da ordem urbanística precisam de atos para que sejam concretizados, como, por exemplo: *(a)* necessidade de publicidade e garantia de acesso às informações e documentos concernentes à elaboração do plano diretor, decerto que quaisquer atos administrativos que restrinjam ou impeçam tais direitos são passíveis de controle; *(b)* o parcelamento do solo, a edificação e a utilização compulsórios são permitidos pela Municipalidade mediante a concessão de licenças; *(c)* o direito de preempção deve ser exercido por manifestação expressa da Administração – que se dará por ato administrativo – e que deverá ser motivado e estar em conformidade com o motivo pelo qual previu-se este instrumento na legislação (vale dizer, deve atender uma das finalidades previstas em lei); *(d)* a outorga onerosa do direito de construir é, em si mesma, ato administrativo (licença) pelo qual se permite a instituição do chamado solo criado, e que deve atender às exigências do plano diretor; *(e)* a alteração do uso do solo também é permitida pela licença, que deverá ater-se às condições previstas em lei; *(f)* as operações urbanas consorciadas, por sua vez, exigem diversos atos administrativos para se efetivarem – licenças e autorizações – e que, por disposição específica do EC deverão estar de acordo com o plano de operação, sob pena de nulidade (art. 33, §2º, o que seria até mesmo desnecessário, considerando que isso pode ser extraído do sistema); *(g)* a transferência do direito de construir também se dá pela licença de construção.

A previsão bastante abrangente presente em nossa Constituição, que garante a todos o acesso à justiça, coloca em xeque a visão tradicional de imunidade dos atos administrativos, conforme elucida Maria Paula Dallari Bucci:

[...] categorias como a dos *atos de governo* perdem o sentido original, de imunidade ao controle jurídico ou insindicabilidade judicial, para serem permeadas pelo direito, sob determinadas condições. Não apenas se supera a ideia de imunidade dos atos de governo a controle judicial, mas também se amplia significativamente o fenômeno da judicialização da política. Isso reflete na maior incidência de controles judiciais sobre a atividade política e também no deslocamento de decisões difíceis do Poder legislativo para o Judiciário.

Dois fenômenos, portanto, podem ser vislumbrados com isso: o primeiro diz respeito ao controle dos atos administrativos, propriamente dito. Durante a atividade jurisdicional, não é qualquer âmbito do ato que poderá ser revisto pelo magistrado. Vale dizer: a atividade jurisdicional encontra alguns limites. Sobre os atos administrativos, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁶:

Em suma: tanto nas hipóteses de vinculação quanto nas de discricção a lei propõe *igualmente* um comportamento que satisfaça de maneira “cabal” o interesse público estampado em sua finalidade. Em ambos os casos a adscrição ao dever de produzir o ato *precisamente adequado* à satisfação do escopo normativo é idêntica. A diferença entre os casos de vinculação e discricção reside em que na *vinculação* o comportamento que levará à plena satisfação da finalidade legal está predefinido, e na *discricção* sua definição é posterior, já que vai depender das situações, pois não foi estabelecido em abstrato.

Na análise dos atos administrativos o Poder Judiciário deve verificar se o ato judicial está correto, isto é, se estão presentes os fatos que os autorizam e corretamente motivado, sua legalidade e, pela Constituição, até mesmo sua moralidade, devendo abster-se, entretanto, de entrar no mérito do ato administrativo (juízo de conveniência e oportunidade da Administração)¹⁶⁷. Não se pode negar ser possível, por via judicial, o controle dos requisitos de validade do ato administrativo, que são:

[...] (a) a competência (irrenunciável, exceto nas hipóteses legais de avocação e delegação); (b) a finalidade pública (em harmonia com a totalidade dos princípios fundamentais [...]); (c) a forma prescrita em lei (sem sucumbir a formalismos teratológicos; (d) a motivação congruente e consistente (com indicação explícita de fatos e fundamentos jurídicos) e (e) objeto determinável, possível e revestido de juridicidade.¹⁶⁸

Tradicionalmente a doutrina defende que não se pode atacar, por ação coletiva, o mérito do ato administrativo, que ficaria ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador, pelo que se impediria que o magistrado tomasse lugar que não lhe pertence, conforme Hugo Nigro Mazzilli¹⁶⁹:

A pretexto de conceder a tutela a interesses transindividuais, não pode o Poder Judiciário administrar em lugar do administrador ou impor ao Poder Executivo diretrizes de oportunidade e conveniência que só a este incumba considerar. Isso

¹⁶⁶ Controle judicial dos atos administrativos, In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 164.

¹⁶⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 744. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz que o controle deve limitar-se ao exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato administrativo, In: *Curso de Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 967.

¹⁶⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 331.

¹⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147-148.

afasta, em princípio, a possibilidade de ajuizamento de ações civis públicas ou coletivas em matérias cujo juízo discricionário seja conferido pela lei estritamente ao administrador (o chamado *mérito* do ato discricionário). [...]

Tendo presentes essas advertências, o Poder Judiciário pode rever tanto o ato administrativo comissivo como o omissivo, nas seguintes hipóteses: *a)* o ato administrativo vinculado ou discricionário, sob os aspectos de competência e legalidade; *b)* o ato administrativo vinculado, na sua fundamentação; *c)* o ato administrativo vinculado ou discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou de razoabilidade; *d)* ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fica vinculada a seus motivos determinantes; *e)* o ato administrativo de reação impositiva.

Por isso que José Cretella Junior¹⁷⁰ vislumbrava o controle dos atos administrativos, no Judiciário, da seguinte forma:

O ato editado pela autoridade administrativa contrariou *texto expresso da lei*? Foi editado desatendendo a algum dos requisitos exigidos na estrutura do ato? Encerra algum *vício* que o desnature? Feriu *direito líquido* e certo do cidadão? No *exame da legalidade*, cumpre ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo em todos os seus aspectos, a partir do seu nascimento, passando depois por todos os elementos integrantes do ato, sem descuidar, entretanto, de aprofundar a investigação e perscrutar-lhe o interior, ou seja, a finalidade visada, para ver se houve *desvio de poder*. Eis o campo em que se permite o livre trânsito do Poder Judiciário, autorizado o reexame jurisdicional dos atos administrativos. Este é o campo permitido ao Poder Judiciário. Verificada a ilegalidade, o ato é desfeito. Cessa sua eficácia, no âmbito jurídico.

Disto decorre a advertência de Hely Lopes Meirelles¹⁷¹: “O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial”. Assim, ao se deparar com ato administrativo em dissonância com a legalidade ou amoralidade, é possível que o Judiciário declare a sua nulidade¹⁷².

Mas, retomando a ideia de que a Constituição conferiu amplo acesso à Justiça, mas, ao mesmo tempo, conferiu competências e atribuições a cada “Poder”, surge o problema prático de encontrar limites à atuação jurisdicional. Para além desse controle mais formal, o Judiciário poderá ter que enfrentar o segundo ponto que se identificou, e que concerne ao controle das políticas públicas que será mais bem analisado no item 3.1.2, afinal, a visão tradicional de que não se pode “invadir”, pura e simplesmente, o juízo de conveniência e

¹⁷⁰ CRETTELLA JUNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 197.

¹⁷¹ *Direito Administrativo Brasileiro*. 24.ed. Atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 635.

¹⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra de. justifica a possibilidade nos arts. 83 do CDC e 21 da LACP, In: *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 64.

oportunidade, afronta, na prática, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais e premia a inércia estatal, punindo, com isso, os que mais necessitam de sua atuação.

Por ora, entretanto, é importante salientar que os atos administrativos podem ser confrontados no Judiciário, pela ação civil pública, o que assume bastante relevância em relação à ordem urbanística, na medida em que, vale repetir, ela é concretizada em grande parte mediante a atuação do Poder Público por atos administrativos e exercício de poder de polícia.

4.1.4 O controle das políticas públicas relacionado à ordem urbanística

No Estado Democrático de Direito, atualmente, os papéis de cada ente têm sido revistos, de modo a compatibilizar-se com um Direito que busca cada vez mais transformar a realidade. Assim como o Legislativo passou a ter o dever de legislar, por exemplo, em matéria de direitos fundamentais, e o Judiciário não mais se limita a controlar o processo de elaboração das leis, passando também a analisar seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição, em razão da ampla garantia de acesso à justiça consagrada no art. 5º, XXXV¹⁷³.

Neste cenário, as políticas públicas vêm ganhando relevo no debate atual. Para sua exata compreensão, veja-se o seu conceito:

A expressão *políticas públicas* pode designar, de forma geral, a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹⁷⁴. Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas

¹⁷³ “À medida que se amplia o alcance da Constituição, também se juridificam, crescentemente, as esferas de atuação política não disciplinada direta ou indiretamente por ela. O paradigma jurídico do pós-guerra, centrado nas Constituições garantistas, com sua ‘força normativa’ assegurada pela multiplicação dos instrumentos de controle judicial, modifica o papel jurídico específico dos governos. Consagram-se os direitos e também as garantias, o que faz deles bens exigíveis. Isso tudo constitui limitação da política. E impõe custo político aos governos que cogitem diminuir a fruição de qualquer desses direitos.”, In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97.

¹⁷⁴ Definição de BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. 13. p. 135-136, 1996, *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). *Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.¹⁷⁵

Para Juarez Freitas¹⁷⁶:

[...] as políticas públicas são concebidas como programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), formulados e implementados pela Administração Pública, que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir os objetivos vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

E a ordem urbanística encontra-se inserida neste debate. Ficou demonstrado no item 1.2 que ela pode ser vista tanto como um conjunto normativo como um estado de realidade, e impõe obrigações ao Poder Público e aos particulares. Seu principal instrumento é o *planejamento*, que se dá mediante a elaboração de lei a ser implementada pelo Executivo. Decerto, planejamento e política não são termos coincidentes, pois este é mais abrangente que aquele:

Uma advertência que ora se mostra pertinente fazer é que, ao mesmo tempo em que o planejamento está presente na atmosfera das políticas públicas, com estas não é coincidente. Consoante esclarece Maria Paula Dallari Bucci, é frequente que as políticas públicas se exteriorizem através de planos consubstanciados em diplomas legais; estes preveem os objetivos da política, institucionalizam instrumentos e fixam as demais condições de implementação. Mas não é razoável confundir políticas públicas com planos, já que “a política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados”¹⁷⁷.

O planejamento urbanístico pode ser, portanto, considerado como parte das políticas públicas concernentes ao urbanismo, e a partir dele o Estado deverá tomar medidas concretas para torná-lo efetivo. “O plano deve deixar de ter função simbólica para assumir atribuições emancipatórias – uma emancipação pensada no sentido da efetivação do amplo direito à cidade; caso contrário, servirá apenas para ornar prateleiras de bibliotecas públicas ou universitárias ou encher gavetas da estrutura física da Administração burocrática”¹⁷⁸.

Para a consecução das políticas públicas, o Executivo e o Legislativo, no uso de suas atribuições, controlam e fixam metas e prioridades, em conformidade com os objetivos a

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). *Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

¹⁷⁶ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 458.

¹⁷⁷ LUFT, Rosângela Marina. *Políticas Públicas Urbanas*. Premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153.

¹⁷⁸ LUFT, Rosângela Marina. *Políticas Públicas Urbanas*. Premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153.

serem alcançados. Inegavelmente as ações estatais concernentes a estas políticas pressupõem *decisão política sobre os gastos públicos*, principalmente em razão de envolverem o orçamento público, que é limitado, considerando a quantidade de demandas que se lhes apresentam.

No caso da ordem urbanística, ainda, há que se ressaltar que a participação da população é essencial para a fixação de metas e consecução de instrumentos de políticas públicas, afinal, não raro se exigem a realização de consultas populares e audiências públicas para se conferir legitimidade ao processo de elaboração do planejamento urbanístico. Veja-se o caso, por exemplo, do plano diretor (EC, art. 40, §4º, I).

E pode-se ir além: o problema que despertam as moradias subnormais, conhecidas como favelas. Não raro, nestes locais, os problemas urbanísticos se fazem presentes desde os mais básicos até os mais complexos, passando por temas como saneamento básico, divisão do espaço ocupado, construções irregulares, falta de infraestrutura e de equipamentos urbanos etc. Levada a questão ao Judiciário, pedindo-se a concessão de todos os direitos a que fazem jus seus ocupantes, como decidirá o magistrado?

Quando o debate chega ao Poder Judiciário, necessariamente temas como quais direitos devem ser priorizados, a quantidade de recursos a ser investida (tangenciando o orçamento público), o controle do atingimento de metas e da própria eficiência da Administração deverão ser enfrentados pelo magistrado. Mas tudo isso sem se esquecer do processo que se exige para conferir legitimidade a estas políticas públicas. Estão envolvidos o planejamento, o orçamento e a execução das políticas públicas.

E não se pode negar, frente a este cenário, que a tutela jurisdicional coletiva é meio apto à cobrança de implementação das políticas públicas.

A própria existência da chamada “judicialização da política” é um fator que por si demonstra a processualidade das políticas públicas, na medida em que maior número de conflitos sociais passa a ser submetido ao Poder Judiciário, uma vez que o modelo jurídico da Constituição favorece a admissão do conflito, e não sua rejeição. O processo judicial vem-se modernizando e atualizando, ao apenas no Brasil, de modo a buscar corresponder ao anseio social. São exemplos disso os processos coletivos, a abertura ao tratamento dos interesses difusos e coletivos, a adoção das tecnologias de informação e comunicação, e uma série de inovações processuais e procedimentais que decorrem da litigiosidade de massa, isto é, o aumento da importância social dessas formas de solução de controvérsias, em busca de maior amplitude e eficácia.¹⁷⁹

¹⁷⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.

A tutela coletiva, pela possibilidade de seu alcance, pode justamente propiciar efetividade às políticas públicas. É por isso que, não raro, casos que discutem a urbanização de favelas, concessão de moradia digna e invasão de áreas impróprias para moradia por razões urbanísticas e ambientais chegam à Justiça, que se vê obrigada a dar-lhes uma solução.

Ao analisar o controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, Ana Paula de Barcelos examina algumas críticas concernentes ao tema, das quais destacam-se, para o presente trabalho, duas. Primeiro, a *crítica da teoria da constituição*¹⁸⁰. Diz a autora que os princípios e regras dos quais decorrem a necessidade de políticas públicas são abrangentes e indefinidos, de modo que a decisão de como devem ser implementadas é política, até mesmo em razão das competências que a Constituição atribui a cada ente.

Os direitos fundamentais garantem as condições básicas de existência, demonstrando-se importante a deliberação majoritária no assunto, mormente ao se considerar as exigências democráticas da Constituição de 1988, pela qual podem ser encontrados “meios-termos” no assunto (não apenas proibir ou permitir como únicas opções). Sobre este ponto, a autora conclui:

Com efeito, em muitas circunstâncias, o debate em torno do controle de políticas públicas está relacionado de forma direta com a garantia e promoção daqueles direitos elementares reconhecidos como necessários ao próprio funcionamento da deliberação democrática. Ou seja: a discussão brasileira se desenvolve, no mais das vezes, em um momento prévio, de construção das condições indispensáveis para a existência afinal de um debate público e democrático, de modo que a crítica referida faz aqui pouco sentido. Junte-se a isso, no caso brasileiro, que a Carta de 1988 decidiu judicializar variados temas nesse ambiente; a inconveniência que algum teórico visualize nessa opção não altera o fato de sua existência.¹⁸¹

Depois, tem-se a *crítica operacional*, da qual se extrai que o juiz não tem condições para avaliar a estrutura estatal como um todo, o que não é de sua competência. Como se viu, entram em questão o deslocamento dos recursos de políticas públicas e as consequências práticas que isso pode trazer, considerando-se a questão em termos globais. Ademais, em vez

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). *Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-111.

¹⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). *Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

de beneficiar os mais necessitados, que nem sempre tem acesso efetivo à justiça, beneficia os que detêm informação e capacidade de organização¹⁸².

De qualquer forma, dada a inviabilidade de o Judiciário silenciar-se sobre a questão posta em juízo, deve-se garantir aos jurisdicionados o mínimo exigível ao Estado, em virtude do que dispõem a Constituição e as leis de políticas públicas, bem como, no caso da existência de metas e prioridades preestabelecidos (como o planejamento urbanístico, no caso), o andamento e o resultado final esperado.

Nessa atividade, alguns temas deverão ser enfrentados, como o controle da quantidade de recursos a ser investida. Se esta quantidade já estiver fixada pela lei, certamente a atividade judicial estará facilitada, porquanto se limitará a determinar que se cumpra o que já está estabelecido. De outro lado, caso não esteja prevista a quantidade a ser destinada a política pública que esteja sendo discutida em juízo, a atividade judicial será dificultada, mormente porque não é papel dos juízes proceder ao cálculo necessário. Nestes casos, por vezes se invoca a chamada “reserva do possível”, sobre a qual Gomes Canotilho¹⁸³ tece as seguintes considerações:

[...] rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Analisando as políticas públicas e o dever de o Estado indenizar os administrados em casos de ação ou omissão que possam lesá-los, Juarez Freitas¹⁸⁴ não ignora que a inércia do governo pode ser lícita ou ilícita, oferecendo como critério seu cotejo com o princípio da proporcionalidade, pelo qual se pode verificar se o administrador conferiu a prioridade adequada ao direito previsto na lei. Diz o autor que “de fato, embora existam abstenções lícitas, outras são manifestamente antijurídicas e interditadas: as omissões desproporcionais. Tal distinção sutil precisa ser feita, com esmero, sobretudo no âmbito do controle preventivo dos atos, contratos e procedimentos administrativos.”.

¹⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). *Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

¹⁸³ GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 481.

¹⁸⁴ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 464 e ss.

Ada Pellegrini Grinover¹⁸⁵ identifica a posição dos Tribunais Superiores brasileiros, dizendo ser possível identificar três requisitos para que o Poder Judiciário intervenha no controle de políticas públicas: “(1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as pretensões positivas dele reclamadas.”.

Ademais disso, na análise do caso concreto o julgador não pode impor sua concepção pessoal na decisão; isso é, não pode incorrer no decisionismo, consistente em decidir com seus próprios valores, sem olhar para a Constituição (“decido conforme minha consciência”). Trata-se de construção doutrinária originária da Alemanha. O juiz não é uma pessoa física a decidir o caso, pois pertence ao órgão jurisdicional, e deve se inserir neste contexto¹⁸⁶.

Tampouco deve-se permitir o chamado ativismo judicial, pelo qual se vai além do texto constitucional. Por ele, o magistrado tem uma postura de suplantar regulamentação legal quando não autorizado para tanto, extrapolando, por exemplo, a causa de pedir e mesmo o pedido. É oriundo da prática judiciária estadunidense, e possui um problema prático: a discricionariedade. Ainda que se defenda que o direito possua uma justificação política, nele existe uma responsabilidade política dos juízes de decidirem de modo a reconhecer direitos, e não para criá-los¹⁸⁷.

Há, na doutrina, conceito distinto de ativismo judicial, tal qual o apresentado por LUIS ROBERTO BARROSO¹⁸⁸:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Entretanto, esta descrição não se adequa ao termo a que visa definir, seja porque está desvinculada de seu contexto histórico, seja porque, no fundo, descreve apenas o que já é de

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, In: *O Processo. Estudos e Pareceres*. 2.ed. São Paulo: DPJ, 2009. p. 42.

¹⁸⁶ NERY JUNIOR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 402. NERY JUNIOR, Nelson. Prefácio ao livro de ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2011. p. 14

¹⁸⁷ V. STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22-23.

¹⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*, disponível em http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 6 jun. 2014.

dever dos magistrados: aplicar a Constituição e as leis. E, para tanto, o juiz pode se valer de diversos instrumentos que visem à efetivação dos direitos, conforme descrito no item 3.6.

4.1.5 A improbidade administrativa na ordem urbanística

Tendo em vista que o EC prevê, em seu art. 52, conduta que se caracteriza como improbidade administrativa, fazem-se pertinentes algumas observações.

De plano, é importante salientar que a despeito de a improbidade administrativa estar regradada em estatuto próprio (Lei nº 8.429/92) – fora da LACP, portanto –, inclusive com aspectos processuais próprios, a ação civil pública pode ter por fundamento qualquer direito difuso ou coletivo, o que por si só inclui a defesa do patrimônio público. Assim, os pedidos de condenação previstos na LIA são plenamente possíveis na ação civil pública¹⁸⁹, aplicando-se as disposições da LACP naquilo em que não contrariarem a LIA¹⁹⁰. Nesse sentido, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto¹⁹¹:

Em primeiro lugar, nossa posição é a de que a Ação de Improbidade Administrativa nada mais é que uma espécie de Ação Civil Pública, com a aplicação não só das regras da Lei 7.347/1985, como de todo o Sistema Único Coletivo, sendo o Código de Processo Civil a última fonte, somente invocável quando não encontrada resposta nos demais textos legais que disciplinam o processo coletivo, como a Ação Popular (Lei 4.717/1965, p. ex.).

Não se pode ignorar que a Constituição Federal adotou o termo *ação civil pública* para a ação coletiva utilizada na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, sendo que o patrimônio público e social, lesado ou ameaçado de lesão, é um dos exemplos (art. 129, III, CF/1988).

¹⁸⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2778. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 827.

¹⁹⁰ Em sentido contrário: “Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo. A importância do assunto fez o legislador editar normas específicas, e é dentro deste regramento especial que o tema deve ser tratado, de forma a serem devidamente garantidos e preservados os interesses maiores de uma sociedade justa, democrática e moralmente sadia.” In: WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A Ação de Improbidade Administrativa*. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf. Acesso em: 16/ set. 2012.

¹⁹¹ In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel *et al.* *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 259-260.

Consuelo Yatsuda Morozimato Yoshida¹⁹² esclarece que a compatibilidade entre a LACP e a LIA se dá em razão de que a primeira lei tutela direitos difusos e coletivos, nos quais se enquadram também os bens tutelados pela LIA, que são o erário público e a moralidade administrativa (respectivamente patrimônio público e social).

As peculiaridades de maior destaque da ação civil pública que digam respeito à improbidade administrativa são, essencialmente, a legitimidade e o pedido. De acordo com o art. 17 da LIA, a ação poderá ser proposta pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica interessada, tratando-se de legitimidade concorrente; nos termos de seu § 3º, deve-se aplicar, no que couber, o disposto no art. 6º, §3º, da LAP, que dispõe que “A pessoas (*sic*) jurídica direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

Assim, a lei prevê que possa haver a hipótese de litisconsórcio ativo facultativo no caso¹⁹³ (v. item 3.2.10). Ademais disso, dispõe a LIA que poderá ser autora da ação de improbidade administrativa a pessoa jurídica interessada, que é aquela que, em tese, poderia ser alvo de ato de improbidade: todos os entes diretos e indiretos da Administração e, inclusive, pessoas jurídicas que recebam algum tipo de benefício do erário¹⁹⁴. Quando não figurar como autor, o *parquet* atuará como *custos legis* (LIA, art. 17, §4º), com todos os poderes descritos no CPC, arts. 83 e 84¹⁹⁵.

Quanto à legitimidade passiva, o EC determina que “sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992”. Ou seja, resta claro que não somente o Prefeito pode incorrer em ato de improbidade administrativa, mas sim outros agentes públicos que estejam envolvidos no ato. A respeito do tema, José dos Santos Carvalho Filho¹⁹⁶:

Na análise do dispositivo, parece não haver dúvida de que o sujeito ativo principal dos atos de improbidade é realmente o prefeito do Município. Entretanto, a oração inicial do artigo não exclui a configuração de atos de improbidade praticados por

¹⁹² YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Morozimato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 180.

¹⁹³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2776

¹⁹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 2, tomo III, p. 168.

¹⁹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 2, tomo III, p. 173.

¹⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 442.

outros agentes públicos, nem a qualificação de outros tipos de conduta, inclusive de natureza penal. A diferença está em que as condutas tipificadas no art. 52 são específicas para o prefeito, ao passo que outros agentes, sobretudo da Prefeitura, podem incorrer em improbidade pela prática de ações ou omissões tipificadas na Lei nº 8.429/92.

Não se aplicam as regras do foro por prerrogativa de função na ação de improbidade administrativa, pois dizem respeito somente à persecução pena, de acordo com o entendimento que pode ser extraído da Constituição. Aliás, por falta de previsão legal, não parece adequada qualquer manifestação no sentido de permitir-se a prerrogativa de foro, como, por vezes, faz a jurisprudência em determinadas situações. Deve-se seguir, portanto, a regra geral das ações coletivas (v. item 3.3.3.), sendo competente para processamento e julgamento o foro do local do dano¹⁹⁷.

Sistematizando as duas leis – EC e LIA – José dos Santos Carvalho Filho¹⁹⁸ enxerga quatro categorias de condutas que justificam a propositura de ação de improbidade administrativa:

De acordo com a configuração da lei, pode-se afirmar serem quatro os bens tutelados em suas disposições, circunstância que admite a classificação das condutas em quatro categorias: 1º) o enriquecimento ilícito; 2º) o prejuízo ao erário; 3º) a violação a princípios administrativos; 4º) a violação à ordem urbanística. As três primeiras estão catalogadas na própria lei (arts. 9º a 11), ao passo que a última foi instituída pelo Estatuto da Cidade no art. 52 [...].

Os pedidos na ação de improbidade são aqueles previstos no art. 12 da LIA, e se relacionam às condutas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11; mas, para o que diz respeito à ordem urbanística, deve ser verificada alguma conduta disposta no art. 52 do EC, que arrola as seguintes:

¹⁹⁷ Nesse sentido:

“ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LOCAL DO DANO. OMISSÃO/CONTRADIÇÃO NO JULGADO. EXISTÊNCIA. 1. A competência nas ações coletivas utiliza como critério definidor o local do dano, de forma a proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, uma vez que é mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram. Precedente: CC 97.351/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 10.6.2009. 2. De fato, os documentos juntados ao presente conflito demonstram que o Processo Administrativo Disciplinar foi instaurado em Brasília-DF, pela Chefia da Divisão de Ética e Disciplina (DIEDI) da Corregedoria-Geral da Receita Federal (COGER) - (fl.132, e-STJ), e não como afirmado pelo acórdão embargado: "7ª Região Fiscal da Receita Federal do Brasil". 3. No Estado do Rio de Janeiro, somente ocorreram os trabalhos da Comissão processante em cumprimento a determinação superior para apuração dos fatos. As ordens foram emanadas da autoridade instauradora do PAD, em Brasília. Além disso, a ação de improbidade administrativa discute o dano causado pelo recebimento de diárias e passagens pelos integrantes da Comissão que compunham o Processo Administrativo Disciplinar. Assim, imperioso reconhecer a competência do Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal para o julgamento da demanda. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no CC 116.815/DF. Relator: Ministro Humberto Martins, 1ª Seção, julgado em 27 de junho de 2012, DJe, 02 ago. 2012)

¹⁹⁸ CARVALHO FILHO. José dos Santos Carvalho. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 439.

(a) “deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei”, ou seja, caso a municipalidade leve a efeito a desapropriação de imóvel, que, nos termos do EC, poderá ser feita após a cobrança de IPTU progressivo pelo período de cinco anos, “sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização”; o §4º a que alude o art. 12, II, determina que a municipalidade deverá promover o adequado aproveitamento no prazo de cinco anos.

(b) “utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei”. Como se viu, o direito de preempção deve ser exercido quando se justificar em uma das finalidades dos art. 26 do EC (item 1.3.3.), e que devem estar previamente estabelecidas na lei municipal que prevê-lo.

(c) “aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei”. O art. 31 determina que tais recursos sejam utilizados para uma das finalidades do art. 26 do EC, que estipula as seguintes finalidades: “I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico”.

(d) “aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei”. O §1º determina que os recursos obtidos deverão ser aplicados na própria operação urbana consorciada.

(e) “impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei”.

(f) “deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei”. A lei confirma a importância da participação popular na elaboração do plano diretor, já que considera improbidade administrativa não promover audiências públicas, publicidade dos documentos e informações produzidos e a garantia ao seu acesso.

(g) “adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de

mercado”. Trata-se de caso que visa à preservação do erário, para impedir que se adquira, por má-fé ou mesmo omissão, imóvel com valor que seja *comprovadamente* superior ao do mercado (a exigir, portanto, que haja demonstração neste sentido).

As sanções previstas pela LIA podem ser sistematizadas da seguinte forma:

(a) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (quando for o caso); (b) ressarcimento integral do dano (quando há prejuízo ao erário); (c) perda da função pública; (d) suspensão dos direitos políticos (prazos variáveis conforme a categoria em que se situar a conduta); (e) pagamento de multa civil calculada sobre o valor do acréscimo patrimonial (valor também variável); (f) proibição de contratar com o Poder Público; (g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.¹⁹⁹

Bem, considerando que a interação entre a LACP e a LIA, é possível cumular pedidos na ação civil pública que tenha por fundamento o ato de improbidade administrativa, conforme esclarece a doutrina:

Com a aplicação subsidiária da legislação mencionada é possível, numa mesma ação, postular-se, com base na Lei nº 8.429/1992, a aplicação das cominações previstas no art. 12, de caráter nitidamente repressivo dos atos de improbidade praticados, mas também postular-se, com base na Lei nº 7.347/1985, por exemplo, a reparação por danos morais a ser destinada ao Fundo previsto no art. 13 desta Lei, e a condenação e a execução específica de obrigações de fazer e não fazer, visando corrigir e obstar a continuidade da prática dos atos de improbidade. A conveniência da cumulação dos pedidos numa mesma ação há de ser aferida em casa caso concreto.²⁰⁰

A observação é bastante pertinente, porquanto se possa, à ordem urbanística, aplicá-la plenamente, não sendo difícil imaginar que além de pedir a correção ou implementação dos instrumentos da ordem urbanística (conforme item 3.1.2.), cumule-se também pedido de sanção por improbidade administrativa. Dessa forma, possibilita-se a tutela mais ampla possível da ordem urbanística.

¹⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 442.

²⁰⁰ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 182.

4.2 LEGITIMIDADE

4.2.1 A legitimidade no processo civil

Antes que o juiz verifique a procedência ou improcedência do pedido, vale dizer, o mérito propriamente dito (pretensão), deve verificar algumas questões preliminares, que, numa primeira ordem, dizem respeito à regularidade do processo (verificando-se, assim, os pressupostos processuais), e, em segunda ordem, a regularidade do exercício do direito de ação, para o qual o CPC prevê algumas condições.

As chamadas condições da ação estão previstas no art. 267, VI, do CPC, e são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a causa (ou de parte), que aqui se está a tratar.

Não cabe, no presente estudo, detalhar todas as teorias existentes acerca da legitimidade para a causa. A que aqui se adota, e que parece prevalecer na doutrina atual, é a de que a legitimidade deve ser aferida com base na afirmação que se faz em juízo de uma determinada relação. Assim, com base na narrativa que o autor deduz em juízo extrai-se a legitimidade para a causa, tanto ativa quanto passiva. Veja-se o que afirma Cassio Scarpinella Bueno²⁰¹:

Não que aquele que provoque a jurisdição, exercitando “ação”, seja o sujeito que, no plano material, sofreu ou está na iminência de sofrer a lesão do direito descrito na “petição inicial” e que o réu seja mesmo o causador da lesão ou ameaça mas, [...], o Estado-juiz, tão logo receba a tal petição, verificará se, pela narração dos fatos e pela documentação eventualmente já produzida, há alguma plausibilidade na afirmação do autor. Na medida em que a descrição da lesão e as ameaça sejam plausíveis tanto no que diz respeito à posição ativa (autor) como na passiva (réu) – o que exigirá do magistrado o exercício de “cognição sumária” [...] -, a petição inicial, desta perspectiva de análise, terá aptidão suficiente para ser recebida.

Vale dizer que este instituto não deve ser confundido com outros que se assemelham ou que sejam afetos ao tema, como, por exemplo, a legitimidade processual e a capacidade processual, como por vezes ocorre. É pertinente, portanto, com base na doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰², elaborar o seguinte quadro sinótico e comparativo, a fim de que sejam entendidas as diferenças entre os diversos institutos correlatos. Veja-se:

²⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 1, p. 339.

²⁰² WAMBIER, Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, passim p. 40-59.

<p style="text-align: center;">Capacidade processual</p> <p style="text-align: center;">(de agir / para estar em juízo)</p> <ul style="list-style-type: none"> - pressuposto processual de validade - aptidão conferida pela lei processual - caráter genérico - absorveu critérios da lei civil (CPC 7º) e criou outras situações (CPC 12 V e §2º) para agir em juízo - conferir direito de ação ao possível titular ativo / passivo da relação jurídica material 	<p style="text-align: center;">Capacidade de ser parte</p> <ul style="list-style-type: none"> - mais ampla: todos aqueles que podem figurar no polo ativo ou passivo do processo como partes; - Inclui o menor, o pródigo etc.
<p style="text-align: center;">Legitimidade processual</p> <ul style="list-style-type: none"> - pressuposto processual de validade - situação jurídica específica, que liga o sujeito que tem capacidade processual, a um dado objeto ou sujeito determinado; - exercer concretamente sua capacidade processual em relação à determinada situação; 	<p style="text-align: center;">Legitimidade para a causa</p> <ul style="list-style-type: none"> - condição da ação - trata-se de uma qualidade que resulta da relação entre o sujeito e um objeto; - aferida pela relação entre o sujeito e a relação jurídica; - supõe a capacidade
<p style="text-align: center;">Capacidade postulatória</p> <ul style="list-style-type: none"> - pressuposto processual de existência - para a autora, o correto é legitimidade postulatória; - CPC 37: atos praticados por advogado sem procuração são inexistentes; - EOAB 4º: se o advogado for impedido, suspenso, licenciado ou exercer atividade incompatível, os atos são nulos. 	

Corretamente delimitado o âmbito da legitimidade para a causa, é de vital importância salientar que ela pode ser classificada, no processo civil individual, em ordinária e extraordinária. Em regra, é “ordinária”, quer dizer, aquele que afirma em juízo ter seu direito sido lesionado ou ameaçado, é o titular, no plano material, deste direito. No entanto, o próprio CPC prevê exceções a esta regra. Veja-se: “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Trata-se dos casos de legitimação extraordinária. “Quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo, diz-se que há legitimação extraordinária”²⁰³. Assim, ela é a defesa, em nome próprio, de direito alheio. A legitimidade extraordinária é gênero do qual é espécie a substituição processual (como, também, a representação)²⁰⁴. Nelson Nery Junior e Rosa Nery²⁰⁵ assim definem a substituição processual:

Espécie do gênero legitimação extraordinária [...], substituição processual é o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa de pretensão alheia [...]. Como se trata de hipótese excepcional de legitimação para causa, somente quando expressa na lei ou decorrer do sistema é que se admite a substituição processual.

Desta forma, definimos os esquemas tradicionais de legitimidade para a causa no processo civil tradicional, verificar-se-á como se ela se dá nas demandas coletivas.

4.2.2 A legitimidade ativa nas ações coletivas e sua natureza jurídica

Os dispositivos legais que preveem a legitimidade para as ações coletivas são os arts. 5º da LACP e 82 do CDC. São legitimados: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação. É corrente na doutrina a afirmação de que a legitimidade nas ações coletivas é concorrente e disjuntiva, e isso significa que “qualquer um deles [legitimados] pode agir de modo autônomo, independente da concordância ou atividade do outro”²⁰⁶.

Acerca da legitimidade do indivíduo para a defesa dos direitos coletivos em juízo, poder-se-ia defender que, tendo em vista a natureza das obrigações indivisíveis e o postulado do acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, seria ela inafastável. Frente à ampla garantia de acesso à justiça, não haveria como impor óbices aos indivíduos para que ingressem com ação coletiva, mormente nos casos em que não houver mais nenhum

²⁰³ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 190, item 2 do comentário ao art. 6º do CPC.

²⁰⁴ Há, no entanto, entendimento doutrinário de que a legitimidade extraordinária e a substituição processual são figuras que se confundem. Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 118.

²⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 190, item 3 do comentário ao art. 6º do CPC.

²⁰⁶ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela Coletiva e sua Efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 54.

legitimado apto a fazê-lo (não poderia o indivíduo deixar de receber a tutela jurisdicional por inércia de terceiros)²⁰⁷.

No entanto, foi opção do legislador brasileiro a exclusão dos indivíduos do rol de legitimados, considerando questões relativas “ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura prosseguimento da demanda à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva [...]”²⁰⁸. Assim, em regra, parece não ser possível, no sistema brasileiro, que o indivíduo ingresse com ação coletiva. No entanto, desde já é importante ressaltar que pode o indivíduo valer-se da ação popular constitucional, conforme se demonstrará no capítulo 4.

Pode-se analisar a natureza da legitimidade para a propositura de ação coletiva considerando dois aspectos: primeiro, a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos (denominados essencialmente coletivos); segundo, para a defesa de direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos; individuais em sua essência, mas que recebem tratamento coletivo).

No que se refere à defesa dos direitos individuais homogêneos quase não há divergência doutrinária²⁰⁹, pois se trata de caso de legitimação extraordinária, substituição processual, tal qual a prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, pois, aí, defende-se interesse alheio em nome próprio²¹⁰. Assim, “quando a ação coletiva for para a tutela de

²⁰⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2.ed. São Paulo: RT, 2010, *passim* p. 267.

²⁰⁸ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 84, vol. II, item 2.

²⁰⁹ Rodrigo Mendes De Araujo noticia, entretanto, que há doutrinadores que pensam de forma distinta, corrente a qual ele mesmo acaba por se filiar ao optar pela legitimidade autônoma para a condução do processo também nos casos de interesses individuais homogêneos:

“Uma ressalva preliminar, de cunho metodológico, deve ser feita à adoção da tese de substituição processual. Trata-se, com efeito, de tentar aplicar as classificações tradicionais do processo civil tradicional ao fenômeno dos processos coletivos. Afinal de contas, conforme bem destaca ELTON VENTURI, a contraposição entre legitimidade ordinária e extraordinária, no que tange à natureza jurídica da legitimação ativa para a propositura das ações coletivas, não pode ser considerada correta nem incorreta, mas sim ‘desfocada’ ou ‘descontextualizada’.

Ressalva semelhante é feita por LUIZ MANOEL GOMES JR., no sentido de que as ações coletivas seriam institutos novos, diferentes e merecedores de uma abordagem diferenciada das ações individuais. Assim, segundo este autor, nas ações coletivas estaria presente uma ‘legitimidade processual coletiva’, que seria exatamente ‘a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos)” In: *A Representação Adequada nas Ações Coletivas*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 167-169.

²¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II., p. 138, item 2.

direitos individuais homogêneos (v. CDC 81 par. ún. III), haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária.”²¹¹

Já no que tange os direitos difusos e coletivos, a natureza da legitimidade comporta certa discussão. Hugo Nigro Mazzili²¹², por exemplo, entende tratar-se, mesmo nestes casos, de legitimação extraordinária (= substituição processual), pois o legitimado estaria, em nome próprio, defendendo o interesse alheio, que teria sido violado. Há quem defenda tratar-se de legitimação extraordinária, dizendo que no caso se estaria defendendo direito alheio em nome próprio sem necessidade de autorização dos substituídos (que, aliás, não podem ingressar em juízo no lugar do legitimado)²¹³.

No entanto, o conceito de substituição processual não é aplicável nestas hipóteses, na medida em que este conceito está ligado diretamente ao direito subjetivo, que é o objeto da substituição, e à pessoa que se substitui²¹⁴.

Para outra corrente da doutrina, da qual podemos destacar Ada Pellegrini Grinover²¹⁵, o caso é de legitimidade ordinária: “O que agora se consubstancia é algo mais próximo à legitimação ordinária, pela qual os legitimados agem na persecução de seus próprios objetivos institucionais, sendo – na expressão norte-americana – uma *real party in interest*.”

Mas na legitimação ordinária, como se viu acima, o legitimado defende em juízo um interesse que afirma ser seu; no caso dos direitos difusos e coletivos, de outro lado, a titularidade destes direitos não é conhecida – e, no caso dos direitos difusos, não poderá sê-lo – a demonstrar a impossibilidade de simples transposição deste conceito do processo civil tradicional ao processo civil coletivo.

Uma terceira corrente, capitaneada por Nelson Nery Junior²¹⁶, por sua vez, defende a aplicação de doutrina alemã, afirmando se tratar de legitimidade autônoma para a condução do processo:

²¹¹ NERY JUNIOR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1443, item 3, comentário ao art. 5º da LACP.

²¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

²¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 196.

²¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 190, comentário 5 ao art. 6º da CPC.

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 164, item 2.

²¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 196. No mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 636.

Na verdade, o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa, com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozessführungsbefugnis)*, instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha que recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação.

Por este enfoque, o legitimado pode, desde logo, ingressar com a demanda coletiva, sem que sua atuação seja subsidiária à de qualquer outro. Ou seja, são inaplicáveis os institutos do direito processual civil individual. Isso porque, diz a doutrina, a afirmação da titularidade do direito material não é cabível nos casos de direitos difusos e coletivos como situação legitimante, como o é no processo intersubjetivo. É o que explica Luciano Velasque Rocha²¹⁷:

O passo seguinte é perceber que a dicotomia “ordinária/extraordinária” implica necessariamente lidar com a ideia de titularidade de direitos, razão para que seja descartada desde logo, eis que *titularidade de direitos* é exatamente o que nunca está em discussão no âmbito da legitimidade para agir nas ações coletivas.

Por outras palavras, a pergunta sobre o caráter ordinário ou extraordinária da legitimidade para agir no âmbito da tutela de direitos metaindividuais será para sempre uma pergunta sem resposta, já que esta pergunta parte da premissa equivocada, qual seja, a da titularidade de direitos.

Esta classificação recebe críticas por afastar o direito processual do direito material – indo, portanto, na contramão da moderna processualística –, pois se baseia no afastamento da titularidade do direito material em relação ao autor coletivo²¹⁸. Ainda assim não tem o condão de afastar a aplicação desta classificação, que se demonstra a mais adequada para explicar a legitimidade em relação à defesa dos direitos difusos e coletivos.

Seja como for, os legitimados devem atuar no processo coletivo de acordo com suas finalidades institucionais, respeitando o âmbito de ação de cada um. Intentada a demanda, o autor coletivo tem amplo poder de condução do processo, podendo, para tanto, produzir ou não provas, desistir de provas pedidas, renunciar ao poder de recorrer e até mesmo desistir da ação (LACP, art. 5º, §3º).

Para a tutela da ordem urbanística, os legitimados, atendidos os requisitos que serão apontados, podem propor ação coletiva normalmente. Todos eles podem atuar, tutelando direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

²¹⁷ ROCHA, Velasque. *Ações Coletivas. O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 132.

²¹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p.192. ROCHA, Luciano Valasque. *Ações Coletivas. O problema da legitimidade para agir*. Forense. Rio de Janeiro: 2007. p. 138.

4.2.3 O controle da representatividade adequada

A discussão sobre a necessidade de aferimento da representatividade adequada tem origem no direito norte-americano, com fundamento em alguns pontos relevantes e distintos do ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro deles diz respeito à impossibilidade de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*, existente no direito brasileiro. O segundo é a possibilidade de autoexclusão dos membros que não participem da ação coletiva (*opt out*) para que não se sujeitem aos efeitos da decisão coletiva.

Esclarece Rodrigo Mendes de Araujo²¹⁹:

Vale observar que a coisa julgada resultante das *class actions* norte-americanas, em conformidade com o disposto na *Rule 23(c)(3)*, atinge os membros de classe independentemente do resultado da ação. Vale dizer, se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente, os membros da classe restarão atingidos em suas esferas particulares por tal sentença. Por conta disto, a aferição acerca da representatividade adequada é de suma importância, de modo que, caso seja reconhecida a sua ausência, a decisão proferida no processo coletivo simplesmente não atingirá a esfera particular dos membros ausentes integrantes da classe. [...] É de se ter em conta que o preenchimento do pré-requisito da representação adequada fica condicionado, basicamente, à observância de dois elementos: (i) a inexistência de conflitos ou antagonismo entre os interesses do representante e da classe, bem como entre os interesses do advogado e da classe; e (ii) a vigorosa tutela dos interesses ausentes pelo representante e pelo advogado da classe.

Ademais disso, há o desafio de compatibilização das ações coletivas aos princípios e institutos oriundos do processo individual, tal como o devido processo legal. Cassio Scarpinella Bueno prega pela necessidade de releitura e adaptação destes princípios, convicto na instrumentalidade do processo. Assim, tece relevantes considerações²²⁰:

A preocupação em torno da representatividade adequada, portanto, é um exemplo desta adequação (e não simples abandono) dos valores tradicionais do processo às implicações do processo no mundo contemporâneo. Desde que uma *class action* volta-se, por sua própria natureza, contra litígios de massa, passa a ser inerente à sua concepção o entendimento de que membros ausentes desta mesma classe sejam afetados por seus efeitos e pela impossibilidade de rediscussão da decisão (coisa julgada material). Senão, qual seria a vantagem do sistema se cada vez os mesmos indivíduos pudessem questionar o quanto já decidido anteriormente? Onde o princípio da economia processual? Onde a redução da atividade jurisdicional e dos custos processuais?

²¹⁹ ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 190-191.

²²⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta*. Artigo disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br>> Acesso em: 9 dez. 2010.

Aferir a representatividade adequada, no direito norte-americano, é medida necessária, tendo em vista os parâmetros processuais adotados no país. Mas, tendo o nosso direito se inspirado no modelo das *class actions*, não se limitando a ele, no entanto, surge a questão: é possível afirmar a possibilidade de verificação pelo magistrado da representatividade adequada do autor coletivo no Brasil?

Sobre esta questão, Antonio Gidi²²¹ desenvolve argumentos favoráveis, pois acredita que um processo coletivo mal conduzido, por autor que não tenha condições concretas de fazê-lo, poderá trazer malefícios aos representados (incluindo, até mesmo, o Ministério Público). Para ele é um dever do magistrado realizar o controle. Por isto tudo, aduz:

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente *pode*, como *tem o dever* de avaliar a adequação dos interesses do grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado.

De modo semelhante, Ada Pellegrini Grinover argumenta que não há norma que impeça o controle da representatividade adequada, crendo, ainda, na possibilidade de os poderes do juiz, já disciplinados na legislação pátria, e que incluem, por exemplo, a verificação da possibilidade de dispensa do requisito de constituição há pelo menos um ano das assembleias e a possibilidade de o Ministério Público ingressar com ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos, alcançarem a possibilidade de aferimento da representatividade adequada. Ela não trata a aferição propriamente como um dever, mas defende que é possível extraí-la de nossa legislação²²². Em razão disso, esta opinião parece mais branda em relação à anterior.

Há uma terceira corrente sobre o tema, no sentido de que o controle judicial da representatividade adequada não é admitido no direito brasileiro²²³, pois a lei já estabelece requisitos prévios a serem atendidos pelos legitimados. No mais, estar-se-ia criando exigência não prevista pelo sistema – sem qualquer parâmetro existente – o que poderia, em cada caso

²²¹ GIDI, Antonio. *Adequacy of Representation in Brazilian Class Actions: A Proposal* (A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta). University of Houston. Law Center No. 2007-A-41. *Revista de Processo*, vol. 108, nº 61, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1016416>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

²²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, nº 301. p. 3-12, *apud* WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 99, vol. II, item 7a.

²²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1.446.

concreto, criar critérios incertos para verificação da representatividade adequada. Ademais, vale frisar que o Ministério Público atua, se não como autor, como fiscal da lei em todas as demandas coletivas, o que, em tese, pode suprir falhas do autor coletivo.

Claro que seria interessante que houvesse alguma forma de controle, no caso concreto, sobre a atuação do legitimado. Mas sem que haja requisitos prévios estabelecidos por lei, é arriscado afirmar que o magistrado poderia levar a efeito o controle, na medida em que incorreria, inevitavelmente, em discricionariedade. É dizer: quem garantiria que a discricionariedade judicial (já que ausentes parâmetros legislativos) seria melhor para a tutela coletiva do que a atuação do legitimado ativo?

Parece, portanto, que apenas com alteração legislativa e expressa previsão o controle da representatividade adequada poderia ser realizado pelo magistrado. Mas, por ora, não.

4.2.4 A legitimidade do Ministério Público

Tradicionalmente, o Ministério Público é instituição que exerce de modo mais amplo e efetivo a tutela de interesses difusos e coletivos. A Constituição prevê, dentre as funções institucionais do *parquet*, a defesa dos interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Com a promulgação do CDC, criou-se também a tutela de interesses individuais homogêneos, e, com isso, surgiu a dúvida: pode o MP tutelar tais interesses? A discussão se fez pertinente na medida em que, por se tratarem de interesses essencialmente individuais, sua defesa, salvo casos expressamente previstos, não caberia ao *parquet*.

Hoje em dia parece sedimentado na jurisprudência que o *parquet* pode ajuizar demanda coletiva para a tutela direitos individuais homogêneos, desde que existente interesse social que a justifique. No entanto, tem-se decidido que o fato de se conduzir ação coletiva já é suficiente para caracterizar o interesse social²²⁴. Tanto porque, de acordo com o art. 1º do

²²⁴ ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI Nº 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. **1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.** 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de

CDC: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e **interesse social**, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”.

Ou seja, de acordo com a própria lei, a defesa dos interesses individuais homogêneos reveste-se de interesse social. E mesmo que a lei assim não dispusesse, seria plenamente

ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE nº 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a **incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129)**. 6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 7. Outrossim, a Lei nº 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”. 8. Impõe-se, contudo, ressaltar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp nº 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp nº 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp nº 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). [...] 11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 736.524/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux., julgado em 21 de março de 2006, DJ, 03 abr. 2006. p. 256)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REAJUSTES DE PRESTAÇÕES. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. C.F., ART. 129, III, LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CONTRATOS DO SFH. DECISÃO LIMINAR PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA MANTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DEFINITIVO QUANTO AO MÉRITO. [...] 8. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses interesses transindividuais participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despatrimonialização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 9. A indisponibilidade está exatamente na órbita de atingimento da decisão judicial a um grupo indeterminado de pessoas. Aliás, a *ratio essendi* do surgimento da ação civil pública foi exatamente a constatação que se empreendeu ao verificar-se que o cidadão isolado não teria aptidão para mover uma ação capaz de gerar decisão de tamanho espectro. 10. Tanto é verdade que a ação não se dirige a interesses individuais, que a coisa julgada pode ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria; caso contrário, recolherá decisão desfavorável à sua própria sorte, independentemente de o resultado da ação civil pública por interesse individual homogêneo ser favorável; quer dizer, se ele individualmente recolheu uma decisão desfavorável, suspenderam o seu processo, não poderá aproveitar-se da ação civil pública, que versa interesses individuais homogêneos. 11. Na essência, a ação civil pública, que versa sobre interesses individuais homogêneos, não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. Pelo simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já é indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 586307/MT. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 14 set. 2004, DJ, 30 set. 2004. p. 223)

possível chegar-se a esta conclusão mediante a análise dos termos contidos nos dispositivos referentes à defesa destes direitos.

Por isso, no que se refere à proteção da ordem urbanística, já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo ter o Ministério Público legitimidade para requererem em ação civil pública, a remoção de pessoas residentes em moradias irregulares, localizadas em áreas de risco, ainda que o pleito se consubstancie em direitos individuais homogêneos²²⁵. E o C. STJ já se manifestou sobre o tema, no mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO CLANDESTINO. AQUISIÇÃO DE LOTES IRREGULARES. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO EM PROL DOS ADQUIRENTES FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. O Ministério Público possui legitimidade para, no âmbito de ação civil pública em que se discute a execução de parcelamento de solo urbano com alienação de lotes sem aprovação de órgãos públicos competentes, formular pedido de indenização em prol daqueles que adquiriram os lotes irregulares. E isso por três motivos principais. 2. Em primeiro lugar, porque os arts. 1º, inc. VI, e 5º, inc. I, da Lei nº 7.347/85 lhe conferem tal prerrogativa. 3. Em segundo lugar porque, ainda que os direitos em discussão, no que tange ao pedido de indenização, sejam individuais homogêneos, a verdade é que tais direitos, no caso, transbordam o caráter puramente patrimonial, na medida que estão em jogo a moradia, a saúde e o saneamento básico dos adquirentes e, além disso, valores estéticos, ambientais e paisagísticos - para dizer o mínimo - do Município (art. 1º, inc. IV, da Lei nº 7.347/85). Aplicação, com adaptações, do decidido por esta Corte Superior na IF 92/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, j. 5.8.2009. 4. Em terceiro e último lugar, porque os adquirentes, na espécie, revestem-se da qualidade de consumidor - arts. 81, p. ún., inc. III, e 82, inc. I, do CDC. 5. Recurso especial provido. (REsp 743678/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 28/09/2009)²²⁶

A relevância da atuação do *parquet* exsurge em outros aspectos, como, por exemplo, no caso de desistência da ação civil pública, em que o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir o lugar do desistente. Vale frisar que caso o desistente seja o próprio Ministério Público, o controle a ser realizado é o judicial, e não o administrativo, como ocorre com o inquérito civil. Este controle será feito nos moldes do CPC: se o réu não foi citado, o

²²⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara de Direito Público. Relator: Des. Barreto Fonseca, Ap. Cível nº 249.316/7-00, julgado em 28 de fevereiro de 2005.

²²⁶ No mesmo sentido:

“Ação civil pública ambiental. Parcelamento clandestino do solo urbano com degradação em área de proteção ambiental e de preservação permanente. Indeferimento da inicial e extinção do feito. Presença das condições da ação. Legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Adequada correlação entre a narração dos fatos e os pedidos deduzidos. Insuficiência do acervo probatório para aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC. Apelação provida para determinar a regularização dos autos e o processamento da ação.”.

E trecho do relatório, com grifos: “Também não há ilegitimidade ativa, na medida em que cabem ao Ministério Público tanto a defesa de interesses difusos e coletivos como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto o resguardo de interesses individuais homogêneos, como é o caso dos adquirentes lesados com o empreendimento espúrio” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, julgado em 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>).

juiz poderá homologar de plano a desistência; se já foi citado, poderá homologar após a oitiva do réu (art. 267, §4º). Qualquer legitimado poderá desistir, mas com fundamentação. Caso seja infundada, o MP deverá assumir o polo ativo da ação²²⁷.

Em razão de diversos conflitos que surgem, referentes à ordem urbanística, as promotorias de justiça vêm se especializando na matéria, como, por exemplo, faz o *parquet* de São Paulo, cuja Lei Orgânica (Lei Complementar estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993) assim dispõe:

Art. 295. Aos cargos especializados de Promotor de Justiça, respeitadas as disposições especiais desta lei complementar, são atribuídas as funções judiciais e extrajudiciais de Ministério Público, nas seguintes áreas de atuação: [...] X - Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo: defesa de interesses difusos ou coletivos nas relações jurídicas relativas a desmembramento, loteamento e uso do solo para fins urbanos;

Por conta da ampla possibilidade de atuação do *parquet*, admite-se que os diversos instrumentos de direito urbanístico sejam objeto de ação civil pública, tais como o controle de elaboração de plano diretor para garantir a participação popular; o atendimento ao seu conteúdo mínimo; a observância, pelas leis que regulamentam os instrumentos urbanísticos, do plano diretor; cassação de alvarás e licenças em desconformidade com a ordem urbanística; questões concernentes ao exercício do poder de polícia da Administração etc.

No mais, vale dizer que o Ministério Público é instituição una e indivisível, aplicando-se a ele regras de divisão com o fito de promover sua organização administrativa. Assim, do mesmo modo que não se vislumbram motivos para deslocamento da competência da Justiça Estadual à Federal nos casos em que o *parquet* federal tiver interesse, não se pode sustentar que haja empecilhos a que o MP federal postule na Justiça Estadual, ou que o MP estadual postule na Justiça Federal²²⁸.

Portanto, se o MP federal em determinado município verifique a necessidade de ajuizar ação coletiva concernente à ordem urbanística, em razão de desrespeito, por exemplo, pela própria municipalidade ao plano diretor, poderá fazê-lo ainda que a competência seja da Justiça Estadual.

²²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1446.

²²⁸ *Ibid.* 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1443, comentário 5 ao art. 5º da LACP.

4.2.5 A legitimidade da Defensoria Pública

A Defensoria Pública passou a ter legitimidade ativa expressa a partir da Lei nº 11.448/2007, que deu nova redação ao art. 5º da LACP, ainda que, mesmo antes da edição da lei já se aceitava que a Defensoria Pública representasse em juízo as associações hipossuficientes, por exemplo²²⁹. A instituição pode agir em nome próprio nas demandas coletivas, sem que haja necessidade de provocação, assim como os demais legitimados, pois sua legitimidade é institucional; mas deve-se atentar aos seus objetivos institucionais, dentre os quais se encontra a defesa dos necessitados (Constituição, arts. 134 e 5º, LXXIV). A lei, no entanto, não explicita quem são os necessitados.

A doutrina chega a afirmar que o termo poderia ir além dos economicamente carentes, incluindo, igualmente, os necessitados organizacionais, que são aqueles socialmente vulneráveis (consumidores, usuários de serviços públicos etc.)²³⁰. No entanto, esta não parece ser a interpretação mais correta, em razão do que dispõe o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, que possui a seguinte redação: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O fato de o texto apontado indicar a gratuidade da prestação e a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos leva a crer que estes necessitados são os econômicos, assim entendidos como os que não podem pagar um advogado²³¹.

Outro ponto que se coloca é se a atuação da instituição deverá beneficiar somente os necessitados, sem que alcance outras pessoas que não se enquadrem neste requisito. A discussão, entretanto, não parece razoável, na medida em que em se tratando de direitos de titularidade por vezes inidentificável, a restrição praticamente inviabilizaria a sua tutela jurisdicional. Acerca do direito ambiental e do alcance de outras pessoas que não sejam necessitadas, diz Marcelo Buzaglo Dantas²³²:

Em matéria de defesa do meio ambiente, não há dúvidas de que isso sempre ocorrerá, especialmente considerando que, como já dito e repetido, o bem tutelado se apresenta sob a forma de direito difuso, atinente, portanto, à coletividade como um todo. Deste modo, é praticamente impossível separar os beneficiados por uma

²²⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 211.

²³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Vol. II – Processo Coletivo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33, item 2.1. No mesmo sentido: MORAES, Ana Carvalho Bueno Ferreira de. *A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça*. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC-SP, 2009. p. 270.

²³¹ Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 124.

²³² DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

prestação jurisdicional de procedência de uma ação civil pública promovida pela Defensoria Pública (como de resto, por qualquer legitimado), de modo a que somente os necessitados pudessem ser atingidos pelos efeitos da sentença. Basta se pensar em hipóteses como a proibição de emitir poluentes na atmosfera ou dejetos no leito de um rio ou no mar territorial. Em todos esses casos, ganha a coletividade como um todo – repita-se, necessitados e não-necessitados.

A atuação da Defensoria Pública, portanto, deverá pautar-se de acordo com seus objetivos institucionais, que, em relação à ordem urbanística, permite a ela propor ação civil pública, por exemplo, para defender os interesses dos moradores de comunidades localizadas em área de risco, a fim de buscar o reassentamento das famílias²³³; regularização urbanística de favelas em razão de obrigações previstas na legislação urbanística²³⁴; e, sem sombra de dúvidas, propor ação civil públicas que tenha por objeto os instrumentos urbanísticos relacionados ao atendimento de programas sociais ligados aos necessitados, como o direito de preempção exercido para regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social.

²³³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INEXISTÊNCIA, DE RESTRIÇÃO À LEGITIMIDADE OUTORGADA À DEFENSORIA PÚBLICA NO TOCANTE ÀS AÇÕES COLETIVAS, LEI 7.347/1985, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.448/2007 - DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE NÃO VIOLOU A LEI 8.437/92 - PEDIDOS FORMULADOS QUE NÃO SE MOSTRAM MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEIS - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS PESSOAS A SEREM PROTEGIDAS PELA MEDIDA, COM MÍNIMOS DETALHES DE SUAS RESPECTIVAS SITUAÇÕES NO CONTEXTO DA ÁREA OCUPADA, "INCLUSIVE PARA QUE SE POSSA DECIDIR, PREAMBULARMENTE, SOBRE A OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO HOMOGÊNEA - VEDAÇÃO AO JUDICIÁRIO EM IMPEDIR QUE HAJA DESOCUPAÇÃO FORÇADA, AINDA MAIS EM SEDE DE LIMINAR E SEM DEMONSTRAÇÃO SEGURA DE QUE A PERMANÊNCIA NO LOCAL SEJA VIÁVEL E SEGURA - SITUAÇÃO DE RISCO, COMPETINDO À ADMINISTRAÇÃO A ADOÇÃO DE MEDIDAS NECESSÁRIAS - "FAVELA DO TANQUE" QUE INVADIU NÃO SÓ A ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, MAS O PRÓPRIO LEITO DO Córrego QUE PASSA PELO LOCAL - RECURSO PROVIDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial de Meio-Ambiente, Agravo de Instrumento 7970255000. Relator: Desembargador. Samuel Júnior, *DJ*, 29 jan.)

²³⁴ **Ação Civil Pública - Defensoria Pública Favela - Área considerada de risco Ação de reintegração de posse em face dos moradores desta Favela Ação Civil Pública interposta visando-se à regularização fundiária e urbanística da área em que se insere a Favela Parque Europa II com a manutenção das famílias nela residentes Invocação do Estatuto da Cidade e dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal** Pedido de reconhecimento do direito à concessão especial de uso individual ou coletivo (MP nº 2.220/01) Sentença de improcedência Recurso da Defensoria Desprovidimento de rigor. Concessão especial de uso - Impossibilidade - Função social da propriedade que tem o sentido de direito coletivo relacionado com a uma melhor resolução da vida na cidade A retirada de moradores de áreas de risco é dever do Município - Tutela de interesse das próprias famílias que estão sendo removidas Área que não encerra possibilidade de regularização. R. Sentença mantida. Recurso desprovido (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 0126924-19.2008.8.26.0053. Relator: Desembargador Sidney Romano dos Reis, julgado em 21 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>).

4.2.6 A legitimidade das associações

As associações podem ter papel bastante relevante na defesa de direitos difusos e coletivos relativos à ordem urbanística. Isso porque não raro se formam as chamadas associações de bairro ou mesmo de certas comunidades específicas, que buscam melhorias para a localidade a que visam defender. Por isso, serão analisados alguns aspectos específicos referentes à legitimidade das associações.

Em regra, de acordo com o art. 82, IV, do CDC, não se exige que haja autorização assemblear ou individual dos associados, caso a defesa dos interesses esteja de acordo com a finalidade institucional da associação²³⁵.

No entanto, por Medidas Provisórias convertidas na Lei nº 9.494/97 e em alterações subsequentes, foi inserida no ordenamento pátrio norma que exige que a petição inicial da ação coletiva esteja instruída com ata da assembleia que autorizou a associação a demandar em juízo, acompanhada de relação nominal de seus membros, caso encontrem-se no polo passivo uma das entidades da Administração Pública Direta, suas autarquias e fundações. Esta norma, no entanto, recebe críticas da doutrina, pois não se compatibiliza com o princípio da igualdade processual, tendo em vista inexistirem motivos que justifiquem este tratamento diferenciado²³⁶.

De acordo com a lei, os requisitos para que a associação possa demandar em juízo são a sua pré-constituição há pelo menos um ano e a inclusão, dentre as suas finalidades institucionais, da proteção do bem que pretende tutelar. A verificação da presença dos pressupostos legais deverá ser feita pelo magistrado em cada caso concreto.

Há casos em que se poderá proceder à dispensa da pré-constituição da associação, consoante previsto no §1º do art. 82, quando “haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão e característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (regra presente também no §4º do art. 5º da LACP). Esta previsão é bastante importante, pois viabiliza a tutela coletiva nas hipóteses em que se demonstrar a impossibilidade de se esperar a anualidade exigida, e caberá ao magistrado, no caso concreto, preencher os conceitos legais

²³⁵ Vislumbram-se três formas de atuação das associações: “A associação pode agir com (1) legitimização *ordinária* (na defesa de interesses difusos e coletivos), (2) *extraordinária* (na defesa de direitos individuais homogêneos) ou (3) com mera *representação* (quando age em nome e na defesa de direitos de seus associados).”, “in” SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 87. Ressalva-se, entretanto, que a legitimização, no item (1), é *autônoma para a condução do processo*.

²³⁶ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 96, vol. II, item 6a.

que autorizam a dispensa e aplicá-la ou não²³⁷. Em relação à ordem urbanística, esta dispensa pode ser apropriada quando se verificar a necessidade de formação de associação de famílias desabrigadas em razão de desastres naturais (enchentes, tempestades etc.), por exemplo.

As associações demonstram sua legitimidade para ingressar em juízo quando comprovam a relação existente entre suas finalidades institucionais e a pretensão, o que se dá o nome de pertinência temática²³⁸. A jurisprudência aplica tranquilamente este requisito²³⁹.

²³⁷ No entanto, vale dizer que esta dispensa não é cabível nos casos de mandado de segurança coletivo, pois a norma que exige constituição prévia é constitucional, e não admite exceções, conforme se verá em capítulo próprio.

²³⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 2, tomo III., p. 221.

²³⁹ “AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. PRESERVAÇÃO ARQUITETÔNICA DO PARQUE LAGE (RJ). ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA CARACTERIZADA. CONCEITO LEGAL DE ‘MEIO AMBIENTE’ QUE ABRANGE IDEAIS DE ESTÉTICA E PAISAGISMO (ARTS. 225, CAPUT, DA CR/88 E 3º, INC. III, ALÍNEAS ‘A’ E ‘D’ DA LEI N. 6.938/81). 1. O estatuto da associação recorrente prevê, em seu art. 4º (1), que um de seus objetivos é ‘[z]elar pela manutenção e melhoria da qualidade de vida do bairro, buscando manter sua ocupação e seu desenvolvimento em ritmo e grau compatíveis com suas características de zona residencial’. 2. Desta cláusula, é perfeitamente possível extrair sua legitimidade para ação civil pública em que se pretende o seqüestro do conjunto arquitetônico ‘Mansão dos Lage’, a cessação imediata de toda atividade predadora e poluidora no conjunto arquitetônico e a proibição de construção de anexos e de obras internas e externas no referido conjunto arquitetônico. Dois são os motivos que levam a tal compreensão. 3. Em primeiro lugar, a Constituição da República vigente expressamente vincula o meio ambiente à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*), daí porque é válido concluir que a proteção ambiental tem correlação direta com a manutenção e melhoria da qualidade de vida dos moradores do Jardim Botânico (RJ). 4. Em segundo lugar, a legislação federal brasileira que trata da problemática da preservação do meio ambiente é expressa, clara e precisa quanto à relação de continência existente entre os conceitos de loteamento, paisagismo e estética urbana e o conceito de meio ambiente, sendo que este último abrange os primeiros. 5. Neste sentido, importante citar o que dispõe o art. 3º, inc. III, alíneas ‘a’ e ‘d’, da Lei n. 6.938/81, que considera como poluição qualquer degradação ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde e o bem-estar da população e afetem condições estéticas do meio ambiente. 6. Assim sendo, não há como sustentar, à luz da legislação vigente, que inexistente pertinência temática entre o objeto social da parte recorrente e a pretensão desenvolvida na presente demanda, na forma do art. 5º, inc. V, alínea ‘b’, da Lei n. 7.347/85. 7. Recurso especial provido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 876.931/RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10 de agosto de 2010, *DJe*, 10 set. 2010)

Ainda em relação a este tema, interessante a leitura do trecho de acórdão da lavra do Ministro Luiz Fux, então no STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1. Os sindicatos possuem legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se versem direitos homogêneos e mantenham relação com os fins institucionais do sindicato demandante, atuando como substituto processual (*Adequacy Representation*). 2. **A pertinência temática é imprescindível para configurar a *legitimatío ad causam* do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004.** 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: “[...]A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil

Neste sentido, já decidiu o C. STJ “Legitimidade ativa, para propor ação civil pública, de associação cujo um dos objetivos estatutários é a proteção dos interesses dos moradores de bairro, encontrando-se abrangido neste contexto a defesa ao meio ambiente saudável, a qualidade de vida.”²⁴⁰ Este requisito não pode ser aplicado a ferro e fogo, e quer-se com isto dizer o seguinte: se uma associação prevê, de modo genérico, a defesa dos interesses de moradores de uma determinada região, não há como negar que aí estão abrangidos direitos difusos e coletivos concernentes ao direito urbanístico e ambiental²⁴¹, não se limitando a defesa, portanto, apenas aos interesses dos associados.

Do mesmo modo, uma associação que preveja genericamente a defesa do meio ambiente certamente também possui legitimidade à defesa da ordem urbanística, mormente porque, como se viu, o espaço geográfico que a qualifica também é uma faceta do meio ambiente, mas recebendo o nome de *meio ambiente artificial*.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁴², de outro lado, entende que não é necessário haver pertinência temática entre o objeto tutelado e a finalidade da associação, sendo suficiente, para tanto, que o estatuto social preveja a defesa de direitos e interesses difusos e coletivos. Esta posição, no entanto, não prevalece na jurisprudência.

seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. **Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.** Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. **Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses.** (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 277-278 [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 901936/RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 16 de outubro de 2008, *DJe* 16 mar. 2009)

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 332879/SP. Segunda Turma. Relator: Ministra Eliana Calmon, julgado em 17 de dezembro de 2002. *DJ*, 10 mar. 2003, p. 150.

²⁴¹ Neste sentido: “PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ASSOCIAÇÃO DE BAIRRO. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PODE SER AJUIZADA TANTO PELAS ASSOCIAÇÕES EXCLUSIVAMENTE CONSTITUÍDAS PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE, QUANTO POR AQUELAS QUE, FORMADAS POR MORADORES DE BAIRRO, VISAM AO BEM ESTAR COLETIVO, INCLUIDA EVIDENTEMENTE NESSA CLÁUSULA A QUALIDADE DE VIDA, SÓ PRESERVADA ENQUANTO FAVORECIDA PELO MEIO AMBIENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 31150/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro. Ari Pargendler, julgado em 20 de maior de 1996. *DJ*, 10 de junho de 1996. p. 20.304).

²⁴² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 636.

Seja como for, tendo a associação legitimidade – e pertinência temática – para propor ação civil pública urbanística, não há como negar que seu âmbito de atuação poderá ser amplo, cobrando em juízo sejam efetivadas todas as normas e instrumentos de direito urbanístico, questionando os atos da Administração Pública ou de particulares que estiverem em desacordo com a legislação²⁴³.

4.2.7 A legitimidade dos entes federados e de suas entidades e órgãos

Os entes federados, bem como “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”, também estão legitimados à propositura de ação coletiva. O CDC houve por bem ampliar a legitimidade, estendendo-a até mesmo aos órgãos da Administração que não tenham personalidade jurídica.

Apesar de não haver previsão expressa na lei, está consolidado o entendimento de que os legitimados que compõem a chamada Administração Direta estão dispensados de comprovar a pertinência temática. Os que compõem a Indireta, se de direito privado, devem comprovar; se de direito público ou constitucionais, não²⁴⁴.

²⁴³ Assim o fez a “Associação Amigos do Jardim das Bandeiras” ao ajuizar ação civil pública com o objetivo de cassar alvará que permitiu ao loteador o início de obras que supostamente não atendiam à legislação urbanística. Veja-se a ementa da liminar mantida em agravo de instrumento: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública. Urbanismo. Preliminar de falta de correlação entre os fundamentos recursais e a decisão agravada repelida. Agravante que em suas razões expôs os fatos e o direito que entende aplicável à espécie para modificar a decisão agravada, inexistindo óbice para seu conhecimento. **Liminar concedida para determinar a suspensão dos efeitos do alvará concedido pelo Município de S. Paulo com a consequente paralisação da obra em andamento descrita na inicial.** Manutenção. Matéria que depende de dilação probatória. **A questão da prevalência da Lei nº 13.885/04 (art. 247), o fato de ser ou não ZCLp, das restrições do loteador ou a prevalência do Estatuto da Cidades, é matéria que deve ser enfrentada com maior acurácia, no momento adequado.** Aliás, este é o cerne da questão, saber se o Estado pode desfigurar ou alterar bairro ou região -- desconstituindo restrições contratuais anteriores -- elaborada por cidadãos, em uma ordem democrática, por meio de um ato estatal, a lei. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Nona Câmara de Direito Público. Relator: Agravo de Instrumento nº 0146399-47.2013.8.26.0000. Desembargador Oswaldo Luiz Palu, julgado em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>)

²⁴⁴ “Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses.” in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006. p. 277/278 [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no REsp 901936/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 16 de outubro de 2008, *DJe*, 16 mar. 2009).

Não há na legislação norma que impeça que um ente federado promova ação civil pública em outra localidade com a finalidade de ver efetivados os direitos coletivos *lato sensu* para os quais está legitimado. Neste sentido estão Nelson Nery Junior. e Rosa Nery²⁴⁵:

Não há nenhuma exigência na lei para que os órgãos da administração direta estejam legitimados à propositura da ACP. O Estado federado do Sul, por exemplo, pode ajuizar ACP na defesa do meio ambiente do Estado do Amazonas, porque o interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo.

No entanto, para Motauri Ciocchetti de Souza²⁴⁶ pode-se extrair certa restrição em relação ao interesse dos legitimados no inciso II, devendo haver coincidência entre a localização geográfica dos lesados e a pessoa política: “No entanto, uma restrição é de ser feita: a pessoa política somente poderá agir em defesa dos interesses da sociedade que a forma e constitui – em outras palavras, das pessoas a quem lhe incumbe representar adequadamente.” Para ele, não poderia a União ingressar com ação civil pública em razão de dano local, por exemplo, da mesma forma em que seria vedado a determinado município intentar ação civil pública em razão de lesões sofridas em outro.

A lei, entretanto, não faz esta ressalva, mormente porque se se está a tratar de interesses cuja titularidade não se pode identificar, não seria razoável fazê-lo.

Com maior razão, parece não haver impedimento de que, por exemplo, a União ou um dos Estados ingresse com ação civil pública com o intuito de compelir determinado município ao cumprimento da legislação urbanística, seja no que se refere às normas gerais previstas na Constituição e no Estatuto da Cidade, seja em relação às normas municipais urbanísticas. De outro lado, também poderá o município ajuizar ação civil pública quando o Estado ou a União, atuando no âmbito de suas competências, aja em desconformidade com o planejamento urbanístico.

Já em relação às entidades e órgãos que compõem a Administração, ainda que sem personalidade jurídica, diz a lei que deverão ser destinados à defesa dos direitos difusos e coletivos. Da mesma forma autarquias, fundações e empresas públicas deverão ater-se às suas finalidades institucionais.

²⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1446.

²⁴⁶ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5.ed. São Paulo: 2013. p. 75.

4.2.8 A legitimidade passiva

A legitimidade passiva na ação civil pública é bastante ampla, admitindo-se, em tese, qualquer um que provoque danos aos direitos transindividuais tutelados por ela. Nesse sentido, José Marcelo Menezes Vigliar²⁴⁷:

Não há nenhuma condição especial para que alguém (seja pessoa física, seja pessoa jurídica, ou ente dotado de personalidade jurídica) se encontre na posição de legitimado passivo ad causam para as ações civis públicas. Basta que essa pessoa realize, ou ameace realizar, uma conduta que cause lesão a quaisquer dos interesses transindividuais: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural etc. É verdade que em alguns casos a lei exige uma especial condição daquele que irá integrar o polo passivo de uma demanda coletiva, como é o caso da qualidade de agente público, requerida pela Lei 8.492, para que se possa questionar da prática de atos de improbidade administrativa. Contudo, via de regra, qualquer um poderá, desde que lese ou ameace causar lesão a algum interesse transindividual, estar legitimado passivamente para a ação civil pública.

No mesmo sentido, Motauri Ciocchetti de Souza²⁴⁸:

Se a legitimação ativa apresenta uma série de particularidades em termos de ação civil pública, o mesmo não ocorre quanto à legitimação passiva. Assim, qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado que seja responsável por um dano (ou por sua ameaça) a um interesse difuso ou coletivo possuirá qualidade para figurar no polo passivo da ação.

Caso que exemplifica muito bem é o de loteamento irregular, no qual, não raro, são inseridos no polo passivo tanto o loteador, que é o particular que supostamente causou o dano urbanístico, mas também o poder público (provável que seja a municipalidade), em razão de ter-se omitido na fiscalização (exercício do poder de polícia), visando à sua condenação, por vezes, para compeli-lo a promover a regularização da situação levada a juízo. Veja-se o que diz Elida Séguin²⁴⁹:

A omissão de agentes públicos teve um efeito desastroso no processo de parcelamento do solo, fazendo com que, constantemente, em loteamentos, o saneamento básico que, por lei, deve ser efetuado pelo loteador não o seja, ocorrendo a venda de lotes sem as obras de infra-estrutura; sendo que, só quando os lotes estão habitados iniciam-se pressões sobre a administração pública para realizar tais obras.

²⁴⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 79, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 11.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 183.

²⁴⁸ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90.

²⁴⁹ SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 104.

E disso extrai-se a consequência enunciada por Carlos Alberto de Salles²⁵⁰, de que, “[...] geralmente, há também uma cumulação subjetiva da ação, constando a Municipalidade como obrigada solidária, sob o argumento de descumprimento do dever de fiscalizar a ocupação do solo e a edificação das casas”. O C. STJ é pacífico nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. LEGITIMIDADE PASSIVA. ARTS. 30, VIII, DA CF, E 40 DA LEI 6.766/79. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. 1. A ausência de prequestionamento do dispositivo legal tido como violado torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 2. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. **3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária.** 4. **Legitimidade passiva do ente municipal para figurar em ação civil pública que objetiva a regularização de loteamento irregular.** 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 447.433/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., J. 1º/06/2006, DJ 22/06/2006, p. 178) (grifou-se).

Este exemplo estende-se também aos demais instrumentos da ordem urbanística, permitindo-se, portanto, todos aqueles que sejam responsáveis pelo dano urbanístico, por ação ou omissão (no caso do poder público municipal inclui-se a omissão fiscalizatória). Assim pode ser feito em relação às determinações do plano diretor, em relação ao uso e ocupação do solo urbano em todos os seus aspectos. Afinal, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso²⁵¹:

Ordinariamente, [...], a responsabilidade dos Poderes e órgãos públicos resulta de conduta omissiva (devem agir e não o fazem) ou da *faute du service* (agem, mas fazem-no mal). Nesse ponto, merecem transcritas as palavras de H. N. Mazzilli: “A União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal podem ser legitimados passivos para a ação civil pública, pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la embora obrigados a tanto”. De fato, os entes políticos (União, Estados, Municípios, Distrito Federal) são co-legitimados para a ação civil pública, mas muita vez ocorre que *eles mesmos*, por ação ou omissão, em modo mais ou menos intenso, integram (até paradoxalmente, já que lhes caberia o zelo pelos interesses metaindividuais) o nexa etiológico dos danos infligidos a valores de largo espectro social: meio ambiente, consumidores, patrimônio cultural, erário, ordem econômica, infância e juventude, idosos, deficientes físicos, investidores no mercado de capitais, comunidades indígenas, patrimônio genético, minorias sociais e raciais, ordem urbanística, lazer e desporto, entre outros.

²⁵⁰ A tutela jurisdicional do espaço urbano: técnica e estratégia processual. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Temas de Direito Urbanístico 3*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001. p. 241.

²⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 11.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 189.

Cumpram ressaltar também que se permite a formação do litisconsórcio passivo na ação civil pública, conforme restará demonstrado no item 3.2.9.

4.2.9 A questão da ação coletiva passiva

Discute-se, em sede doutrinária, casos em que a transgressão aos direitos transindividuais ocorrer pela própria coletividade, cujos integrantes não sejam identificáveis. Pense-se, no caso do direito urbanístico, quando for realizada determinada ocupação irregular por um grupo de pessoas. Cumpra questionar: pode um dos legitimados ativos promover ação civil pública contra esta coletividade? Os legitimados ativos poderiam defender os interesses da coletividade no polo passivo também? Tais questões dizem respeito ao que se chama de “ação coletiva passiva”

Para os que a defendem, a legitimidade passiva coletiva decorria de um dever ou estado de sujeição pertencente a um agrupamento humano, que é colocado como sujeito passivo na relação jurídica afirmada em juízo²⁵². Isso ocorreria, por exemplo, em dissídios coletivos no direito do trabalho, e poderia ocorrer, no âmbito cível, ao se demandar contra lojas, cartórios, órgãos públicos, planos de saúde, ações declaratórias de validade de determinado contrato de adesão etc.²⁵³

A representação da coletividade seria feita por qualquer dos legitimados ativos, tais como associações, Defensoria Pública etc., em maior número possível, para que se garanta a efetividade do contraditório e da ampla defesa. E, para garantir a atenção a estes princípios, deve o magistrado verificar caso a caso o a representatividade adequada do réu coletivo.

A coisa julgada, com inspiração no Código Modelo, funcionaria da seguinte forma: para direitos difusos e coletivos, coisa julgada *erga omnes*, independentemente do resultado do processo; para individuais homogêneos, *erga omnes*, com a ressalva de que caso a decisão acolha o pedido, não impediria os indivíduos de discutirem a matéria. Este último ponto, no entanto, não parece ser muito lógico, pois tornaria a demanda inócua²⁵⁴.

No entanto, este entendimento não se demonstra adequado, pois, como se vê, criaram-se ali diversas normas que não podem ser extraídas da atual legislação de processo coletivo (a legitimidade, o controle da representatividade adequada, e até mesmo a coisa julgada!). O art. 2º da LACP e o art. 82 do CDC preveem a legitimidade para propor ação

²⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 399-400.

²⁵³ Ibid., p. 403-405.

²⁵⁴ Ibid., p. 409-411.

(ativa, portanto), e não para sofrê-la, de modo que caso se permitisse esta hipótese, impor-se-ia pena a alguém sem previsão legal, o que não é admitido no ordenamento brasileiro.

Ademais, não há como aceitar que a coletividade sofra consequências de um processo judicial (afinal, há coisa julgada) sem que haja qualquer disciplina legislativa a respeito (CR, art. 5º, II). Por esses motivos. A ação coletiva passiva, tal qual proposta pela doutrina, deve ser aceita como *de lege ferenda*.

Em casos como o que acima se cogitou – ocupação irregular de determinada região – uma possível solução seria responsabilizar o poder público, com vistas a obrigá-lo a regularizar a situação ou mesmo providenciar a remoção dos ocupantes, em razão de ser seu dever fiscalizar o cumprimento das normas de direito urbanístico e promover o seu cumprimento.

4.2.10 Litisconsórcio e assistência em processo coletivo

O litisconsórcio está previsto no CPC nos arts. 46 a 49, e pode ser conceituado como a “possibilidade que existe de mais de um litigante figurar em um ou em ambos os polos da relação processual. Caracteriza a pluralidade subjetiva da lide”²⁵⁵. A doutrina apresenta a seguinte classificação do litisconsórcio:

Quanto ao momento de sua formação pode ser *inicial* ou *ulterior*; quanto à obrigatoriedade de sua formação pode ser *necessário* ou *facultativo*; quanto ao polo da relação processual pode ser *ativo*, *passivo* ou *misto* (ativo e passivo a um só tempo); quanto ao destino dos litisconsortes no plano do direito material, pode ser *unitário* ou *simples*.²⁵⁶

Veja-se, brevemente, cada espécie.

Litisconsórcio inicial é aquele que se constitui com a propositura da ação, na petição inicial, portanto; ulterior é o que se forma posteriormente.²⁵⁷

Litisconsórcio necessário é aquele que demanda a presença de duas ou mais pessoas no polo ativo ou no polo passivo, em decorrência da natureza da relação jurídica que é discutida em juízo, levando-se em conta fatores de direito material.²⁵⁸ Facultativo, por sua

²⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 270, item 1, comentário ao art. 46 do CPC.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. São Paulo: RT, 2005, vol. II, p. 77.

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 158, item 51. NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 273, item 5, comentário ao art. 47 do CPC.

vez, é o litisconsórcio em que se opta por sua formação, presentes as circunstâncias do art. 46 do CPC.

Litisconsórcio ativo é a pluralidade de partes que figuram como autoras na demanda; passivo, é a pluralidade de réus; e misto é o que apresenta as duas características.

O litisconsórcio unitário “ocorre quando a lide tiver de ser decidida de maneira uniforme para todos os litisconsortes”²⁵⁹, o que depende, de certo, da relação jurídica controvertida²⁶⁰. Simples é o que admite resultados diversos para as partes.

Há pertinência, ainda, na análise do assistente simples e do assistente litisconsorcial, previstos, respectivamente, nos arts. 50 e 54 do CPC. O assistente simples é reconhecido pela doutrina como uma legítima forma de um terceiro intervir em processo judicial, desde que demonstrado seu interesse jurídico em que uma das partes vença, em razão de poder sofrer reflexamente os efeitos do julgamento da demanda (sua atuação fica limitada à vontade do assistido)²⁶¹. Já o assistente litisconsorcial é aquele que poderia ter figurado como litisconsorte facultativo unitário, desde o início da demanda²⁶², motivo pelo qual possui poderes de um litisconsorte, “podendo agir com total independência e autonomia relativamente à parte assistida”²⁶³.

O litisconsórcio ativo na ação civil pública está expressamente tratado pela LACP e pelo CDC, nos seguintes dispositivos:

- Art. 5º da LACP, “§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.”.
- Art. 5º da LACP, “§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”.
- CDC, “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”.

²⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 276, item 12, comentário ao art. 47 do CPC.

²⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 133, item 44.

²⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 283, itens 2 e 3, comentário ao art. 50 do CPC.

²⁶² *Ibid.* p. 287, item 1, comentário ao art. 54 do CPC.

²⁶³ *Ibid.*

Como se vê, é possível aos legitimados atuar em juízo como litisconsortes, a fim de que promovam a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo. Esse litisconsórcio é facultativo, considerando que a legitimidade para a ação coletiva é concorrente e disjuntiva. Poderá ser inicial ou ulterior, a depender do momento de sua formação. Será unitário em relação ao resultado, igualmente em decorrência de ser disjuntiva e concorrente.

Ao que parece, se o legitimado ingressar posteriormente na ação civil pública, o fará na qualidade de assistente litisconsorcial (CPC, art. 54).²⁶⁴ No que se refere à assistência, a doutrina a aceita, discutindo se tanto a simples como a litisconsorcial são aceitas, ou se somente esta²⁶⁵.

Quanto ao assistente simples, a lei foi silente a respeito; mas há, na doutrina, quem defenda a sua possibilidade, como Ricardo de Barros Leonel²⁶⁶, que pretende ver aplicada analogicamente o dispositivo da LAP que permite ao cidadão que ingresse na demanda proposta por outro cidadão. Assim, entende o autor que poderia o indivíduo atuar no processo coletivo como assistente. Mas, ao que parece, nestes casos trata-se de assistência litisconsorcial, o que de certo já está tratado pela LACP, ainda que se refira a “litisconsorte”.

Portanto, fica vedada a atuação do particular como assistente simples, na medida em que sua esfera jurídica privada não será atingida pela sentença²⁶⁷. E isto está vedado tanto nos casos de direitos difusos e coletivos quanto de direitos individuais homogêneos. O que se permite é que, no caso de direitos individuais homogêneos, de acordo com o CDC, possa o indivíduo atuar como litisconsorte (art. 94). Assim, por exemplo, em ação civil pública em que se discuta a atividade nociva de determinado estabelecimento, em razão de produzir poluição sonora em volume elevado, poderá o particular ingressar no feito na qualidade de assistente litisconsorcial, porquanto ali se discuta também direito individual homogêneo.

Pode-se facilmente imaginar problemas práticos nesses casos, como, por exemplo, uma quantidade exagerada de indivíduos de modo a tumultuar o processo; seria adequado que o magistrado aplicasse o disposto no art. 46 do CPC, limitando o número de indivíduos a fim de viabilizar o adequado andamento processual.

²⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1445, item 24, comentário ao art. 5º da LACP.

²⁶⁵ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3.ed.. São Paulo: RT, 2011, item 3.3. p. 156.

²⁶⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 253.

²⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1445, item 24, comentário ao art. 5º da LACP.

Em relação ao litisconsórcio passivo, é admitido tranquilamente na ação civil pública, e em relação à ordem urbanística admite-se sejam inseridos todos aqueles que causarem os danos urbanísticos. Inclusive, conforme se esclareceu no item 3.2.8, até mesmo o Poder Público pode ser inserido no polo passivo em razão de sua omissão no que se refere ao poder de polícia (fiscalização). A assistência, no polo passivo, também é admitida, desde que restem demonstrados seus requisitos, evidentemente.

4.3 COMPETÊNCIA

4.3.1 Breve introdução

Com o passar do tempo, verificou-se, na História, que permitir à mesma pessoa que elabora as leis que as aplique desemboca no exercício arbitrário do poder. Por esta razão, o Estado caminhou para o que hoje se conhece, mormente em razão da sistematização feita por Montesquieu²⁶⁸, por *separação dos poderes*. Este autor “propôs a criação de órgãos distintos e independentes uns dos outros para o exercício de certas e determinadas atividades”²⁶⁹.

Observando as sociedades em geral, os autores perceberam que existem três funções básicas em cada Estado: a de elaborar normas gerais; a de exteriorizar, num ato concreto, a vontade da lei; e a de solucionar os conflitos decorrentes de sua inobservância. Assim, cada um desses *poderes* exerce, predominantemente, uma função.

Ao Poder Legislativo, cabe a elaboração de normas gerais e abstratas, que visam à regulação tanto do próprio Estado quanto das pessoas que nele habitam. Ao Poder Executivo cabe a função administrativa, ou seja, de aplicar as normas anteriormente elaboradas. Ao Poder Judiciário, por sua vez, cabe a função de resolver os conflitos. Celso Ribeiro Bastos ensina que “a essência dessa doutrina consiste em estabelecer um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle a presidir o relacionamento entre os três órgãos supremos do Estado”²⁷⁰.

²⁶⁸ No geral, costuma-se atribuir ao BARÃO DE MONTESQUIEU a autoria de tal teoria. Entretanto, alerta CELSO RIBEIRO BASTOS que a identificação dessas funções remonta a ARISTÓTELES, ainda que este autor, à sua época, utilizasse outras palavras. Mais a frente, o estudo das funções existente no Estado foi retomada por outros teóricos, como LOCKE e BOLINBROCK, mas, no entanto, sem a clareza com que MONTESQUIEU tratou o tema (*Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 76).

²⁶⁹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 120.

²⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 76. Também leciona o precitado autor que “MONTESQUIEU tinha uma profunda descrença quanto ao homem desvencilhar-se de todos os desatinos que o poder o leva a cometer. Para ele a força corruptora do exercício do mando político está sempre presente. Chegou mesmo a afirmar que se todo poder corrompe o homem o poder soberano o corrompe soberanamente. Não sendo possível apelar para eventual regeneração do próprio homem forçoso se tornou encontrar um remédio para o arbítrio e a prepotência dentro do mecanismo de

É o que nossa Constituição adota expressamente em seu art. 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁷¹.

Relevante, no momento, se faz tecer breves comentários sobre a o Poder Judiciário, que exerce a função jurisdicional. Cintra, Grinover e Dinamarco²⁷² ensinam ainda que a Jurisdição é ao mesmo tempo poder, função e atividade. Poder porque decorre da ideia de poder estatal e da imperatividade de suas decisões. É função no sentido do encargo que possuem os órgãos estatais de dirimir os conflitos; e, por fim, é atividade porque envolve um complexo de atos do juiz. Cândido Rangel Dinamarco entende que por ter essa capacidade de impor suas decisões, a Jurisdição não é senão o exercício do poder do Estado, neste caso, direcionado a uma finalidade específica. Ela deve ser vista, segundo ele, como “*uma das expressões do poder estatal, que é uno*”, e não como *um* poder do Estado²⁷³.

Dessa forma, frente à impossibilidade de solucionar seus conflitos mediante o uso da própria força, as pessoas os levam à apreciação de um órgão jurisdicional, que profere uma decisão de acordo com o direito vigente e a impõe às partes. Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior²⁷⁴:

O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.

Dessa forma, a Jurisdição

não se restringe, apenas, à *declaração* judicial do direito. Jurisdição não é só *reconhecer*, no sentido de *declarar* quem tem e quem não tem um direito digno de tutela (de *proteção*) perante o Estado, ao contrário do que a etimologia da palavra poderia dar a entender (*juris + dictionis*, dizer o direito). A jurisdição envolve também, pelo menos à luz do modelo constitucional do processo civil brasileiro, as medidas voltadas concretamente à *tutela* (à *proteção*) do direito tal qual reconhecido pelo Estado-juiz²⁷⁵.

exercício do poder. Era preciso, pois, dispor as coisas de tal sorte que o próprio poder contivesse o poder. Daí a necessidade do seu desmembramento em três funções distintas [...]”.

²⁷¹ Sabe-se que essa *tripartição* de Poderes tem certas temperanças, na medida em que há as chamadas funções atípicas. É o caso, por exemplo, do Senado Federal, quando julga atos do Presidente da República (CR, art. 52, I).

²⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.. p. 145.

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 138.

²⁷⁴ THEODOR JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38.

²⁷⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 1, p. 249.

Mas o Poder Jurisdicional apresenta-se de modo organizado, dividindo-se em órgãos, a fim de melhor exercer sua função. E o que determina em quais casos cada órgão atuará é a chamada *competência*. De acordo com Patricia Miranda Pizzol²⁷⁶, dentre tantos conceitos apresentados pela doutrina sobre o tema, três podem ser destacados: (a) competência como medida de poder – medida de jurisdição; (b) competência como o próprio poder de exercer a jurisdição; (c) competência como regra de distribuição de atribuições ou de serviço. A autora opta pelo primeiro conceito.

4.3.2 Classificações da competência no processo civil

A análise de algumas classificações se faz pertinente antes de adentrar no estudo da competência na ação civil pública. De um modo geral, pode-se afirmar que diversos são os critérios de classificação da competência, conforme explicam Nelson Nery Junior e Rosa Nery²⁷⁷:

São vários os critérios adotados para classificar-se a e não se anulam entre si, mas, antes, se completam. Divide-se a competência em: a) internacional e interna; b) originária e derivada; c) objetiva e subjetiva; d) exclusiva e concorrente; e) absoluta e relativa; f) de foro e de juízo; g) material; h) funcional; i) valor da causa; j) territorial. O CPC classificou a competência em absoluta (material e funcional) e relativa (territorial e valor da causa).

A primeira classificação da competência que se pode destacar é a que a divide em competência absoluta e competência relativa. A competência absoluta é aquela que visa a proteger o interesse público, com o intuito de melhor administrar a justiça, e, em razão disso, não admite modificação de suas regras²⁷⁸. A alegação de incompetência absoluta pode ser feita a qualquer tempo e grau de jurisdição²⁷⁹. A competência relativa, por sua vez, toma por critério o interesse ou comodidade das partes, e admite modificação, seja por vontade dos interessados, seja pela ausência de exceção de incompetência, seja, ainda, por determinação legislativa²⁸⁰.

A competência pode ser territorial. Neste caso, se utiliza de um critério geográfico para sua definição, atribuindo-se uma circunscrição territorial sobre a qual o juízo exercerá

²⁷⁶ PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 121-122.

²⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 344, item 8 do comentário ao art. 91 do CPC.

²⁷⁸ PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 250 e ss.

²⁷⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Manual de Direito Processual Civil – Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 284-285.

²⁸⁰ PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 253.

suas atribuições; considera, portanto, lugar em que se exerce a competência²⁸¹. “Foro competente é o lugar onde alguém deve ser demandado”²⁸²; no caso da justiça estadual, o foro é chamado de comarca; para a justiça federal, dá-se o nome de seção judiciária. A competência territorial tanto pode ser relativa quanto absoluta.

A competência pode ser também funcional, caso em que se considera a função do órgão jurisdicional; as regras relativas a elas coexistem com as demais competências²⁸³. Sobre o tema, ensina Patricia Miranda Pizzol²⁸⁴:

Desta feita, podemos afirmar que a competência funcional é gênero, que abrange, além da competência hierárquica (que diz respeito à interposição de recurso, podendo ser chamada de recursal), a competência originária dos tribunais, as hipóteses em que o juiz fica vinculado à causa (..) e também nas hipóteses em que o juiz de certo território recebe a atribuição de julgar a causa por ser mais útil e eficaz, sendo chamada de competência territorial funcional (por exemplo [...]; ações coletivas, cf. arts. 2º da LACP e 93 do CDC; [...])

Há também a chamada competência material, que leva em consideração o pedido formulado pelo autor, que delimita a natureza da lide. Ela é, também, absoluta²⁸⁵.

4.3.3 A competência na ação civil pública

A competência na ação civil pública foi disciplinada, em um primeiro momento, pelo art. 2º da LACP; depois, com o advento do CDC, passou-se a aplicar também o disposto em seu art. 93, mais completo e sistematizado, por trazer requisitos até então inexistentes.

No entanto, para quem defende que a ação civil pública, prevista na LACP, é figura distinta da ação coletiva, que seria prevista no CDC, as regras não se complementariam, pois, na verdade, aplicar-se-iam cada qual para a ação a que se refere. Essa é a posição de Hugo Nigro Mazzilli²⁸⁶, que afirma que o art. 2º da LACP rege a competência das ações que tutelam interesses difusos ou coletivos, e que o art. 93 do CDC rege a ação que tutela a defesa de direitos individuais homogêneos (não só referentes aos consumidores, mas sim sobre qualquer assunto, pois, de acordo com o autor, isto estaria autorizado pelas normas dos arts. 21 da LACP e 90 do CDC).

²⁸¹ PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 155-156.

²⁸² ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Manual de Direito Processual Civil – Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 247.

²⁸³ *Ibid.*, p. 248.

²⁸⁴ PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 147-148.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 212-213.

²⁸⁶ MAZZILLI, Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 303.

Mas, ainda que este último dispositivo esteja inserido em capítulo referente a processos coletivos para tutela de direitos individuais homogêneos, deve estender-se também aos demais direitos tutelados pelas ações civis públicas, em razão das normas que determinam a interação das leis, formando o microsistema (LACP, art. 21; CDC, art. 90), conforme visto no item 2.1.

Isso porque não haveria sentido em estabelecer um regime diferenciado e mais detalhado somente para os casos de direitos individuais homogêneos, sem que a regra se estendesse, também, aos direitos difusos e coletivos, mormente porque se admite sejam tais direitos tutelados pela mesma ação. Por esta razão, os dispositivos contidos na LACP e no CDC, sobre competência, devem ser interpretados em conjunto, conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência²⁸⁷.

É este o entendimento que vem prevalecendo, consoante os ensinamentos de Antonio Herman Benjamin²⁸⁸:

Aplicação extensiva do art. 93: Segundo definido pela doutrina dominante, em entendimento com o qual concordamos integralmente, ainda que localizado no capítulo do CDC relativo às ações coletivas para tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93 aplica-se de modo mais amplo, como regra de fixação de competência a todas as ações coletivas para defesas de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto relativos às relações de consumo como a toda gama de direitos cuja tutela é reportada ao instrumento das ações coletivas. É o caso, como bem ensina Ada Pellegrini Grinover [...], de interpretação extensiva, frente à lacuna da lei, uma vez que nem a Lei da Ação Civil Pública ou o CPC têm norma expressa sobre a matéria.

Analisando-se os dispositivos apontados, a princípio pode-se afirmar que a regra geral de competência para processamento da ação civil pública é a do local do dano, eleito que foi o critério do resultado²⁸⁹. E nos casos em que o dano ocorra e mais de uma comarca, será competente qualquer delas “resolvendo-se a questão pela prevenção (CPC 106, 107, 219 e 263)”²⁹⁰.

²⁸⁷ Por exemplo: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. ART 2º DA LEI 7.347/85. ART. 93 DO CDC.1. No caso de ação civil pública que envolva dano de âmbito nacional, cabe ao autor optar entre o foro da Capital de um dos Estados ou do Distrito Federal, à conveniência do autor. Inteligência do artigo 2º da Lei 7.347/85 e 93, II, do CDC. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 13.660/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04 de março de 2008, *DJe* 17 mar. 2008)

²⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1673, comentário ao art. 93.

²⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 145, item 2.

²⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1439, comentário 1 ao art. 2º da LACP.

A natureza da competência é discutida pela doutrina; o art. 2º da LACP afirma tratar-se de competência “funcional”, ainda que conjugue, sem dúvida, o critério territorial. Ada Pellegrini Grinover²⁹¹ afirma que o dispositivo tratou de competência *funcional*, que é uma das formas de competência absoluta, mas valendo-se, também, do critério territorial. Nelson Nery Junior e Rosa Nery²⁹² também entendem que se trata de competência absoluta, em virtude do que seria “improrrogável por vontade das partes”. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso²⁹³, que, partindo do pressuposto que o legislador conjugou os critérios do território e funcional, afirma:

Não há dúvida que, no caso, trata-se de competência absoluta, com as consequências daí decorrentes: não se prorroga, não depende de exceção para ser conhecida, pode ser declarada de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é fator de nulidade absoluta, ensejadora de ação rescisória (CPC, art. 485, II).

E, ainda, Patricia Miranda Pizzol²⁹⁴ afirma que a competência em questão é territorial-funcional:

A interpretação dada aos dois artigos é no sentido de que a ação coletiva deve ser promovida no local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, ou seja, na Justiça Estadual (justiça local); em caso de intervenção da União ou interesse da União, a competência passa a ser da Justiça Federal, conforme art. 109 da CF (seção judiciária do local do dano). A competência é territorial funcional, ou seja, absoluta e improrrogável. É o que consta expressamente do art. 2º da Lei 7.347/85, e se deve ao fato de que o juiz do local do dano se encontra em melhores condições para julgar a lide. Além disso, o próprio membro do Ministério Público que atua na comarca onde ocorreu ou deva ocorrer o dano dispõe de mais elementos para a propositura da ação coletiva.

Ora, se aplicável o CDC ao caso, cabem, ainda, mais algumas observações. O CDC faz a distinção entre os danos de âmbito local, regional e nacional. Para os danos de âmbito local, elege o foro do local; para os danos de âmbito regional ou nacional, se vale da eleição de Capital do Estado ou do Distrito Federal, sem, no entanto, apresentar critérios para determinação do que concretamente se tratam tais expressões. Sobre o tema, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior²⁹⁵ ensinam:

²⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 145, item 2.

²⁹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1439, comentário 3 ao art. 2º da LACP.

²⁹³ *Ação Civil Pública*. 11.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 70.

²⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 572-574.

²⁹⁵ DIDIER, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 140.

Não há uma definição do que seja dano regional. Pode-se compreender como dano regional aquele que abarca uma das regiões do país (Norte, Centro-oeste, Nordeste, Sudeste e Sul); ou ainda um dano que atinja um número mínimo de comarcas. A questão é complicada.

E, de fato, na ausência de parâmetros legislativos mais concretos, parece que a solução seja a de verificar, caso a caso, a extensão do dano (ainda que potencial) a fim de que se delimite a competência.

Acerca da concorrência de foros, já se defendeu que o Distrito Federal seria o foro competente apenas nos casos em que o dano fosse de âmbito nacional, sendo as capitais dos Estados os foros competentes nos casos de dano de âmbito regional²⁹⁶. A questão, no entanto, está pacificada pelo STJ, no sentido de ser opção do autor coletivo o foro da capital do Estado ou o Distrito Federal, tratando-se, inclusive, de foros concorrentes²⁹⁷.

Especificamente quanto à ação civil pública urbanística, considerando que a competência de determina de acordo com o local do dano, pode questionar: qual o local do dano urbanístico? Pode haver dano urbanístico de âmbito regional ou nacional?

Alguns aspectos devem ser considerados para se responder às perguntas. O primeiro diz respeito à própria delimitação da área urbana, que é de competência do município. Depois, conforme se viu, as normas de direito urbanístico, quando editadas pela União ou pelos Estados, o são em caráter geral, cabendo à municipalidade editá-las em caráter específico. Também se considera que, mesmo em caso em que houver desrespeito às normas gerais, normalmente é a municipalidade que tem o dever de efetivá-las ou fiscalizar o seu cumprimento.

Por isso, parece plausível afirmar que o dano urbanístico, em regra, se apresentará em âmbito local. Isso parece se dar mesmo em hipóteses em que se encontrem danos que envolvam mais de um município, bastando pensar, assim, em amplas ocupações ou loteamentos irregulares que se estendam em áreas periféricas de municípios limítrofes.

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 147, item 5.

²⁹⁷ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. ART 2º DA LEI 7.347/85. ART. 93 DO CDC. 1. No caso de ação civil pública que envolva dano de âmbito nacional, cabe ao autor optar entre o foro da Capital de um dos Estados ou do Distrito Federal, à conveniência do autor. Inteligência do artigo 2º da Lei 7.347/85 e 93, II, do CDC. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg na MC 13.660/PR. Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 04 de março e 2008, *DJe*, 17 de março de 2008) COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. CC 26842/DF. Relator: Ministro Waldemar Zveitter. Rel. p/ Acórdão. Ministro: Cesar Asfor Rocha, julgado em 10 de outubro de 2001, *DJ* 05 de agosto de 2002. p. 194)

Discute-se, ainda, a competência nos casos em que a União seja parte²⁹⁸. De acordo com o art. 109 da Constituição, serão de competência da Justiça Federal as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Portanto, havendo órgão da Justiça Federal no local, será ele competente para o processamento e julgamento da causa.

Nos casos em que se analisar a competência da Justiça Federal, na propositura de ação civil pública urbanística, deve-se observar que não é o simples fato de a área ser de responsabilidade da União que tem o condão de retirar a competência da Justiça Estadual²⁹⁹.

²⁹⁸ É importante ressaltar que há discussão sobre a possibilidade de deslocamento do julgamento da demanda coletiva, da Justiça Estadual para a Justiça Federal, nos casos em que houver interesse do Ministério Público Federal. O STJ já decidiu pela resposta positiva e pela negativa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. ROMPIMENTO DE DUTO DE ÓLEO. PETROBRAS TRANSPORTES S/A – TRANSPETRO. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DOS PORTOS. LEI 8.630/93. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI 7.347/85. [...] 3. Em relação ao segundo fundamento do Recurso Especial, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal fixa a competência da Justiça Federal. 4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de atribuir à Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse processual que justifique a presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas na lide, consoante teor da Súmula 150/STJ. 5. **A presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão.** [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1057878/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 26 de maior de 2009, *DJe*, 21 ago. 2009) (grifou-se)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM FACE DE EX-PREFEITO POR DESVIO DE VERBAS. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SUMULA 209/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar ação de ressarcimento movida contra ex-prefeito, pela inaplicação de verbas federais repassadas por força de convênio, objetivando a estruturação de estabelecimento de ensino da municipalidade. 2. Ausência de manifestação de interesse da União em ingressar no feito, tendo em vista que a verba pleiteada já está incorporada ao patrimônio municipal. 3. "Compete ao Juízo Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.-" Sumula 209/STJ 4. **A propositura pelo Ministério Público Federal de Ação Civil Pública com vistas à defesa de interesses difusos ou coletivos, não é suficiente para a fixação da competência da Justiça Federal.** 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Rio Pardo de Minas-MG, suscitante. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 34204/MG. Primeira Seção. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 11 de dezembro de 2002, *DJ*, 19 de dezembro de 2002. p. 323) (grifou-se)

No entanto, a resposta afirmativa não parece ser a melhor decisão, pois, ao se analisar o dispositivo constitucional, a atuação do MP Federal não é causa para atribuição de competência à Justiça Federal. Ademais disso, vale lembrar que o parquet é uma instituição uma, sendo a sua divisão meramente administrativa. O MP Federal pode normalmente atuar na Justiça Estadual, assim como pode o MP Estadual atuar na Justiça Federal. O que justifica o deslocamento é o interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, e o MPF não se enquadra em nenhuma destas situações.

²⁹⁹ Por exemplo:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Cananéia. Área urbana. Área de proteção ambiental. APA-CIP. Área de preservação permanente. Terreno de marinha. Ausência de licença ambiental. 1. Legitimidade passiva. Município. As condições se aferem pelo que a inicial contém, abstraída a razão do que foi pedido. A petição

Ao que parece, será mais comum que a competência seja da Justiça Federal quando a União for a responsável direta pelo dano urbanístico, atuando em desacordo com a legislação pertinente.

No entanto, nos casos em que não houver Justiça Federal no local do dano (que é o foro absolutamente competente) poder-se-ia defender que a competência se deslocaria para a Justiça Estadual local, com fundamento no que dispõe o § 3º do art. 109 (“outras causas”). O STJ já decidiu neste sentido³⁰⁰. Esta Corte chegou, inclusive, a editar a Súmula 183 sobre o assunto, com o seguinte enunciado: “Compete ao Juiz Estadual, nas Comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.”.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento sobre o assunto, aduzindo que o julgamento de ações coletivas por órgãos da Justiça Estadual, nos casos em que a União for parte, somente poderia ocorrer com previsão expressa na lei, em virtude de o comando contido no art. 109, §3º, da Constituição, ser dirigido ao legislador infraconstitucional. Determinou, assim, que as demandas coletivas têm que ser ajuizadas na seção judiciária com competência territorial sobre o local do dano³⁰¹.

inicial contém causa de pedir e pedido em face do Município; é parte legítima para responder a ação. 2. Competência. **O simples fato da construção se assentar em terreno de marinha não desloca a competência para a Justiça Federal; a natureza da relação material desmatamento e ocupação de área de proteção ambiental, sem autorização dos órgãos competentes e com dano local deixa certa a competência da Justiça Estadual.** 3. Chamamento ao processo. O município insiste no chamamento ao processo da União e do Estado, mas não tem razão. A obrigação não se caracteriza como obrigação solidária entre os entes federativos, eis que embora devam, de forma comum, zelar pela proteção ao meio ambiente, cada um possui uma obrigação autônoma e, ainda que concomitante, não gera o direito de regresso de um contra os demais. Ausência de vínculo interno entre os obrigados a afastar a caracterização da solidariedade. Hipótese não prevista no art. 77 do CPC. [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0011109-09.2002.8.26.0562. Relator: Desembargador Torres de Carvalho, julgado em 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>).

³⁰⁰ COMPETÊNCIA. CONFLITO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E AO MEIO AMBIENTE. EXPLORAÇÃO DAS JAZIDAS DE CASSITERITA, SITUADAS EM ARIQUEMES-RO. I - compete a justiça estadual em primeiro grau processar e julgar ação civil pública, visando a proteção ao patrimônio público e ao meio ambiente, mesmo no caso de comprovado interesse da união no seu deslinde. Compatibilidade, no caso, do art. 2. Da lei n. 7.347, de 24.7.85, com o art. 109, parágrafos 2. e 3., da Constituição. II - extravasa o âmbito do conflito de competência decidir sobre a legitimação do Ministério Público para a causa. III - Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência do juízo estadual, isto e, da vara cível de Ariquemes-RO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. CC 2230/RO. Relator: Ministro: Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em: 26 de novembro de 1991, *DJ*, 16 de dezembro de 1991. p. 18491)

³⁰¹ EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I E § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 2º DA LEI Nº 7.347/85. O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei nº 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas "serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". Considerando que o Juiz Federal também tem

A doutrina critica este entendimento, conforme Patricia Miranda Pizzol³⁰²:

Não nos parece acertada a posição ora prevalente nos Tribunais Superiores, por alguns motivos: 1.º) a Constituição Federal, no art. 109, §3º, permite a delegação, por lei infraconstitucional, de competência da Justiça Federal à Estadual; foi exatamente isso que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública fizeram; 2.º) o argumento utilizado, de que a lei não expressa referência à Justiça Estadual, não se justifica, uma vez que o art. 93 do CDC fala “ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local” – ora, que se pode entender por justiça local nesse contexto, senão justiça estadual?; 3.º) a competência de que estamos tratando, como dito, é territorial funcional, logo, absoluta; isso se deve exatamente ao fato de que o juiz do local do dano é o que tem melhores condições de julgar a lide – ora, retirando-se a competência do juiz estadual, em tais hipóteses, se está permitindo que um juiz que não está próximo ao local do dano, que não tem as melhores condições de julgar a causa, o faça.

Para o direito urbanístico, este tema se sobreleva em razão de que, como se viu, em grande parte os danos urbanísticos se relacionam ao que dispõe o plano diretor e a legislação correlata. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atendido o plano diretor. Dessa forma, se em causa em que a União for parte – ela poderá, até mesmo, ser a responsável pelo dano urbanístico – o deslocamento de competência para comarca vizinha, onde se encontraria a vara federal, poderia trazer entraves ao desenvolvimento do processo (produção de provas, efetivação da defesa, eventual inspeção judicial etc.).

4.3.4 Litispendência, conexão e continência entre ações coletivas e ações individuais

No processo civil individual, os temas aqui tratados possuem bastante relevância em razão de a eles se aplicarem consequências práticas, que podem ser a extinção de um dos processos ou a reunião deles. Daí por que o estudo desses temas se faz relevante.

A litispendência está conceituada pelo art. 301, §3º, do CPC: “Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso”. Ela ocorre a partir da citação válida (art. 219), e é causa de extinção da segunda ação (que lhe é idêntica), nos termos do art. 267, V, também do CPC. Repetir a ação nada mais é do que propor uma ação que contenha os mesmos elementos de uma que lhe seja anterior, isto é, que tenha o mesmo pedido (mediato e imediato), a mesma causa de pedir (próxima e remota) e as mesmas partes. Fala-se, nestes casos, que as ações são

competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. RE 228955. Relator: Ministro Ilmar Galvão, julgado em 10 de fevereiro de 2000, *DJ*, 24 mar. 2001 PP-00070 EMENT VOL-01984-04 PP-00842 Republicação: *DJ*, 14 abr. 2000, p.00056, *RTJ*, vol. -00172-03 PP-00992)

³⁰² PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 577.

idênticas, devendo a primeira levar a segunda à sua extinção (pressuposto processual negativo)³⁰³⁻³⁰⁴. De acordo com Arruda Alvim³⁰⁵, a palavra “litispêndência” possui dois sentidos:

[...] o primeiro mais amplo que o segundo, a saber: 1.º) entende-se, no sentido amplo, litispêndência como sendo processo, em ato, produzindo todos os efeitos; 2.º) no sentido mais restrito, entende-se por litispêndência, meramente, um dos efeitos produzidos pelo processo, no sentido de um primeiro processo inibir um segundo cuja lide lhe seja idêntica, levando o segundo à sua extinção, sem julgamento de mérito (art. 301, §1º, e art. 267, V).

A conexão e a continência estão previstas no CPC dentre as causas de modificação da competência, respectivamente, nos arts. 103 e 104. Para que se caracterize a conexão entre duas ou mais ações basta que haja a coincidência de qualquer dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), ainda que, pela letra da lei, se extraia apenas o objeto (pedido) e a causa de pedir. Já a continência – que pode ser vista como espécie de conexão – tem por distinção o fato de uma ação ter o objeto mais amplo (causa continente) que o da outra (causa contida)³⁰⁶.

Esses institutos têm por consequência a modificação da competência, também conhecida por prorrogação da competência, resultando na reunião das causas, que se dá, essencialmente, por dois motivos: evitar julgamentos conflitantes das causas e a possibilidade de economia processual³⁰⁷. Assim, o juiz deve julgar as demandas conjuntamente, na mesma sentença; a alegação pode ser feita pelo réu, como preliminar de contestação (CPC, art. 301, VII), ou mesmo pelo autor, ou, ainda, pelo MP, quando atue como parte ou fiscal da lei; constitui-se matéria de ordem pública, razão pela qual pode ser conhecida de ofício pelo magistrado (art. 301, §4º, CPC).

O critério de determinação de prevenção deve ser verificado da seguinte forma: (a) se as demandas foram ajuizadas em juízos com a mesma competência territorial estará prevento o que despachou primeiro, de acordo com o art. 106 do CPC; (b) tratando-se de juízos com

³⁰³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 594, item 8 do comentário ao art. 301 do CPC; p. 524, item 8 do comentário ao art. 267 do CPC. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 443.

³⁰⁴ Trata-se de pressuposto processual extrínseco, exterior ao processo, portanto. Isso porque a partir da citação válida no primeiro processo, extingue-se o segundo.

³⁰⁵ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 315.

³⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 376, item 1 do comentário ao art. 103 do CPC; p. 378, item 1 do comentário ao art. 104 do CPC.

³⁰⁷ PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 289.

competências territoriais distintas, estará prevento aquele em que primeiro se deu a citação válida, nos termos do art. 219 do CPC.

Com base nesses conceitos é possível indagar em que medida são aplicáveis às ações coletivas, onde há razoável diferença de aplicação dos institutos clássicos do direito processual civil. E o problema se dá não somente em relação às ações civis públicas entre si, mas também delas em relação a outras ações coletivas ou mesmo ações individuais.

Em relação à litispendência, pode-se imaginar, por exemplo, a propositura de uma ação civil pública, pelo Ministério Público, que tenha como pedido a anulação de atos administrativos ilegais; como, por exemplo, a modificação do plano diretor de uma cidade sem que se siga o processo legislativo previsto para tanto; em seguida, determinada associação propõe uma ação civil pública que contenha a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Ou ainda um cidadão ajuíza determinada ação popular que tenha o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Há litispendência nesses casos?

Tendo em vista que a litispendência exige a coincidência dos elementos da ação – partes, pedido e causa de pedir – poderia argumentar-se no sentido de que as partes dessas ações não são as mesmas. No entanto, no processo coletivo, a análise não deve ser feita da mesma forma que no individual. Isso porque, como se viu, os esquemas de legitimidade se diferem daqueles previstos para os processos individuais, tratando-se de legitimação autônoma para a condução do processo, nos casos de direitos difusos e coletivos, e de substituição processual, no caso de direitos individuais homogêneos. Assim, não estão em juízo os titulares dos direitos tutelados, mas sim aqueles que a lei processual elegeu como legitimados.

A parte que demanda em juízo, portanto, não é o fator determinante da configuração da litispendência no processo coletivo. É nesse sentido a afirmação de Ricardo de Barros Leonel³⁰⁸:

Na identificação do autor, em virtude da característica dos interesses metaindividuais e da espécie da legitimação, não se leva em conta a sua identidade física ou institucional, mas sim a identidade da respectiva *condição jurídica*. Ainda que não haja a mesma identidade física ou institucional, havendo a identidade de condição jurídica (posição de autor quanto a determinada relação jurídica de direito material deduzida em juízo), o elemento subjetivo – parte ativa – de duas demandas coletivas propostas por autores “distintos” será o mesmo.

³⁰⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 237. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Vol. II – Processo Coletivo. 10.ed.Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 210, item 2.

No caso de litispendência entre ações, no processo individual a solução do legislador foi a extinguir a segunda demanda sem resolução do mérito (CPC, art. 267, V)³⁰⁹; no caso das ações coletivas, a considerar a relevância do objeto tratado e mesmo a forma em que cada ação pode ser conduzida por cada legitimado, a resposta não é automática. A extinção pura e simples de uma das ações não se demonstra como a melhor solução, tanto porque o legitimado da ação que seria extinta poderia atuar como até mesmo como assistente litisconsorcial na ação sobrevivente, de modo que sua atuação permaneceria.

Assim, parece que a melhor solução é a reunião para julgamento conjunto, caso os ritos sejam compatíveis e não haja desrespeito à regra de competência absoluta³¹⁰.

Em relação à ação individual, a ação coletiva não induz litispendência, por expressa previsão do art. 104 do CDC. Tanto porque o CDC oferece duas opções ao autor individual, quando houver o ajuizamento de ação coletiva: requerer a suspensão de sua ação individual, no prazo de trinta dias contado da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, ocasião em que poderá beneficiar-se da sentença coletiva, caso procedente, ou, se improcedente, requerer a continuidade de sua ação individual; ou, ainda, prosseguir com sua ação individual, mesmo com o ajuizamento da ação coletiva, caso em que ficará sujeito ao resultado de seu processo, mesmo procedente a ação coletiva (v. art. 104 e art. 103, §3º, ambos do CDC).

Em relação à conexão e à continência nas ações coletivas, prevalece o mesmo raciocínio: ainda que os legitimados ativos não sejam os mesmos, os titulares de direito material o são, configurando-se, assim, a identidade dos elementos. Portanto, imperiosa se faz a reunião das causas a fim de que sejam julgadas conjuntamente. Por ausência de regras específicas, aplicam-se os mesmos critérios do CPC para determinar o foro preventivo: se propostas na mesma comarca, será preventivo o juiz que primeiro despachou; se em comarcas distintas, aquele em que primeiro se der a citação.

4.4 PRESCRIÇÃO

A prescrição está tratada, como teoria geral, no Código Civil. Diz o art. 186 deste diploma que “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Para que se possa entender

³⁰⁹ De acordo com o art. 219 do CPC é a citação válida que induz a litispendência.

³¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 4, p. 172. Entendendo pela extinção do processo, em razão de ser tecnicamente melhor e evitar tumulto processual: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 3.ed.. Ed. RT. São Paulo: 2012, *passim* p. 261.

adequadamente o instituto, primeiramente, devem ser entendidos alguns conceitos que o precedem.

Primeiramente, tem-se aceito na doutrina a distinção que Chiovenda desenvolveu acerca de duas espécies do gênero “direitos subjetivos”: “a) direitos tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros (direitos a uma *prestação*); b) direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (*direitos potestativos*)”³¹¹. E é a primeira categoria de direitos que admite violação, na medida em que dependem da prestação por parte de outrem. A segunda categoria, por sua vez, não tem a mesma dependência; há, nestes casos, um estado de sujeição, que “é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele”³¹².

Por estes motivos é que se diz que a primeira categoria de direitos subjetivos pode ser “violada”, e isso ocorre na medida em que a prestação de outrem não se efetivar. E, de acordo com o CC, a partir da violação do direito, nasce a pretensão, que é o poder de exigir de outrem a prestação (ação ou omissão)³¹³. Para Agnelo Amorim Filho³¹⁴:

[...] fixada a noção de que o nascimento da pretensão e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria, (isto é, os “direitos a uma prestação”), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, e somente eles dão origem a pretensões, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos - (que são, por definição, “direitos sem pretensão”, ou “direitos sem prestação”, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação) - não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.

A prescrição, portanto, é o prazo que nasce com a violação do direito, e que, após o seu decurso, extingue a pretensão. A Decadência, por outro lado, se refere ao prazo para o exercício dos direitos potestativos. A respeito do tema, Nelson Nery Junior e Rosa Nery³¹⁵:

Por esse critério, somente as pretensões exercitáveis por meio de ação condenatória é que estariam sujeitas, sempre, à *prescrição*, porque somente os *direitos à prestação* é que podem ser violados. Quer haja, quer não exista prazo previsto em lei para o exercício da pretensão condenatória, ela é sempre sujeita à extinção por meio de prescrição. Os direitos potestativos, isto é, aqueles que podem ser exercidos independentemente de haverem sido lesados, são exercitáveis em juízo por meio de ação constitutiva (positiva ou negativa), quando a lei estabelecer prazo expresso para o exercício da pretensão constitutiva, esse prazo é de decadência.

³¹¹ CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 30.

³¹² CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 30.

³¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 470.

³¹⁴ *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 31.

³¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 540, item 13 do comentário ao art. 269 do CPC.

De acordo com o sistema adotado pelo CPC, e que é plenamente aplicável às ações coletivas, o reconhecimento da prescrição ou da decadência conduz à extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, IV).

Não há qualquer previsão legislativa sobre a prescrição nas ações civis públicas. Não obstante, a aplicação do prazo prescricional previsto para as ações populares vem sendo equivocadamente estendida à ação civil pública, como se verifica em recentes julgados do STJ³¹⁶.

Como se verá, a aplicação deste prazo é questionável na própria ação popular, e com maior razão dever-se-á ter reservas quanto à sua aplicação às ações civis públicas. Com efeito, inexistem nas leis que regem prazo prescricional, de modo que a doutrina chega a afirmar a existência de um silêncio eloquente, no sentido de que se a lei não tratou da matéria, se poderia afirmar serem os direitos difusos e coletivos imprescritíveis³¹⁷.

E tem-se que considerar que a ação civil pública tem por objeto os direitos metaindividuais, tais como o meio ambiente (imprescritível), o patrimônio público, a tutela dos consumidores etc. Não parece adequado estabelecer, assim, por analogia, um prazo prescricional quando a lei não o fez, devendo prevalecer eventual prazo disposto nas leis de direito material. Trecho de julgado do TJSP elucida a questão, tratando sobre o direito ambiental:

Com efeito, a alegação de prescrição quinquenal da ação civil pública, *data máxima venia*, não tem o menor cabimento, por primeiro porque este entendimento restritivo não está fixado na lei, e onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Exortando sobre a aplicação de tal anexam, diz Carlos Maximiliano: "Quando o texto dispõe de modo amplo, sem

³¹⁶ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECORRENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. POUPANÇA. COBRANÇA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65. 2. Embora o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição. 3. Em outro ângulo, considerando-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois em 1987 e 1989 não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC, incabível atribuir às ações civis públicas o prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 do CC/16. 4. Ainda que o art. 7º do CDC preveja a abertura do microsistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, a regra existente fora do sistema, que tem caráter meramente geral e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumerista, não afasta o prazo prescricional estabelecido no art. 27 do CDC. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 1070896/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14 de abril de 2010. DJe, 04 ago. 2010.)

³¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2.ed. RT: São Paulo, 2011, item 5.23.2. p. 384.

limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", Ed. Freitas Bastos, 1957, pág. 306). Tampouco é admissível a utilização, *in casu*, das regras de prescrição do Código Civil porquanto se sabe que as ações que versam sobre a defesa do meio ambiente são imprescritíveis, aí incluídas as ações civis públicas ambientais, até porque o dano ambiental, uma vez perpetrado, remanesce e se renova a cada dia, consoante ocorre no caso vertente, em que se discute implantação de loteamento em área coberta por mata nativa." (TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavaleiro, Agravo de Instrumento nº 0483106-43.2010.8.26.0000, J. 28/4/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>)

Nesse sentido, a jurisprudência vem reconhecendo a imprescritibilidade do dano urbanístico, com o mesmo raciocínio aplicável acima, ao fundamento de se caracterizar como dano continuado: enquanto permanecer a irregularidade, não se pode falar em perda da pretensão. Veja-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Loteamento irregular – Inocorrência de prescrição – Caráter continuado do dano, fazendo com que a pretensão que se prolongue no tempo. Impossibilidade de afastamento da legitimidade passiva das Réis, diante do contexto fático probatório. Decisão mantida - Recurso improvido. (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marrey Unt, Agravo de Instrumento nº 2016805-43.2013.8.26.0000, J. 29/4/2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>)

Este posicionamento demonstra-se adequado, na medida em que o dano urbanístico se assemelha bastante ao ambiental, por suas características, de modo que defender a imprescritibilidade do dano é a medida mais com a natureza dos direitos transindividuais.

4.5 COISA JULGADA

4.5.1 A coisa julgada no processo civil

A coisa julgada está prevista na Constituição, art. 5º, XXXVI, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, e constitui-se em verdadeiro fator de segurança jurídica e elemento formador do Estado Democrático de Direito³¹⁸.

Coisa julgada é a qualidade de imutabilidade da decisão final do processo. É formal aquela que impede que se discuta novamente, no mesmo processo, o que foi decidido, também denominada como preclusão máxima do processo. A coisa julgada material, por sua vez, é a que produz efeitos extraprocessuais, impedindo que se rediscuta a matéria em

³¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 62.

qualquer outro processo³¹⁹. É esta última que possui proteção constitucional, e pode ser assim definida:

Coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LINDB 6.º § 3.º), nem à remessa necessária do CPC 475³²⁰.

No esquema tradicional, a coisa julgada tem os seus limites nos seguintes moldes: (a) pelo limite objetivo, a coisa julgada atinge somente a parte dispositiva da decisão, não recaindo sobre seus fundamentos, por mais relevantes que sejam (CPC, art. 469); e, em razão de o ordenamento ter-se filiado à teoria da substanciação³²¹, “a definição do seu conteúdo vincula-se, portanto, ao que foi pedido na ação e constitui objeto do julgamento”³²²; (b) pelo limite subjetivo, somente as partes do processo são atingidas pela coisa julgada, que não beneficiará nem prejudicará terceiros (CPC, art. 472): “A regra geral é a de que a sentença somente obriga as pessoas entre as quais foi dada, não prejudicando nem beneficiando terceiros”³²³.

Em relação a este último conceito é que reside a diferença mais substancial da coisa julgada nas ações coletivas em relação à ela nas ações individuais, pois, de acordo com o sistema adotado, a coisa julgada operará efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender do direito tutelado, não se limitando somente àqueles que atuaram diretamente na demanda. Isso porque a parte da demanda coletiva leva a juízo interesse metaindividual, mediante a legitimação autônoma ou por representação (já que não há atuação direta dos titulares do objeto).

³¹⁹ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em 2/9/2012. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. São Paulo: Forense, 1974. p. 144.

³²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2014. p. 475.

³²¹ “O direito brasileiro, a exemplo do direito alemão (ZPO §253 2), adotou a *teoria da substanciação* do pedido, segundo a qual se exige, para a identificação do pedido, a dedução dos fundamentos de fato e de direito da pretensão [...]. divide-se em causa de pedir próxima e causa de pedir remota.” In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 376, item 2 do comentário ao art. 103 do CPC.

³²² NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 494.

³²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 737, item 2 do comentário ao art. 472 do CPC.

4.5.2 A coisa julgada nas ações coletivas

A disciplina geral da coisa julgada nas ações coletivas está contida no art. 103 do CDC³²⁴. Há, também, tratamento do tema no art. 16 da LACP³²⁵, de modo mais conciso e polêmico. De acordo com a sistemática adotada, a coisa julgada se opera da forma descrita por Ada Pellegrini Grinover³²⁶, analisada a seguir.

Para ações que tutelem direitos difusos e coletivos, se a demanda for julgada procedente, a coisa julgada operará efeitos *erga omnes*, para direitos difusos, e *ultra partes*, para coletivos (limitada ao grupo, categoria ou classe a que se refere o direito tutelado). Se for julgada improcedente, deve-se verificar o motivo da improcedência: se improcedente no mérito, os legitimados ficam impedidos de ingressar com outra demanda pelo mesmo fundamento, sem impedir, contudo, o ingresso de ações individuais; se julgada improcedente por insuficiência de provas, a sentença não se reveste de coisa julgada material, e qualquer legitimado poderá ingressar com nova demanda, inclusive pelo mesmo fundamento, desde que tenha, evidentemente, prova nova.

Já no que se refere às ações que tutelem direitos individuais homogêneos, há tratamento simétrico ao anterior, no sentido de que, se julgada procedente, se operará o efeito *erga omnes*. Mas, diferentemente dos casos anteriores, se julgada improcedente por insuficiência de provas, não se poderá ingressar com nova demanda coletiva, o que não impede que se ingressem com demandas individuais (que não tiver intervindo no processo coletivo).

³²⁴ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”

³²⁵ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

³²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 202-203, itens 6 e 7.

A coisa julgada nas ações coletivas, além de apresentarem esquema diferenciado de extensão de seus efeitos (fugindo à regra tradicional de que se limitam às partes do processo), tem, ainda, mais duas peculiaridades a serem ressaltadas: a primeira se refere à sua formação *secundum eventum litis*; a segunda, diz respeito ao chamado transporte *in utilibus* da sentença. Veja-se caso a caso.

A coisa julgada *secundum eventum litis*, nos casos de direitos difusos e coletivos, significa que a formação da coisa julgada depende do resultado do processo. A lei optou, para as ações civis públicas, por manter o esquema que já era previsto para as ações populares. Como apontado, caso a demanda seja julgada improcedente por insuficiência de provas, não lhe recairá a coisa julgada.

É consabido que sistemas de diversos países diferenciam-se pela adoção dos critérios de *opt in*, *opt out* ou a combinação entre os dois. No sistema norte americano, por exemplo, o *opt out* deve ser exercido caso o indivíduo não queira se sujeitar ao resultado da ação coletiva, ou seja, sua manifestação é para excluir-se. A determinação é de que o membro da classe deva optar por não ser abrangido pela decisão coletiva. De acordo com o *opt in*, de outro lado, o membro da classe deve manifestar-se para incluir-se sujeitar-se ao resultado da demanda, desde que devidamente notificados acerca de sua existência. Os que permanecerem inertes não serão beneficiados pela decisão coletiva, e, também, não poderão ingressar com suas demandas individuais.

O sistema adota pelo Brasil pretende ser mais atento à nossa realidade. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix³²⁷ trataram sobre o tema:

[...] a coisa julgada, no plano coletivo, atua *erga omnes*, tanto em caso de acolhimento como de rejeição da demanda, impedindo que novo processo coletivo seja intentado por qualquer legitimado. Mas no plano das pretensões individuais, a coisa julgada favorável pode ser imediatamente aproveitada, passando-se à liquidação e execução da sentença; enquanto a coisa julgada desfavorável não impede ações individuais, a título pessoal, dos membros do grupo.

[...] se trata de uma escolha consciente: entre prejudicar com uma coisa julgada desfavorável o membro do grupo que não teve a oportunidade de optar pela exclusão, pela técnica do *opt out*; entre o risco de esvaziamento dos processos coletivos, pela técnica do *opt in*, a grande maioria dos países ibero-americanos preferiu privilegiar os membros do grupo, invocando um princípio de igualdade real (e não apenas formal), que exige que se tratem diversamente os desiguais.

Portanto – e é de vital importância esclarecer este ponto – não há no sistema brasileiro qualquer prejuízo ao indivíduo em relação à propositura de demanda coletiva. O ajuizamento de uma ação coletiva não tem o condão, por si só, de impedir o ajuizamento de

³²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law*. Uma análise de direito comparado. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 241.

ação individual ou de interferir em seu resultado. Em que pese a possibilidade de discussão se esta foi ou não a melhor opção, atualmente é esta a regra do sistema.

Veja-se: o CDC conferiu ao indivíduo a **faculdade** de requerer a suspensão de sua ação individual, até o julgamento da ação coletiva:

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

Ada Pellegrini Grinover³²⁸ sintetiza as opções da seguinte forma:

- a) pretendendo o autor prosseguirem sua ação individual, ficará excluído da extensão subjetiva do julgado prevista para a sentença que vier a ser proferida na ação coletiva. Mesmo sendo ela favorável e projetando-se seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* (nos termos dos incs. I a III do art. 103, c/c seus §§ 1º e 2º), o autor que já pôs em juízo sua ação individual e que pretenda vê-la prosseguir em seu curso não será beneficiado pela coisa julgada que poderá eventualmente formar-se na ação coletiva. A ação individual pode continuar seu curso, por inexistir litispendência, mas o autor assume os riscos do resultado desfavorável (excepcionando expressamente o Código ao princípio geral da extensão subjetiva do julgado, *in utilibus*);
- b) se o autor preferir, poderá requerer a suspensão do processo individual, no prazo de 30 dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Nesse caso, será ele beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva. Sendo improcedente a ação coletiva, o processo individual tomará seu curso, podendo ainda o autor ver acolhida sua demanda individual, tudo coerentemente com os critérios da extensão subjetiva do julgado *secundum eventum litis* adotado pelo Código.

Como se vê, nosso sistema determina que a parte seja cientificada acerca do julgamento da ação coletiva, oferecendo-lhe a oportunidade de que requeira a suspensão do processo. Trata-se de benesse prevista em favor do indivíduo.

Na contramão do que determina o CDC, o STJ, recentemente, adotou posicionamento no sentido de possibilitar a suspensão das ações individuais *ex officio*, ou seja, sem que o indivíduo opte pela suspensão, “por razões ligadas à melhor ordenação dos processos, privilegiando-se a sua solução uniforme e simultânea, otimizando a atuação do judiciário e dasafogando-se sua estrutura, as mesmas razões justificam que se corrobore a retomada de ofício desses processos, convertendo-se a ação individual em liquidação da sentença coletiva”³²⁹.

³²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 213, item 5.

³²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 1189679/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24 nov. 2010, *DJe*, 17 dez. 2010.

Não há qualquer razão jurídica, apontada no julgado, para que os julgadores pudessem afastar a lei positivada (CDC, art. 104) e determinassem a suspensão *ex officio* dos processos; há ali tão somente motivos de política judiciária. A técnica interpretativa não admite que se resolvam os casos dessa forma, tradando-se, no caso, de ativismo judicial, deveras questionável.

Vê-se que a solução do caso concreto debatido no acórdão comentado teria que partir, obrigatoriamente, do texto normativo do art. 104 do CDC, o que não aconteceu. Afinal, o que fizeram os magistrados foi afastar expressamente a lei, por razões metajurídicas. De fato, parece até mais adequado, a fim de privilegiar-se a economia processual e a coerência do sistema jurídico que as ações individuais pudessem ser suspensas automaticamente; mas não foi essa a opção do legislador. Mas isso demanda alteração no sistema brasileiro por meio de atividade legislativa.

Ao que parece, a regra é a de que o magistrado, ao julgar o caso concreto, deve declarar expressamente na sentença que a demanda foi julgada em razão da insuficiência de provas; se não o fizer, será cabível o recurso de embargos de declaração³³⁰. No entanto, nada impede que se prove, posteriormente, que à época do julgamento da primeira demanda não havia provas suficientes para tanto, justificando-se, assim, a propositura de nova ação.

No mais, a existência de nova prova poderá ainda ensejar a propositura de ação rescisória, respeitado o prazo legal de 2 anos (CPC, art. 485)³³¹. Passado este prazo, não haverá mais o que fazer, sob pena de desrespeitar-se o instituto da coisa julgada (Constituição, art. 5º, inciso XXXVI). Vale lembrar, ainda, que assim como qualquer decisão judicial, a sentença proferida em processo coletivo poderá estar maculada pelo vício de inconstitucionalidade ou mesmo por outro vício a que a doutrina costuma apontar como injustiça. Nestes casos, o sistema prevê o uso da ação rescisória no prazo de dois anos (CPC, art. 485). Passado este prazo, não é possível falar-se em relativização da coisa julgada (desconsideração).

A coisa julgada está prevista expressamente na Constituição da República (art. 5º, XXXVI), e somente por lei, em hipóteses taxativas e bem definidas, é que ela pode ser

³³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 202-203, itens 6 e 7.

³³¹ Caso se trate de prova que poderia ter sido utilizada no processo, mas não o foi, não é admissível utilizá-la como fundamento de ação rescisória, pois isso colidiria com o princípio de que se acobertam pela coisa julgada as questões levantadas e as que poderiam ter sido levantadas no processo (CPC, art. 474), *in* GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 200, item 3a.

desconsiderada, não havendo que se falar em sua desconsideração por hipóteses não previstas em lei³³².

Caso a demanda seja julgada improcedente por insuficiência de provas, tanto o autor coletivo quanto o réu poderão recorrer. O réu, vale esclarecer, tem interesse recursal na medida em que este julgamento somente fará coisa julgada formal; se conseguir modificar, pelo recurso, para improcedência com provas produzidas, ser-lhe-á favorável a coisa julgada material³³³.

A coisa julgada *secundum eventum litis* não se confunde com a coisa julgada *secundum eventum probationem*, que diz respeito à formação de coisa julgada sobre a prova no processo.

Trata-se da denominada *coisa julgada secundum probationem*, segundo a qual a coisa incide exclusivamente sobre as provas produzidas, não colhendo as supervenientes à sentença³³⁴.

De acordo com esta teoria, com o surgimento de uma prova nova se poderia ingressar com nova demanda, pois a coisa julgada recairia somente sobre as provas produzidas no processo. Ela não está acolhida pelo ordenamento vigente, e não parece adequado aplicá-la sem que haja previsão legal para tanto. Como dito, no caso de surgimento de prova nova, o que se poderá fazer é ingressar com ação rescisória, no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado.

A segunda peculiaridade é a de que a ação coletiva não impede que os indivíduos proponham suas ações individuais. Como já afirmado, poderão optar pela suspensão da demanda individual até o julgamento da ação coletiva: se esta for julgada procedente, poderão os indivíduos prosseguir com a liquidação e execução da sentença. No caso de improcedência, não ficarão sujeitos à coisa julgada, podendo prosseguir com as demandas individuais.

É o chamado *transporte in utilibus* da coisa julgada, que permite que o indivíduo se beneficie da sentença de procedência da demanda coletiva, afastando a necessidade de obtenção de sentença condenatória em processo individual. Basta que ele inicie a fase de liquidação e execução de sentença em seu favor³³⁵.

³³² Por todos, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10.ed.São Paulo: RT, 2010. p. 51 e ss.

³³³ DIDIER JUNIOR., Fredie; ZANETI JUNIOR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4 – Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 351.

³³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos Coletivos nos países de civil lae e common law. Uma análise de direito comparado*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 242.

³³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II., p. 205, item 8. PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em

4.5.3 O art. 16 da LACP

A polêmica existente a respeito do art. 16 da LACP diz respeito a inserção, em sua redação, de limitação territorial aos efeitos da coisa julgada, levada a efeito pela Medida Provisória nº 1.570/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97. A doutrina, desde logo, passou a defender que a alteração possuía vários vícios; o primeiro deles seria o de que este artigo estaria revogado, em razão de o Código de Defesa do Consumidor ter disciplinado a matéria relativa à coisa julgada em seu art. 103. Assim, a alteração introduzida seria ineficaz, pois o art. 16 da LACP já não existia mais no ordenamento pátrio³³⁶. Nelson Nery Junior e Rosa Nery³³⁷, ao analisarem o dispositivo, concluem tanto pela sua inconstitucionalidade quanto pela sua ineficácia:

A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5.º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 *caput* para que o Presidente da República possa, em caráter *absolutamente excepcional*, legislar por MedProv. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90.

E, caso se considere que este dispositivo ainda vige, Ada Pellegrini Grinover³³⁸ defende que sua leitura deve ser feita em conjunto com os arts. 93 e 103 do CDC, resultando que:

a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações de defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, no âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.

http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 2 set. 2012. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo V. São Paulo: Forense, 1974. p. 144.

³³⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2.ed. Ed. RT. São Paulo: 2010. p. 280. NERY JUNIOR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1473.

³³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1474, item 13 do comentário ao art. 16 da LACP.

³³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 193, item 2a.

A jurisprudência do STJ, por sua vez, parece decidir ora pela aplicação, ora pelo afastamento do art. 16, conforme fica demonstrado nos seguintes acórdãos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. [...] 5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. [...] (REsp 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julga EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES.

JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1 - Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. Precedentes. 2 - Embargos de divergência acolhidos. (EREsp 411529/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 24/03/2010) do em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)

Patricia Miranda Pizzol³³⁹, analisando o artigo, sintetiza os argumentos contrários a ele:

(a) Fez-se verdadeira confusão entre coisa julgada e competência, o que resultou na inutilidade de tal alteração; (b) as ações coletivas se submetem à jurisdição civil coletiva e, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, vários dispositivos da Lei 7.347/1985 foram revogados tacitamente, inclusive o art. 16 da LACP; assim, sua alteração pela Lei 9.494/1997 foi completamente inócua, ineficaz; (c) a alteração do art. 16 promovida pela Lei 9.494/1997 viola vários princípios constitucionais (devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade das leis), além de ir na contra-mão da história, praticamente destruindo a ação coletiva, ou, ao menos, maculando-a gravemente; em vez de evitar a multiplicação das demandas e permitir a harmonização dos julgados sobrecarrega o Judiciário, gerando insegurança nas relações jurídicas, permitindo decisões conflitantes; (d) ainda que se entenda que o art. 16 continuava em vigor, depois do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, é inócua sua alteração, uma vez que o art. 103 do CDC não foi alterado e o regime jurídico das ações coletivas é um só, em função do princípio da interação, instituído pelos arts. 21 da LACP; 90 e 110 a 117 do CDC.

De fato, o posicionamento que se demonstra mais adequado ao processo coletivo e sua efetividade é o que afasta a aplicação do art. 16 da LACP. Há, nele, verdadeira confusão entre competência e jurisdição, pois, mesmo nos processos individuais, as decisões proferidas pelo magistrado de uma determinada comarca têm validade em todo o território nacional; há

³³⁹ A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 133.

exemplo na doutrina, inclusive, de que é como se a sentença proferida por um juiz de São Paulo, constituindo o divórcio, não valesse no Rio de Janeiro, e nesta cidade continuassem casados³⁴⁰.

4.6 EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO

4.6.1 A relevância da tutela específica para a tutela coletiva da ordem urbanística

Tendo em vista que a ordem urbanística constitui-se, em boa parte, de planejamentos, assume especial relevo na tutela coletiva a tutela da *obrigação de fazer*, para a qual o sistema prevê a chamada tutela específica, inserida, em primeiro momento, no art. 84 do CDC, e, posteriormente, estendida a todo o sistema processual civil, pelo art. 461 do CPC, que possui redação praticamente idêntica à daquele dispositivo³⁴¹.

Não obstante tratem os dispositivos de ação de conhecimento cuja sentença possuirá eficácia executivo-mandamental, é de vital importância salientar que em razão de prever-se, ali, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, poderão ser praticados atos executivos, que visem à satisfação do direito material, portanto, antes do tempo que normalmente o seria feito. Daí por que Cassio Scarpinella Bueno³⁴² ressalta que “releva, por isto mesmo, dar destaque aos atos jurisdicionais que podem ou devem ser praticados pelo magistrado para a satisfação do direito reconhecido suficientemente para o autor, no título executivo, seja ele [...] formado *antecipada* ou *ulteriormente*”.

Ademais, de acordo com o art. 475-I do CPC, o cumprimento de sentença de obrigação de fazer ou não fazer se dará na forma descrita no art. 461; tratando-se de obrigação de entrega de coisa, o mesmo procedimento lhe é aplicável (CPC, art. 461-A, §3º e 475-I).

Cândido Rangel Dinamarco³⁴³ esclarece que em tais casos exige-se que o obrigado se pautе de acordo com a conduta prevista na lei ou no contrato, de modo a produzir no mundo

³⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1475, item 13 ao comentário ao art. 16 da LACP.

³⁴¹ A bem da verdade, já havia disposição na LACP sobre as ações que tivessem por objeto obrigação de fazer ou não fazer, conforme art. 11: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.” No entanto o CDC e, posteriormente, o CPC, previram de forma mais abrangente e completa a chamada tutela específica.

³⁴² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 3, p. 420.

³⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, vol. IV, p. 508-509.

exterior o mesmo resultado que haveria de alcançar em caso de cumprimento, definindo a tutela específica da seguinte forma:

Diz-se específica a execução consistente na *restauração direta do interesse sacrificado* (Cristiano Mandrioli) mediante oferta, a quem tem um direito, da precisa situação que o obrigado deveria haver produzido e não produziu, ou que ele alterou sem ter o direito de alterá-la, ou impediu que se produzisse quando deveria ter permitido.

No mesmo sentido encontra-se Humberto Theodoro Júnior³⁴⁴, que a define da seguinte forma: “Ao cumprimento forçado, em juízo, na forma prevista no título da obrigação de fazer ou não fazer, atribuiu-se o *nomem iuris* de ‘tutela específica’. A execução do equivalente econômico denominou-se ‘tutela substitutiva’ ou ‘subsidiária’”.

Há no art. 461 do CPC uma série de medidas que visam ao alcance do resultado devido ou de seu equivalente, relegando-se as perdas e danos à subsidiariedade, “se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente” (CPC, art. 461, §1º). Apesar da redação do dispositivo, deve-se ter cuidado ao interpretá-lo, na medida em que um dos princípios norteadores da execução é a de que deve ser a menos gravosa ao executado³⁴⁵.

Aspecto bastante pertinente são as medidas de apoio previstas na lei, de duas espécies, coerção e constrição ou sub-rogação, a serem utilizadas na busca da tutela específica.

As medidas de apoio coercitivas são aquelas que influem sobre a vontade do obrigado, com vistas a pressioná-lo ao cumprimento da obrigação. Já as de constrição ou sub-rogação são as que o Estado substitui a atividade do obrigado, de modo a produzir os resultados que eram esperados³⁴⁶. Estas medidas são técnicas executivas, em rol exemplificativo contido nos §§ 2º, 5º e 6º do art. 461 do CPC.

Veja-se, a seguir, as que têm se demonstrado mais pertinentes.

³⁴⁴ THEODOR JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. II, p. 27.

³⁴⁵ Daí o questionamento de Cândido Rangel Dinamarco: “mas será sempre lícito optar pelas perdas e danos, mesmo sem a manifestação de qualquer resistência do devedor?”, In: *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 156. Diz ele, em outra obra: “Ao obrigado que em momento algum se mostrou resistente à pretensão representada pelo título executivo pode parecer mais conveniente entregar a própria coisa ou realizar o resultado específico, não sendo lícito impor-lhe a conversão sem que ele haja concorrido para isso e sem que haja sobrevindo a impossibilidade de fazê-lo; se o credor manifestar preferência pela conversão nessas circunstâncias, optará o obrigado entre aceitá-la ou não, sendo seu assentimento rigorosamente indispensável para que ela prevaleça.”, In: *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. 3.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 517-518.

³⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 512. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed.. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

(a) Multa – é medida coercitiva, que visa atuar sobre a vontade do devedor. De acordo com a lei, ela pode ser estipulada pelo magistrado a requerimento da parte ou de ofício, já que no §4º diz-se “independentemente do pedido do autor”³⁴⁷. Ela pode ser cumulada com o pedido de indenização por perdas e danos (§2º), tanto porque os institutos possuem naturezas distintas.

Caso seja concedida tutela específica antecipada, o juiz pode fixar multa diária para o caso de descumprimento, a ser arbitrada em valor elevado em razão de sua função inibitória, que incidirá após o decurso do prazo fixado para que o réu cumpra a obrigação, conforme determina o § 4º. No § 5º, não se especificou a periodicidade da multa, pois a lei afirmou poder-se aplicar multa “por tempo de atraso”, o que demonstra-se mais acertado, afinal, casos há em que não haverá um descumprimento diário.

O CPC deixou o valor da multa para ser arbitrado pelo magistrado, devendo ser compatível com a obrigação, mas em valor alto, de modo a servir como incentivo ao seu cumprimento. Tendo em vista a natureza da multa e sua finalidade, não há óbices a que passe o valor da obrigação principal³⁴⁸, podendo, ainda, ser alterada de acordo com as necessidades do caso concreto, tanto no valor quanto na periodicidade (§6º).

A multa passa a incidir a partir do inadimplemento da obrigação, no prazo que venha a ser estipulado pela decisão judicial. Em relação à sua cobrança. Há quem entenda deva sê-la feita após o trânsito em julgado da decisão, ainda que imposta a obrigação liminarmente e desta decisão contando-se o marco inicial da cobrança, aplicando-se o art. 12 da LACP³⁴⁹. No entanto, defende Cassio Scarpinella Bueno³⁵⁰ que, em razão de sua natureza e de sua finalidade, seria exigível imediatamente porquanto possibilitaria verificar se alcançado o que dela se espera ou se necessária outra medida:

É por isso que a *exigibilidade* imediata da multa tem de significar uma das seguintes alternativas: (a) o acatamento, pelo executado, da determinação judicial; (b) a alteração do valor e/ou periodicidade da multa visando à observância imediata da determinação judicial pelo executado; (c) a tomada de outra medida de apoio

³⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante em vigor*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 701.

³⁴⁸ PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 120. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. 3.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 536. BUENO, BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 3., p. 423.

³⁴⁹ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus. 1998. p. 175.

³⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 3, p. 426.

visando à obtenção da tutela específica com o abandono da multa que será devida até então, nunca indefinidamente.

Considerando que no caso da ordem urbanística o poder público figurará no polo passivo, em razão dos motivos expostos no item 3.1., é pertinente indagar: pode a multa ser aplicada contra a Fazenda Pública? A resposta que mais se adequa à Constituição e às finalidades do instituto é a afirmativa³⁵¹, pelas razões de Cândido Rangel Dinamarco³⁵²:

Seria incompatível com a índole do Estado-de-direito imunizar os entes estatais às medidas energéticas que o Código de Processo Civil estabelece com vista à realização específica dos direitos em casos nos quais não se trata de desfalcocar o patrimônio público mas de impor aos agentes do Estado certos comportamentos exigidos pelo direito (um fazer, um não-fazer, um entregar o que por direito é de outrem.

(b) Medidas de sub-rogação – são as demais previsões do §5º do art. 461. Como se viu, seu rol é meramente exemplificativo, podendo-se adotar outras medidas que se mostrem pertinentes no caso concreto. Traduzem os meios sub-rogoratórios a possibilidade de o Estado

³⁵¹ Este julgado, inclusive, demonstra a necessidade de adequação do valor da multa à situação e a possibilidade de aplicá-la contra a Fazenda Pública:

“CONSTITUCIONAL. URBANÍSTICO. AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AGI. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISTRITO FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. OMISSÃO NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. DEVERES DE MANUTENÇÃO DA ORDEM URBANA E DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. ARTIGOS 182 E 225 DA CF. FIXAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC E ART. 11 DA LEI 7.347/85. DESFAZIMENTO DE OBRAS. MEDIDA QUE OSTENTA CARÁTER DE IRREVERSIBILIDADE. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. 1 - NÃO HÁ OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES O FATO DE O MAGISTRADO DETERMINAR, SOB PENA DE MULTA, À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE EXERÇA SEU MISTER CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DE MANUTENÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA. 2 - CABE AO PODER JUDICIÁRIO, EM HONRA AO SISTEMA DENOMINADO FREIOS E CONTRAPESOS - *CHECKS AND BALANCES* -, INTERVIR NOS ATOS PRATICADOS PELO PODER EXECUTIVO, QUANDO VERIFICADO FLAGRANTE DESVIO AOS DITAMES CONSAGRADOS DA CARTA DA REPÚBLICA E PRECONIZADOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. 3 - FICA O JUIZ AUTORIZADO, SEGUNDO O § 5º DO ART. 461 DO CPC E, ESPECIALMENTE, NO CASO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NOS TERMOS DO ART. 11 DA LEI 7.347/85, A DETERMINAR A CESSAÇÃO DA ATIVIDADE NOCIVA, SOB PENA DE COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA, DETERMINANDO PROVIDÊNCIAS QUE ASSEGUREM O RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE AO DO ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER. 4 - REFORMA-SE A DECISÃO TÃO-SOMENTE NO PONTO EM QUE DETERMINOU O DESFAZIMENTO DAS OBRAS ERIGIDAS NO LOCAL, HAJA VISTA QUE EVENTUAL DEMOLIÇÃO DAS CONSTRUÇÕES IMPLICARIA DANO DE DIFÍCIL OU DE IMPOSSÍVEL REPARAÇÃO, MORMENTE EM RAZÃO DAS OBRAS DE DRENAGEM DE ÁGUAS PLUVIAIS JÁ INICIADAS NA LOCALIDADE. 5 - NÃO CABE MEDIDA LIMINAR QUE ESGOTE, NO TODO OU EM QUALQUER PARTE, O OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (ART. 1º, § 3º, DA LEI 8.437/92). AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJ-DF - AGI: 20070020066636 DF, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 26/09/2007, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 02/10/2007 Pág.: 110).

³⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. IV, p. 534.

substituir a atividade que era devida pelo obrigado, em busca da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Por isso afirma Kazuo Watanabe³⁵³:

Pensemos, por exemplo, no dever legal de *não poluir (obrigação de não fazer)*. Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.), e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ser ela novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de *cessar a atividade nociva*. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de *força policial* (§ 5º do art. 461). São meios sub-rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no § 1º do art. 461.

Em relação à ordem urbanística, mostra-se de especial relevo a possibilidade de “desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva”. Há, no STJ, julgado que ilustra bem o espírito de ação civil pública para a tutela da ordem urbanística; os trechos que seguem demonstram a necessidade de desfazimento de obra em razão de serem incompatíveis com os ideais urbanísticos de Brasília, DF³⁵⁴:

O legislador quis proteger a cidade em suas duas perspectivas, como criação físico-territorial, em que sobressai sua natureza de bem imóvel (o aspecto tangível), e, simultaneamente como bem imaterial (o aspecto intangível), um ideal arquitetônico, urbanístico e paisagístico, que, não obstante sua abstração, é, como muitos outros bens abstratos, reconhecido e resguardado pela lei. Aos direitos imobiliários tradicionais o ordenamento moderno adiciona um crescente rol de direitos culturais, que com as coisas (objetos materiais) dialogam, delas dependendo, mas com elas não se confundindo.

Acredito que a instalação de grades (assim como guaritas físicas), que isolem essa área de ampla e irrestrita circulação entre os pilotis, “destrói” aspecto essencial (= a concepção do chão livre) e “mutila” o projeto urbanístico visionário de Lúcio Costa, pois, em acréscimo à modificação física da estrutura dos prédios, veda, reduz ou dificulta o acesso ao bem histórico-cultural, em favor de uns poucos, transformando o ideal de Brasília, como cidade dos espaços abertos, em guetos privados de aproveitamento limitado aos residentes de cada prédio. Uma clara e inadmissível privatização do espaço público. [...]

Tudo considerado, creio que andou bem o Juiz Federal de Primeiro Grau quando determinou que o Distrito Federal promova, imediatamente, as medidas administrativas necessárias para a retirada total das grades dos pilotis dos edifícios localizados na Região Administrativa do Cruzeiro, sendo implícito no comando judicial que a remoção deve ser feita às expensas dos proprietários e que, além da correção da degradação já realizada, o órgão cumpra com seus deveres de prevenção de novas ocorrências.

Agora, faz-se pertinente o breve estudo de medidas liminares que podem ser concedidas nas ações civis públicas, e que, igualmente, visam à sua efetividade.

³⁵³ Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer o não fazer, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 44-45.

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 840918/DF. Relator: Ministra Eliana Calmon, Rel. para Acórdão Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 14 out. 2008, *DJe*, 10 set. 2010.

4.6.2 Tutelas de urgência nas ações civis públicas

A efetividade jurisdicional tangencia outro ponto bastante pertinente, que diz respeito às medidas de urgência nas ações coletivas. A LACP já previa a possibilidade de concessão de *liminar*, no art. 12, sem se especificar, ali, sua natureza, se cautelar ou se de tutela antecipada. De qualquer forma, com a promulgação do CDC e com o microsistema de ações coletivas, com aplicação subsidiária do CPC, não se pode negar que ser possível a concessão tanto de medidas cautelares quanto de tutelas antecipadas nas ações coletivas.

As medidas não se confundem, e, analisando-as bem, o traço marcante que as distingue é sua função:

Quanto à **função**, podemos dizer que a antecipação da tutela visa à obtenção de efeitos práticos, concretos e reais da tutela jurisdicional antes do tempo em que normalmente ocorreriam, enquanto a tutela cautelar objetiva assegurar um direito ameaçado, salvaguardando-o. A natureza da primeira é satisfativa, enquanto da segunda é assecuratória. Esse parece ser, de acordo com a doutrina, o traço distintivo predominante das medidas de urgência em análise.³⁵⁵

Com a inserção do §7º do art. 273, que dispõe sobre a fungibilidade da tutela antecipada, não se faz necessária a rigorosa distinção dos institutos, mormente nos casos em que se encontrarem em zona cinzenta, fluida, podendo-se confundir. Mas, de modo geral, é possível distinguir as situações para que se manejem adequadamente os pedidos de tutela de urgência. Veja-se como cada uma opera nas ações coletivas.

(a) Tutela antecipada - “A antecipação da tutela pode ser conceituada como a modalidade de tutela de urgência que busca satisfazer, ainda que provisoriamente, no plano fático (material), a pretensão do requerente, entregando-lhe o bem da vida pleiteado antes do momento em que normalmente seria feito e com base em cognição superficial, a fim de prevenir o perecimento de seu direito”³⁵⁶. Sua disciplina, de modo geral e mais abrangente, foi realizada pelo CPC, no art. 273, com a redação que lhe conferiram as reformas processuais de 1994 e 2002, prevendo-se, ali, de forma mais abrangente, seus institutos fundamentais.

No CPC podem ser vislumbradas a concessão de tutela antecipada em três hipóteses: (i) com base na prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança das alegações – art. 273, *caput* – somando-se o requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação –

³⁵⁵ CARVAS, Felipe. *Tutela antecipada nas lides individuais e coletivas de consumo*, p. 7. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/felipe-carvas-mestrado-artigo-a-tutela-antecipada-processo-consumidor-vf-.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 6.

inciso I – que nada mais são do que o conhecido *periculum in mora*; (ii) com base na prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança das alegações – art. 273, *caput* – somando-se o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, devendo até mesmo a doutrina tratar-se, aqui, de tutela antecipada com caráter sancionatório³⁵⁷; (iii) tutela antecipada em caso de pedidos incontroversos, prescindindo-se da demonstração dos requisitos anteriores.

Dispõe a lei (CPC, art. 273, §1º) que a decisão que conceder a tutela antecipada deverá ser motivada, o que sequer seria necessário em razão do que dispõe o art. 93, IX, da Constituição. Traz, como “requisito negativo”, o disposto no §2º do art. 273, impedindo que se conceda tutela antecipada nos casos em que as consequências da antecipação puderem ser irreversíveis, o que, decerto, há de ser recebido com temperança, na medida em que os fatos concretos poderão revelar a necessidade de transpô-lo.³⁵⁸

A decisão que antecipar a tutela poderá ser efetivada pelos mesmos meios estudados no item anterior, tendo em vista o que dispõe o §3º do art. 273: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A”.

A disciplina, nas ações coletivas, foi realizada de modo mais breve e incompleto, o que motiva a aplicação de algumas regras do CPC ao caso. Para os casos de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (CPC, art. 461, §3º; CDC, art. 84, §3º) e de entregar coisa (CPC, art. 461-A, §3º), a concessão de tutela antecipada, nas lides coletivas, observará requisitos mais brandos que os do art. 273, já que a situação está expressamente tratada. Sobre este dispositivo, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso³⁵⁹:

Em verdade, a hipótese focada no citado §3º do art. 84 do CDC, mais do que um singelo *acautelamento* a um direito ameaçado, configura uma *antecipação dos efeitos* da tutela pretendida, porque aquele dispositivo não é voltado a “assegurar a eficácia prática de provimento cognitivo ou exercício futuro” (que constitui a característica principal das cautelares), mas na verdade por ali se dá um *vero adiantamento*, ainda que provisório, de todos ou alguns efeitos perseguidos *principaliter*, à semelhança do que se dá nas liminares em possessórias, despejo e mandado de segurança.

Os dispositivos em questão trazem requisitos mais brandos que os do art. 273 do CPC, a saber, o *fumus boni iuris*, que se traduz no fundamento relevante da demanda, e o

³⁵⁷ Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 4., p. 18; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. p. 277.

³⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante em vigor*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 553.

³⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*, 5.ed. Saraiva. São Paulo: 2013. p. 22.

periculum in mora, que é o justificado receio da demora do provimento final, que são, na verdade, os requisitos gerais da tutela de urgência. Nos demais casos, em que não se tratar de tutela específica antecipada, aplica-se o art. 12 da LACP, que silenciou quanto a eventuais requisitos. Por isso, entente a doutrina devam ser aplicados estes mesmos requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – ao caso³⁶⁰.

No mais, é de se destacar que são aplicáveis às ações coletivas algumas disposições do art. 273 do CPC, como a provisoriedade da decisão que antecipa a tutela, a fungibilidade entre tutela antecipada e cautelar, as medidas de efetivação, o requisito negativo de irreversibilidade das consequências de fato e a necessidade de fundamentação da decisão, pois, como se viu, é no CPC que a matéria recebeu tratamento mais abrangente e completo, consubstanciando-se ali normas gerais sobre o tema.

(b) Medida cautelar – também é possível o ajuizamento de medidas cautelares para a tutela de direitos difusos e coletivos, até mesmo em razão de previsão expressa no art. 4º da LACP: “Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Seus requisitos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que são os mesmos da tutela antecipada. Decerto que a medida cautelar é instituto amplamente estudado e regulamentado no processo civil, de modo a serem aplicáveis aos processos coletivos suas disposições, tanto na possibilidade de ajuizamento de ação cautelar como no que toca à sua efetivação. Também não se pode ignorar que a cautelar poderá ser incidental, sem que haja a necessidade de ajuizamento de ação própria, vale dizer, pode-se formular pedido cautelar já na própria ação civil pública.

Assim, a tutela cautelar poderá se mostrar bastante importante na proteção da ordem urbanística, com o intuito de evitar o dano, podendo-se falar, por exemplo, na possibilidade de evitar que sejam praticados atos como o registro de loteamentos irregulares, a construção de edifícios sem prévia realização de EIV etc.

³⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante em vigor. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1466. PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p.130.

4.6.3 Breves considerações sobre a execução no processo coletivo

Falar em efetividade da tutela jurisdicional é falar em execução, afinal, de nada adiantaria prever-se todo um sistema processual apto ao reconhecimento de um direito se não houvesse meio capaz de efetivá-lo na prática. Por isso afirmou Enrico Tulio Liebman³⁶¹ que “o conhecimento e julgamento da lide (processo de cognição) e a atuação da sanção (processo de execução) são duas formas igualmente importantes de atividade jurisdicional, que se complementam, estando uma a serviço da outra. Julgamento sem execução significaria proclamação do direito em concreto sem sua efetivação; e, por sua vez, execução sem cognição poderia resultar no arbítrio mais evidente.”.

Cândido Rangel Dinamarco³⁶² define a execução civil da seguinte forma: “Execução é, portanto, em uma primeira abordagem, o conjunto de medidas com as quais o juiz produz ou propicia a satisfação do direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra, quer com o concurso da vontade desta, quer independentemente ou mesmo contra ela.”

Antigamente, o processo de execução era sempre autônomo, de modo a exigir sempre a formação de uma nova relação jurídica processual para que se praticassem os atos executivos, mesmos nos casos em que havia sentença proferida após anos de trâmite do processo de conhecimento. A exigência de dois procedimentos autônomos para a satisfação do credor fazia com que o processo fosse mais demorado, antifuncional e com custos mais elevados. Isso levou, de um lado, à ampliação do rol de títulos executivos (que possibilitaram o ingresso direto com a via executiva), e, de outro, a quatro importantes reformas que atingem o campo da execução³⁶³.

A primeira reforma, em 1994 (Lei nº 8.952/1994), alterou o art. 273 do CPC, introduzindo a chamada *tutela antecipada*, pela qual tornou possível a satisfação provisória do pedido, com base nos requisitos ali trazidos, antes do tempo em que normalmente o seria feito. Com ela, inclusive, foram introduzidos atos típicos do processo de execução durante o processo de conhecimento.

A segunda reforma pertinente, por esta lei, ocorreu no art. 461, introduzindo a chamada tutela específica no sistema para as obrigações de fazer e não fazer; num quarto

³⁶¹ LIEBMAN, Eurico Tulio. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 4.

³⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. IV, p. 32.

³⁶³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. II, p. 87.

momento (em 2002), houve a introdução do art. 461-A, para a tutela específica das obrigações de dar.

José Miguel Garcia Medina³⁶⁴ enxerga nestas medidas uma mitigação ao princípio da autonomia da execução:

Contemporaneamente, *inverteram-se os pesos de tais princípios* no ordenamento jurídico processual, **uma vez que se tornou possível a realização de atos executivos no curso de qualquer ação de conhecimento condenatória, antes mesmo de ser proferida a sentença no sentido do art. 269 do CPC (cf. art. 273, §3º, inserido pela Lei 8.952/1994) e, em se tratando de ações tendentes ao cumprimento de deveres de fazer ou não fazer, bem como de entregar coisa, as sentenças passaram a ser executivas (cf. art. 461 e 461-A, na redação das Leis 8.952/1994 e 10.444/2002, respectivamente).** (grifou-se)

O quarto momento veio com a reforma de 2005, pela qual o CPC passou a prever duas espécies de execução: o cumprimento de sentença (art. 475-J), reservada aos títulos executivos judiciais (art. 475-N); e a execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 585)³⁶⁵. Assim, com esta nova sistemática, ora a execução se dará em continuidade ao processo de conhecimento, constituindo-lhe tão somente nova fase processual (= procedimento), o que se tem chamado de processo sincrético; ora se dará em processo autônomo, a exigir citação do executado.

Cândido Rangel Dinamarco³⁶⁶ traça o seguinte panorama das execuções:

- I – execução por título extrajudicial: processo executivo autônomo;
- II – cumprimento de sentença civil proferida por juiz integrante do Poder Judiciário brasileiro (não juiz penal, não árbitro, não juiz estrangeiro): em continuação ao processo de conhecimento (regra geral);
- III – cumprimento de sentença penal, arbitral ou estrangeira: processo autônomo;
- IV – cumprimento de sentença proferida contra a Fazenda Pública: processo autônomo;
- V – cumprimento de sentença condenatória em alimentos: processo autônomo.

Apesar da previsão destes procedimentos – cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial – as normas que regem as práticas dos atos executivos são, na maior parte, as mesmas, até mesmo em razão do que dispõe o art. 475-R. E não são poucos os atos previstos na parte do CPC concernente à execução de título extrajudicial que se aplicam ao

³⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno*. Vol. 3. Execução. 2.ed. São Paulo: RT, 2011, vol. 3, p. 25.

³⁶⁵ “Atendendo a ponderações de Humberto Theodoro Junior, formuladas há algumas décadas em sede doutrinária, os Reformadores do Código de Processo Civil (particularmente Athos Gusmão Carneiro) tomaram como certa a premissa de que a dualidade de processos constituiria um entrave ao andamento das causas em juízo e que a citação do executado seria um desconfortável ponto de estrangulamento, responsável pelas longas demoras processuais lamentadas em todos os quadrantes do país.” In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 459.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 458.

cumprimento de sentença, como, por exemplo, a responsabilidade patrimonial, a penhora, a avaliação, adjudicação etc.

A execução terá seu procedimento determinado de acordo com a natureza da obrigação que está sendo cobrada³⁶⁷. No caso do cumprimento de sentença, se se tratar de inadimplemento de determinada quantia devida em dinheiro, a execução será de quantia certa (CPC, art. 475-J); se se tratar de inadimplemento de obrigação de fazer ou não fazer (CPC, art. 461), ou de entrega de coisa (CPC, art. 461-A), se procederá à execução com técnicas apropriadas à efetivação do direito.

Para as execuções lastreadas em título executivo extrajudicial, preveem-se as mesmas modalidades: entrega de coisa (CPC, arts. 621 e ss.), obrigação de fazer e não fazer (CPC, arts. 632 e ss.) e por quantia certa contra devedor solvente (CPC, art. 646 e ss.). Preveem-se também procedimentos específicos como a execução contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 730 e 731) e execução de alimentos (CPC, arts. 732 e ss.). E é na parte de execução de título extrajudicial que grande parte das regras aplicáveis a todos os processos de execução estão previstas, como a responsabilidade patrimonial, penhora, avaliação, adjudicação, alienação etc.

Nos processos coletivos, a princípio, a execução pode se fundar tanto em título judicial quanto extrajudicial. O art. 475-N do CPC traz rol de títulos executivos que parece ser plenamente aplicável à tutela coletiva, não havendo, portanto, incompatibilidades, como se verá. Já o art. 585 do CPC não parece ser muito aplicável ao microsistema, pois dificilmente algum destes títulos lastreará a execução coletiva.

Na legislação coletiva, a previsão de execução está contida no art. 98 do CDC e no art. 15 da LACP.

O CDC prevê, na verdade, tanto a execução coletiva quanto a individual do julgado. A execução pode ser de qualquer espécie, de acordo com o pedido na ação coletiva. Vale dizer, se condenado o réu a uma obrigação de fazer, como despoluição de uma determinada área, desconstrução de obra irregular etc., o cumprimento de sentença poderá ser realizado na forma do art. 461 do CPC; se condenado ao pagamento de quantia, na forma do art. 475-J do CPC.

A execução coletiva deverá ser realizada nos mesmos autos da ação condenatória (CDC, art. 98, II), e poderá ser iniciada por qualquer dos legitimados do art. 82 do CDC e 5º da LACP, inclusive os que não tenham sido autores da ação coletiva. O art. 15 da LACP,

³⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. IV, p. 464.

inclusive, determina que “decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

Em verdade, essa regra não recai somente para os casos em que a inércia for da associação, mas sim de qualquer dos legitimados. Portanto, julgada a demanda sem que o autor coletivo promova a execução do julgado, o *parquet* deverá fazê-lo³⁶⁸.

A execução pelos legitimados poderá referir-se tanto à condenação referente aos direitos difusos e coletivos, quanto, se o caso, em nome das vítimas ou seus sucessores, hipótese em que deverão estar devidamente autorizados para tanto.

No caso de execução individual, a competência será a do juízo da liquidação ou o da ação condenatória; ocorre que o art. 97, parágrafo único, que estabelecia a competência para a liquidação (foro do domicílio do liquidante) foi vetado. No entanto, o veto foi inócuo, na medida em que a melhor interpretação indica que deve ser aplicado ao caso o art. 101, I, do CDC, que prevê que o consumidor poderá propor ação de responsabilidade civil contra o fornecedor no foro de seu domicílio³⁶⁹.

Esta resposta é a mais razoável na medida em que se o consumidor pode propor a ação de conhecimento em seu domicílio, não faria sentido que justamente o processo que se destina à efetivação de seu direito (execução) tenha que ser proposta no foro da ação condenatória. Pensando-se em casos em que o dano for de âmbito regional ou nacional, a exigência seria ainda mais absurda.

E mesmo nos casos em que não se tratar de relação de consumo, como os danos à ordem urbanística, a regra é de salutar aplicação, mormente porque, como ficou demonstrado, as normas processuais do CDC se interagem com as da LACP. Seja como for, o problema parece se amenizar em relação à ordem urbanística, pois, como se viu, os danos acabam ficando restritos ao âmbito local.

³⁶⁸ O Ministério Público verificará se a desistência é infundada ou não. “No caso sob exame, não há discricionariedade para o órgão do *parquet*; mas, sim, integração de um conceito jurídico indeterminado”, e, ainda, “não vemos razão para que este regime não possa ser aplicado quando houver desistência infundada por qualquer dos demais legitimados à propositura da ação civil pública.”. In: NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Vol. II – Processo Coletivo*. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 235 e 237, itens 1 e 3 dos comentários ao art. 112. Sobre o princípio da obrigatoriedade: “Impondo ao Ministério Público o dever de guarda de interesses indisponíveis, transformando-o em autêntico defensor dos direitos sociais, munindo-o com aparato destinado a assegurar a efetividade de sua atuação – inclusive mediante a concessão de autonomias financeira, orçamentária e administrativa –, seguramente o legislador não está a admitir tenha o *Parquet* plena liberdade de apreciar a oportunidade e a conveniência de seu agir concreto.”. In: SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade. Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*. São Paulo: Método, 2007. p. 194.

³⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo*. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. p. 161, item 3.

Merece destaque ainda a previsão da *fluid recovery* no direito brasileiro (CDC, art. 100), oriunda de inspiração na experiência norte-americana. Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover³⁷⁰:

As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da *class*, surgindo então problemas de identificação das referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade.

O CDC prevê para os casos em que não houver “habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”, poderão os legitimados do art. 82 do CDC (e 5º da LACP) promover a liquidação da indenização devida, devendo a quantia ser revertida ao Fundo de Direitos Difusos a que se refere a LACP. Esta medida é bastante importante para que se dê efetividade à tutela coletiva, afinal, há casos em que o dano individualmente sofrido é tão pequeno que não compensa ao indivíduo liquidá-lo ou executá-lo; mas, em termos gerais, o montante demonstra-se razoável.

Mas para a ordem urbanística, considerando a relevância que possui a obrigação de fazer, demonstra-se mais difícil a aplicação do instituto. Imagine-se a tutela de loteamentos irregulares: interessa aos indivíduos residentes nestes loteamentos seja feita a sua regularização, razão pela qual não se falaria, no caso, em *fluid recovery*.

³⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 163, item 1.

5 AÇÃO POPULAR

5.1 BREVE HISTÓRICO DA AÇÃO POPULAR E SEU CONCEITO

A ação popular é um dos meios de participação do povo na fiscalização da coisa pública mais antigos do mundo. De acordo com a doutrina, sua origem remota está no direito romano, onde era tida como meio de defesa do direito do indivíduo enquanto membro da coletividade. De início, a ação era reservada aos casos em que o interesse público tutelado envolvesse também o interesse individual, chegando-se, posteriormente, a dispensar-se este último³⁷¹. Esta ação servia, basicamente, à proteção dos seguintes interesses:

De sepulchro violato, de base pretoriana, contra o violador de sepultura ou outra *res sacrae*; *de effusis et deiectis*, contra quem atirasse objetos sobre a via pública; *de positis et suspensis*, contra quem mantivesse, perigosamente, objetos em sacada ou beira de telhado; *de albo corrupto*, contra quem adulterasse o *album* (edito do pretor), prevendo-se pena de quinhentos áureos; *de aedilitio et redhibitione et quanti minoris*, que tomava caráter popular quando instrumentada pelo edito *de bestilis*, objetivando impedir que animais perigosos fossem levados a lugares frequentados pelo público; *de termino moto*, contra os que deslocassem as pedras demarcadoras das propriedades privadas; *de tabulis*, para impedir que o herdeiro abrisse a sucessão em caso de morte violenta do autor da herança, sem primeiro apurar a responsabilidade dos servos do falecido, a quem se reconhecia o dever de defendê-lo; *assertio in libertatem*, para se obter a liberdade de um escravo; interdito *de omne libero exhibendo*, semelhante ao nosso *habeas corpus*; *de collusione detegenda*, promovível em caso de conluio entre escravos e seus antigos donos, quando estes declarassem que aqueles haviam nascidos livres; *accusatio suspecti tutoris, vel curatoribus*, para a proteção de tutelados e curatelados; havia ainda uma ação popular para proteção dos legados *ad pias causas* e para a restituição de somas perdidas em jogo.³⁷²

Posteriormente, de acordo com a doutrina³⁷³, a ação popular não subsistiu no direito intermédio, tendo retornado no direito moderno e contemporâneo a partir das legislações belga (Lei Comunal de 30/3/1836) e francesa (Lei Comunal de 18/7/1837). Em virtude de regimes totalitaristas, foi suprimida em alguns países, retomando seu prestígio com o retorno do sistema político democrático.

No Brasil, a ação popular era admitida antes do advento de nossa primeira Constituição, com a finalidade de defesa de logradouros públicos e das coisas de uso comum

³⁷¹ SILVA, José Afonso. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

³⁷² Resumo da doutrina de SILVA, José Afonso. “Ação Popular Constitucional” (verbete), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Ed. Saraiva, Vol. 3, In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 45-46. V. também SILVA, José Afonso. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 21-25.

³⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 47.

do povo³⁷⁴. Na Constituição do Império, foi prevista no art. 157 para ser usada em casos de suborno, peita, peculato e concussão, possuindo, portanto, caráter penal; havia, ainda, legislação infraconstitucional que legitimava qualquer do povo para os casos de falência.

A primeira Constituição republicana, de 1891, silenciou a respeito do tema, permanecendo a ação popular, de acordo com a doutrina da época, os casos de proteção dos bens públicos. Com a aprovação do Código Civil de 1916, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a regra de que “para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral” (Art. 76); com isso, o autor popular tinha que demonstrar que também fora afetado pelo dano alegado na ação³⁷⁵.

A Constituição de 1934 conferia legitimidade a qualquer cidadão para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios (art. 113, inciso 38). No entanto, com a Constituição de 1937, o instituto foi suprimido em razão do Estado Novo³⁷⁶, retornando somente com a Constituição de 1946, art. 141: “§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”. Houve, em relação à Constituição anterior, avanço, no sentido de incluírem também as autarquias e sociedades de economia mista.

Entretanto, tal avanço não se repetiu no Texto de 1967, e no que lhe sucedeu, em 1969, ao utilizar a expressão “entidades públicas”, que afastaria, em tese, a Administração Indireta; mas, em 1965, havia sido aprovada a Lei nº 4.717, ainda vigente, ampliando-lhe o objeto. E, em 1988, a Constituição passou a conferir-lhe outra amplitude, consagrando-a como garantia fundamental, da seguinte forma: “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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Houve, assim, ampliação subjetiva e objetiva da ação popular (art. 5º, LXXIII, da CR), em consonância com o próprio espírito da Constituição. De acordo com Flávia Cristina Piovesan, “a nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte principe* para a lente *ex parte populi*”, ou seja, deixa o direito de ser inspirado pela ótica do Estado ao sê-lo pela ótica do cidadão. “Assim, é sob a

³⁷⁴ SILVA, José Afonso. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33.

³⁷⁵ Ibid. p. 35.

³⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 62.

perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos”³⁷⁷.

A ação popular decorre diretamente do direito político do povo de participação direta na democracia, conferindo a ele a possibilidade de fiscalização dos poderes públicos, que decorre da soberania popular (CR, art. 1º, §1º). É, assim, forma de exercício de direitos políticos, conforme José Afonso da Silva³⁷⁸:

Aparece a ação popular, destarte, como instrumento pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta do poder popular consubstanciado no parágrafo único do art. 1º da Constituição: *todo poder emana do povo*.

Trata-se de um direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e genérico, da categoria dos direitos políticos. Enquadra-se entre os direitos cívicos fundamentais, na lição de Galeno Lacerda, que nos parece correta.

Não há como negar que a ação popular é uma garantia constitucional, e que, por isso mesmo, deve submeter-se ao regime que disso decorre. Mais uma vez José Afonso da Silva³⁷⁹, acerca da natureza das garantias fundamentais:

Ao lado desses [direitos individuais], há outra categoria de direitos fundamentais que são os direitos do cidadão – direitos fundamentais de um regime democrático, ou direitos constitucionais democráticos. Têm, por isso, caráter especialmente político, conquanto dos mais sedutores, não pode ser desenvolvido aqui senão o quanto baste para situar o problema das garantias constitucionais. Constituem remédios jurídico-constitucionais pelos quais as pessoas defendem seus direitos fundamentais, democráticos e outros. [...]

Todo direito precisa ter sua garantia, tanto os direitos privados como os direitos políticos, e outros. O próprio direito constitucional é tido como garantia das liberdades. Mas isso é um simples reconhecimento. É necessária a instituição de mecanismos adequados a fazer valerem os direitos fundamentais do homem, incluindo os democráticos.

Com base nessas ideias, o autor destaca que a ação popular é garantia de natureza cívico-política, em razão de o seu exercício ser conferido ao cidadão a partir de seu poder para participar da coisa pública. Assim, “através dela, o cidadão exerce uma função pública, e ela assegura a ele o direito de responsabilizar os gestores do patrimônio público”³⁸⁰.

Gregório Assagra de Almeida³⁸¹ afirma que a ação popular é

espécie de ação coletiva de dignidade constitucional colocada à disposição do cidadão como decorrência de seu direito político de participação direta na

³⁷⁷ PIOVESAN, Flavia Cristina. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 33.

³⁷⁸ SILVA, José Afonso. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 77.

³⁷⁹ Id. *Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo*. 2.ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 81.

³⁸⁰ Ibid.. 2.ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 83.

³⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro. Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 389.

fiscalização dos poderes públicos, para o controle jurisdicional dos atos ou omissões ilegais ou lesivos: ao erário, inclusive em relação ao patrimônio de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, sem exclusão de tutela de outros direitos com ela compatíveis.

Com base nisso, este autor afirma que a ação popular possui natureza jurídica de garantia fundamental e de ação coletiva. Como garantia fundamental (remédio constitucional), decorreriam as consequências de impedir sua interpretação restritiva; de a norma que a prevê ter aplicação imediata (CR, art. 5º, §1º); de ser necessária a aplicação de meios para sua efetivação (tais como medidas de apoio); e de necessitar ter prioridade no trâmite processual; seria, ademais, cláusula pétreia (art. 60, §4º, IV da CR)³⁸².

Vista no Direito Processual, é ação constitucional coletiva (tutela de direitos difusos), de conhecimento, que segue o rito ordinário (LAP, art. 7º), com pedido que pode ser condenatório (art. 11 da LAP), constitutivo (art. 3º da LAP) e declaratório (arts. 2º e 4º da LAP)³⁸³.

5.2 OBJETO DA AÇÃO POPULAR

O objeto material da ação popular está prevista tanto na Constituição como na lei infraconstitucional. Na Constituição, prevê-se (i) o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, (ii) a moralidade administrativa, (iii) o meio ambiente e o (iv) patrimônio histórico e cultural; na lei prevê-se como objeto “o patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”.

³⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 354-355.

³⁸³ *Ibid.*, p. 355-356.

José Carlos Barbosa Moreira³⁸⁴ foi quem primeiro apontou a ação popular como instrumento de proteção dos chamados *interesses difusos*, inclusive para a tutela da ordem urbanística:

Parece-nos digna de especial registro a serventia da ação popular em matéria edilícia, como instrumento de proteção do “interesse difuso” na preservação da racionalidade do desenvolvimento urbano. Licenças de construção, aprovação de projetos de loteamento, licenças de demolição ou reformas de prédios ou monumentos de valor artístico ou histórico, todos esses são atos que, irregularmente praticados pela autoridade administrativa, atentam contra bens cuja salvaguarda interessa à coletividade e submetem-se à censura judicial pela forma prevista na Lei nº 4.717.

E, de fato, o objeto material desta ação indica que se está a falar e legítima ação coletiva. Conforme escreve Rodolfo de Camargo Mancuso³⁸⁵:

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, espraiando assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses difusos, ou ao interior de certos corpos intercalares onde se aglutinam interesses coletivos, ou ainda de certos grupos ocasionalmente constituídos em função de uma origem comum, como se dá com os chamados “individuais homogêneos”. E isso sem descarte, naturalmente, dos demais instrumentos processuais de base constitucional, através dos quais se tutelam interesses legítimos outros e, bem assim, os chamados direitos subjetivos públicos.

Cumprir verificar, por ora, os objetos materiais protegidos pela lei e suas principais características.

Patrimônio público: a proteção do patrimônio público está afeto tanto à Administração Direta quanto à indireta, e, de acordo com a LAP, “Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (§1º do art. 1º). Não se protegem, portanto, somente os aspectos financeiros do Estado (erário), mas também valores que por vezes sequer podem ser mensurados economicamente, como os bens e direitos de valor estético, artístico, histórico e cultural. Isso ressalta o caráter difuso dos bens tutelados pela ação popular.

Meio ambiente: foi incluído pela Constituição de 1988. O conceito deve abranger a ação e a omissão que causem dano ao meio ambiente, e não, e não as suas consequências (ainda que estas estejam sendo produzidas). Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁸⁶ entende que o

³⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados ‘Interesses Difusos’, In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977. p. 117.

³⁸⁵ *Ação Popular*. 2.ed. São Paulo: RT, 1996, p. 33.

³⁸⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 690.

patrimônio histórico e cultural estariam englobados pelo conceito de meio ambiente, tendo a Constituição sido redundante ao separar os objetos.

De acordo com a doutrina, ao tutelar o meio ambiente a ação popular assumiria características próprias, pois teria o mesmo campo de incidência da ação civil pública³⁸⁷. Chega-se a falar, neste caso, que a ação popular seria na verdade uma ação civil pública de titularidade do cidadão³⁸⁸, podendo-se falar em ação popular, no sentido tradicional, quando se tutela o patrimônio público.

Em razão da peculiaridade da tutela do meio ambiente, a doutrina especializada sustenta que o procedimento previsto para a ação popular teria cabimento para as hipóteses de tutela de bens de natureza pública (patrimônio público), mas, quando se tratasse de natureza difusa (meio ambiente), seriam aplicáveis as disposições da LACP e CDC³⁸⁹.

Moralidade administrativa: trata-se de princípio regente da Administração pública, de especial relevo na Constituição de 1988. Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹⁰ o define da seguinte forma:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade e boa-fé* [...]. Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

A interpretação correta da Constituição e análise do sistema levam a crer que se trata de causa de pedir autônoma para ingressar com ação popular (independe da lesão ao patrimônio público, portanto). A moralidade administrativa se situaria entre o Direito e a Moral, de onde se originaria a dificuldade para conceituá-la. Considera-se, aqui, a moralidade jurídica, que se relaciona ao respeito às regras de disciplina próprias da Administração Pública. Assim, ainda que o ato não seja ilegal, poderá, em si, ser imoral. Podem ser

³⁸⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 695.

³⁸⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. Ação popular ambiental. Principais aspectos. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.) *Ação Popular – Aspectos Relevantes e Controvertidos*. São Paulo: Ed. RCS, 2006. p. 284.

³⁸⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do Direito Processual Ambiental*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 221. GOMES JUNIOR, Luis Manoel. SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação Popular Ambiental: principais aspectos*. In: GOMES JUNIOR, Luis Manoel. SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. (coord.) *Ação Popular. Aspectos Relevantes e Controvertidos*. São Paulo: Ed. RCS, 2006. p. 285.

³⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119-120.

considerados dentro deste tema o desvio de poder, o abuso de direito e a razoabilidade da conduta³⁹¹.

Há mais dois pontos relevantes que devem ser abordados. O primeiro diz respeito às chamadas relações de consumo, mormente aquelas referidas no art. 22 do CDC. Defende Rodolfo de Camargo Mancuso³⁹² que a ação popular seria cabível nas hipóteses em que a houver relação de consumo entre o cidadão e a Administração, nos termos previstos pelo CDC. Assim, por exemplo, poderia ser ajuizada ação popular em face da União (Ministério da Saúde) sob o fundamento de que a advertência constante em embalagem de cigarro (“fumar é prejudicial à saúde”) não seria suficiente para preservar a satisfatoriamente a saúde³⁹³.

Este entendimento, no entanto, não parece o mais adequado, na medida em que não há qualquer referência ao direito do consumidor como objeto da ação popular, seja na Constituição, seja na LAP. No mais, mesmo que se tente uma interpretação sistemática, não há como alcançar essa possibilidade, afinal, o que propõe o autor citado, na verdade, é que o pedido do cidadão ultrapasse o objeto da ação popular.

No mais, outra questão que se encontra sedimentada é a inviabilidade da análise de lei em tese. O que se poderá atacar é um ato que confira efeitos concretos à lei inconstitucional, utilizando-se, portanto, a alegação de inconstitucionalidade como causa de pedir, tal qual explicado no item 2.6.

No que se refere à ordem urbanística, desde já é pertinente destacar os pontos sobre os quais a ação popular pode servir de instrumento apto à sua tutela. Ficou demonstrado que a implementação dos diversos instrumentos de direito urbanístico se dá, em grande parte, mediante atos administrativos, seja, mediante licenças, seja por autorizações.

O parcelamento do solo voluntário deve ser precedido de apresentação de requerimento, pelo loteador, à municipalidade, que definirá suas diretrizes. Aprovado o plano de loteamento, a municipalidade expedirá alvará, que é ato administrativo, e que poderá ser anulado por ação popular. Isso se dá em razão

Da mesma forma, a edificação também é autorizada ao proprietário, por ato administrativo, que é a licença de edificação; em relação ao direito de preempção municipal, quando exercido pela Administração, o será mediante ato administrativo, que deverá estar

³⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, comentários ao art. 5º, LLXXIII, item 5. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 106-118.

³⁹² *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 46-47.

³⁹³ No mesmo sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 359.

motivado e demonstrar sua conformidade com a previsão legislativa, ou seja, com o motivo pelo qual se pretende exercer o direito.

A outorga onerosa do direito de construir também é concedida mediante licença (sobre qual recairá uma específica onerosidade). Já a alteração do uso do solo é permitida mediante autorização, que também é ato administrativo, de natureza mais precária, mas que também poderá ser controlado mediante ação popular.

Em relação às operações urbanas consorciadas, viu-se que se tratam de atividades complexas, e que, por isso mesmo, podem implicar na concessão de licenças e autorizações, a depender do que se está a tratar. Seja como for, deverão estar de acordo com o planejamento urbanístico e a própria finalidade da operação.

E a ordem urbanística pode ser enquadrada nas hipóteses de cabimento da ação popular, a primeira, vista, em dois conceitos. O primeiro deles diz respeito ao patrimônio público, cujos bens que o integram, conforme definição legislativa, são também, componentes da ordem urbanística, bastando-se perceber que, inclusive, parte deles poderá ser contemplada pelo plano diretor.

O segundo diz respeito ao meio ambiente. A expressão, como se viu no item 1.2, comporta maior abrangência, nela se incluindo o chamado meio ambiente artificial. Mas também não se pode excluir o abrangente conceito de moralidade administrativa, caso em que, se afrontada por ato da administração, viabilizará o manejo de ação popular para que seja rechaçado.

5.2.1. O pedido na ação popular

A Constituição da República estabelece que a legitimidade do cidadão para propor “ação popular que **vis**e a **anular ato lesivo**”; e, a LAP, por sua vez, diz que “Qualquer cidadão será parte legítima para **pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos**”. A lei infraconstitucional, segue, ainda, nos arts. 2º a 4º, elencando um rol de atos a serem anulados, criando até mesmo uma teoria geral da nulidade dos atos administrativos. Esta parte da lei é considerada de direito material, caracterizando-a como lei de conteúdo misto.

O pedido nesta ação será constitutivo negativo e condenatório³⁹⁴; logicamente, o pedido constitutivo negativo, a fim de anular o ato lesivo, precederá o pedido de condenação dos responsáveis pelo ato. Mas deve-se ficar atento ao fato de que a reparação pleiteada na ação não deve direcionar-se exclusivamente ao próprio cidadão, vale dizer, não pode ele buscar reparação individual por meio desta ação. Caso o pedido se limite a tanto, a demanda deverá ser extinta sem julgamento do mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido³⁹⁵.

De qualquer forma, a ação civil pública tem abrangência bem menor do que a ação civil pública, que pode ter não só o próprio objeto da ação popular, como ir além, mediante a formulação de todos os pedidos necessários à tutela da ordem urbanística. No entanto, permanece a ação popular como importante instrumento de uso dos cidadãos – que se veem excluídos da legitimidade da propositura de ação coletiva – para controle da coisa pública.

5.3. LEGITIMIDADE

5.3.1 Legitimidade ativa

A Legitimidade ativa é conferida a “qualquer cidadão” (CR, art. 5º, LXXIII). O conceito legal (LAP, art. 1º, §3º) adotado foi o de cidadão-eleitor: “A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”. No entanto, tendo em vista que a lei é de 1965, é salutar confrontar o conceito com a Constituição de 1988, com o intuito de verificar sua recepção³⁹⁶.

José Afonso da Silva³⁹⁷ afirma que a palavra cidadão foi empregada com a finalidade de excluir a legitimidade de estrangeiros e pessoas jurídicas, aduzindo que seria cidadão qualquer brasileiro. No entanto, reconhece: “Mas a interpretação restrita aceita pela doutrina,

³⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 91.

³⁹⁵ JOÃO, Ivone Cristina de Souza. *O Processo Civil Coletivo e as Condições da Ação*. Tese de doutorado. PUC-SP, 2007. p. 303.

³⁹⁶ O entendimento de que o cidadão, para a propositura da ação popular, era o eleitor, precede à LAP; tratava-se de construção doutrinária e jurisprudencial acolhida pelo legislador. JOSÉ FREDERICO MARQUES, na qualidade de juiz de direito, julgou ação popular proposta por partido político, acolhendo a preliminar de ilegitimidade de parte, adotando, assim, o posicionamento restrito de cidadão-eleitor. Esta sentença “passou a constituir autêntico modelo, tornando-se pacífico o entendimento de que só o cidadão brasileiro, investido da plenitude de seus direitos políticos, tem legitimação ativa para a ação popular [...]”, In: CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 117.

³⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158.

já constitui norma legal, e, pois, só é pessoa legitimada, para propor ação popular, aquela que está no gozo de seus direitos político-eleitorais. Enfim: *só o eleitor pode intentar a demanda popular*". Hely Lopes Meirelles³⁹⁸ segue a mesma linha, dizendo que o cidadão brasileiro é a "pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos" (eleitor). Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que somente ao gozar de direitos políticos é que o brasileiro pode eleger e fiscalizar seus representantes. Concorda, portanto, com o conceito cidadão-eleitor³⁹⁹.

Já Gregório Assagra de Almeida⁴⁰⁰ defende que a ação popular, por ser direito fundamental, não comporta interpretação restritiva. Assim, o artigo da LAP não teria sido recepcionado pela Constituição, de modo a justificar que todos que devem ter sua dignidade humana respeitada têm legitimidade ativa para a ação.

Há discussão específica sobre o conceito de cidadão nas ações populares ambientais. Defende a doutrina que, a considerar que o bem ambiental pertence a todos (CR, art. 225), brasileiros e estrangeiros residentes no país têm legitimidade ativa para a propositura da demanda⁴⁰¹.

Ao que parece, a palavra "cidadão" foi empregada de forma genérica pela Constituição, não havendo em seu texto qualquer outro indício de que possa ser restringida a legitimidade aos eleitores. No entanto, não há como negar que pelo próprio histórico da ação popular e por sua finalidade de permitir que o povo participe e controle a vida política, o conceito adotado satisfaz a garantia constitucional. A LAP, assim, não promove nenhuma restrição incompatível com a Constituição, de modo que se pode afirmar que o dispositivo foi recepcionado.

Assim, importantes consequências podem ser extraídas, como a falta de legitimidade ao estrangeiro (salvo o naturalizado) e às pessoas jurídicas, entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 365): "Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular."

Já o cidadão menor de 18 anos e maior que 16 anos, ainda que seja incapaz de acordo com a lei civil, pode ajuizar ação popular independentemente de integração da capacidade (no caso, assistência dos pais). Como se viu no item 3.2.1, a capacidade para estar em juízo (CPC, art. 7º) coincide com a da lei civil, se valendo dos critérios da lei material, portanto; os

³⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27.ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 128.

³⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 154.

⁴⁰⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 367.

⁴⁰¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 693.

incapazes (CPC, art. 8º), nos termos da lei, serão representados (absolutamente incapazes, ou seja, os menores de 16 anos) ou assistidos (relativamente incapazes, entre 16 e 18 anos).

Ocorre que a Constituição atribuiu ao cidadão a legitimidade para a propositura de ação popular, que, nos termos da lei, é o eleitor. Mas, para a própria Constituição, o exercício do voto pode ser levado a efeito também pelo relativamente incapaz, sem qualquer necessidade de integração da capacidade. Ora, se pode exercer o próprio direito de participação política, porque não poderia exercer outro direito que dele decorre? Por isso a desnecessidade de ser assistido para ajuizar a ação popular⁴⁰².

A lei ainda prevê que qualquer cidadão poderá habilitar-se como assistente ou litisconsorte do autor (LAP, art. 6º, §6º). Trata-se de litisconsórcio facultativo unitário. Silente a lei, a doutrina indaga se é possível que os legitimados às ações civis públicas podem ser assistentes na ação popular.

A pergunta é bastante relevante, na medida em que, como se viu, é possível falar-se até mesmo em litispendência entre uma ação popular e uma ação civil pública, ou seja, a matéria levada a juízo pelo cidadão poderia, também, sê-lo feita por um dos legitimados à ação civil pública. Em razão destes argumentos, é possível sustentar a resposta positiva, inclusive em prol do próprio interesse difuso que está sendo tutelado na demanda⁴⁰³.

Em relação à natureza da legitimidade, parece tratar-se, da mesma forma, de legitimação autônoma para a condução do processo⁴⁰⁴, em razão de o cidadão, igualmente não ser o titular do bem difuso pleiteado na ação popular.

5.3.2 Legitimidade passiva

A legitimidade passiva na ação popular é bem abrangente, pois, nos termos do art. 6º da LAP, a ação será proposta contra (a) as pessoas públicas ou privadas e (b) as entidades referidas no art. 1º, (c) contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e (d) contra os beneficiários diretos do mesmo.”.

⁴⁰² Ver, por todos, SILVA, José Afonso da. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 172-174.

⁴⁰³ Vide: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 372.

⁴⁰⁴ Não se desconhece a divergência doutrinária sobre o tema, ora tendente a posicionar-se pela *substituição processual*, ora pela legitimação ordinária. No entanto, pelos motivos já explicados no item 3.2.2, o melhor posicionamento parece ser o que adota a legitimação autônoma para a condução do processo.

Trata-se de litisconsórcio passivo necessário simples, porquanto o resultado não necessariamente será o mesmo a todos os réus.

Uma peculiaridade presente na ação popular diz respeito à posição da pessoa jurídica cujo ato seja objeto da impugnação, pois, ainda que citada como ré, ela poderá (LAP, art. 6º, §3º) não só contestar o pedido, mas também abster-se de contestar o pedido e permanecer inerte, e, ainda, atuar como assistente do autor. “De se observar que essas opções não estão para serem ponderadas ao bel prazer da administração ré, senão ao prudente arbítrio da autoridade competente, que deve se precaver para não agir de forma leviana ao decidir qual das opções irá tomar [...]”⁴⁰⁵.

Mas, tomada a posição pela Administração, indaga-se de poderia ela rever a postura inicial; vale dizer, se optou por contestar, pode, no curso do processo, decidir por assistir o autor, ou, ainda, o contrário. Considerando o art. 17⁴⁰⁶ da LAP e a indisponibilidade do bem tutelado, a melhor resposta é a pela possibilidade.⁴⁰⁷

Nas ações populares ambientais, a doutrina defende a inaplicabilidade dos limites previstos no art. 6º; seriam legitimados passivos todos os que se incluem no conceito de poluidor estabelecido pela Política Nacional do Meio Ambiente⁴⁰⁸.

5.3.3 Atuação do Ministério Público na ação popular

O Ministério Público, nas ações populares, não seria mero *custos legis*, pois atuaria em nome do interesse da sociedade e na defesa da ordem jurídica. A doutrina interpreta esta atuação de diversas formas. Hely Lopes Meirelles diz ser ele parte pública autônoma, pois vela pela regularidade do processo, apressa a produção de provas e promove a responsabilidade civil e criminal dos culpados, podendo, ainda, ao final, manifestar-se a favor ou contra a procedência (independência funcional)⁴⁰⁹.

José Afonso da Silva, por sua vez, aduz que o MP participa no processo como defensor do interesse da coletividade, em posição semelhante ao do autor popular, mas que com ela não se confunde. É oficiante e fiscal da lei, ativador das provas e auxiliar do autor

⁴⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 174.

⁴⁰⁶ “É sempre permitida às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar a execução da sentença contra os demais réus.”

⁴⁰⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo III, p. 139.

⁴⁰⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 695.

⁴⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27.ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 142.

popular, parte principal (autor da ação de responsabilização civil e criminal, prevista no art. 6º, §4º), substituto do autor (sentido vulgar da palavra, onde atua nos casos de omissão do autor popular, como, por exemplo, para recorrer – art. 19, §2º - e executar a sentença – art. 16), sucessor do autor (art. 9º) e titular originário da ação popular, como simples cidadão (membro do MP).⁴¹⁰

É importante saliente que o *parquet* tem legitimidade ativa subsidiária (art. 9º), podendo-se falar em um poder-dever de prosseguir com a ação nos casos em que “o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância” (extinção do processo sem resolução do mérito, na linguagem processual atual), e nenhum outro cidadão ocupar o polo ativo da demanda. Não se pode dizer, no entanto, esteja o *parquet* obrigado a seguir com a ação popular nos casos em que houver desistência do autor popular, pois, como afirma José Afonso da Silva, há aí uma faculdade, pois a ação popular poderá, inclusive, “estar servindo à malícia ou à picardia”⁴¹¹.

É vedado ao MP que defenda o ato impugnado ou seus autores (art. 6º, §4º, da LAP). Para Mancuso, o legislador teria presumido que o autor popular age em prol do bem público, e que o ato, portanto, seria presumivelmente ilegal e lesivo. Em razão da independência da instituição, diz que poderá posicionar-se tanto contrariamente quanto favoravelmente ao autor popular⁴¹². Mas é importante ter em mente que a lei foi promulgada em época em que o MP fazia as vezes de “advogado” do Estado, isto é, era responsável por defendê-lo em juízo. Aí se justifica a regra, pois restou vedada esta possibilidade ao *parquet*.

5.4 COMPETÊNCIA

A competência na ação popular é determinada, em regra, de acordo com a origem do ato a ser impugnado; nos casos em que houver pluralidade de entes políticos (por exemplo, União e Estado), prevalecerá a competência do mais proeminente⁴¹³. De acordo com José Afonso da Silva⁴¹⁴:

⁴¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 190-195.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 226.

⁴¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 228.

⁴¹³ “Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município. § 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial. § 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das

É mister, por conseguinte, que o autor popular tenha bem presente qual dessas pessoas deu origem ao ato impugnado, a fim de determinar o juízo competente para conhecer da impugnação. Trata-se de verificar a origem do ato, para a determinação da competência *conforme a origem do ato*, como exprime o art. 5º da Lei nº 4.717, que nada mais é do que a fixação da *competência em razão da pessoa* interessada no patrimônio lesado.

Em relação à competência de jurisdição, caso o ato impugnado tenha sido praticado pela União, entidade autárquica ou empresa pública federal, as que se refere o art. 109, I, da Constituição, a competência será da Justiça Federal. Em relação às sociedades de economia mista, devem ser aplicadas as súmulas 517 e 556 do STF e a Súmula 42 do STJ, de acordo com as quais a competência para o processamento e julgamento da demanda popular é da Justiça Estadual. Se praticado pelo Estado ou Município, suas entidades autárquicas, fundações etc., a competência será da Justiça Estadual. Em ambos os casos, deverão ser verificadas as regras de competência de juízo, distribuindo-se o feito à vara competente para julgamento das ações contra o Estado.

A competência se dá, portanto, em razão da pessoa. Por exemplo, se o ato for do Presidente da República, Justiça Federal; se de Governador de Estado, Justiça Estadual. A ação popular não se encontra no rol de ações originárias do STF e do STJ; ela é, via de regra, própria de primeiro grau de jurisdição, não havendo foro por prerrogativa de função. No entanto, já decidiu o STF por sua competência originária: Recl. 424-4-RJ⁴¹⁵; AOr 506-AC⁴¹⁶.

causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver. § 3º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos. § 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 1977)”

⁴¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 201.

⁴¹⁵ Ação popular: natureza da legitimação do cidadão em nome próprio, mas na defesa do patrimônio público: caso singular de substituição processual. II. **STF: competência: conflito entre a União e o Estado: caracterização na ação popular em que os autores, pretendendo agir no interesse de um Estado-membro, postulam a anulação de decreto do Presidente da República e, pois, de ato imputável à União.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl 424, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 05 de maio de 1994, DJ 06 set. 1996 PP-31856 EMENT VOL-01840-01 PP-00015 RTJ, vol. 00160-03 PP-00778)

⁴¹⁶ DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR CONTRA TODOS OS MAGISTRADOS DO ESTADO DO ACRE. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, I, "N", DA C.F.). CABIMENTO DA AÇÃO. MEDIDA LIMINAR. GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO AOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO ACRE: ATO Nº 143/89, DE 20.07.1989, BAIXADO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 326 DO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO (L.C. N 47, DE 22.11.1995). QUESTÕES DE ORDEM. 1. **A competência originária do Supremo Tribunal Federal é de ser reconhecida, em face do disposto no art. 102, I, "n", da Constituição Federal, pois a Ação é proposta contra todos os Juízes do Estado do Acre, inclusive os Desembargadores do Tribunal de Justiça.** [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AO 506 QO. Relator: Min. Sydney Sanches. julgado em 06 de maio de 1998. DJ, 04 dez. 1998 PP-00010 EMENT VOL-01934-01 PP-00022)

Ainda assim, o critério da origem do ato poderá ceder espaço ao da especialidade, como já decidiu a mesma Corte.⁴¹⁷

Em relação à competência territorial, defende-se, por exemplo, que fixada a competência da Justiça Federal, será competente o local do ato ou fato, ou, ainda, onde se situa a coisa (CR, art. 109, §2º e CPC, art. 100, IV, “a” e “b”). No entanto, em razão de a ação popular ser instrumento de defesa dos direitos difusos, não há razão para que não se apliquem as normas de competência do microsistema, como explicado no item 3.3.3. Assim, a competência territorial será fixada com base no local em que ocorreu ou deva ocorrer o dano⁴¹⁸. A regra demonstra-se ainda mais salutar ao se imaginar a propositura de uma ação popular ambiental, na qual a aplicação do art. 2º da LACP e do art. 93 do CDC se demonstra de suma importância, conforme pensam Gregório Assagra de Almeida⁴¹⁹ e Censo Antonio Pacheco Fiorillo⁴²⁰.

No que se refere aos danos urbanísticos, as mesmas observações em relação à competência na ação civil pública são aplicáveis: ao que parece, a competência territorial será mais relacionada ao local, pois dificilmente se enquadrará algum dano em âmbito maior que esse. Tendo em vista ser o Município o maior responsável pelas diretrizes urbanísticas, este local é o que se demonstra mais corriqueiro ao ajuizamento de ação popular.

De acordo com a lei, a propositura da ação gera a prevenção (§3º do art. 5º da LAP) para as demandas que possuam “os mesmos fundamentos”: não se exige identidade total de fundamentos, devendo ser aplicados os conceitos de conexão e continência (CPC, arts. 103 e

⁴¹⁷ EMENTA: Ação civil originária. Ação popular contra o Presidente do TRE do Estado de São Paulo e esse próprio Tribunal. Competência para processá-la e julgá-la originariamente. Questão de ordem. - Em face do objeto e da finalidade incomuns da presente ação popular - pretende-se, em verdade, anular a totalidade de uma apuração eleitoral feita com base na lei em vigor sob a alegação de que o sistema de urna eletrônica pode apresentar, numa ou noutra dessas urnas, falha na apuração dos votos dados -, a competência para processá-la e julgá-la originariamente deve ser aferida, não pela origem do ato a ser anulado, mas pelo fim a que ela visa e que, no caso, se situa estritamente no âmbito da competência da Justiça eleitoral a que cabe decidir as questões relativas à apuração de eleição. - Por isso, e em face da jurisprudência desta Corte no tocante a que a competência para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive de Tribunais, é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição, a competência, no caso, para o processo e julgamento originários desta ação popular, é do Juízo eleitoral de primeiro grau da capital do Estado de São Paulo a que for ela distribuída. - Ademais, é de notar-se, desde logo, que, na hipótese sob julgamento, para a prática de qualquer ato da competência de segunda instância, será competente esta Corte, que decidirá como instância final, por aplicação do disposto no artigo 102, I, letra "n", da Constituição, dado o impedimento de todos os membros do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, que, não fora esse impedimento, teria essa competência de segunda instância. Questão de ordem que se resolve no sentido da incompetência desta Corte e da competência, para processar e julgar originariamente a presente ação popular, do Juízo Eleitoral de primeiro grau da capital do Estado de São Paulo a que vier ela a ser distribuída. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AO 772 QO. Ministro Moreira Alves, julgado em 19 dez. 2000, DJ, 18 out. 2002. PP-00026 EMENT VOL-02087-01 PP-00016)

⁴¹⁸ PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 567.

⁴¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assada de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 363.

⁴²⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 695.

106). Se a ação foi distribuída, mas extinta sem julgamento do mérito e sem determinação de citação, não há que se falar em prevenção (STJ, REsp 178.230-DF).

Assim, há, nas ações populares, a formação do chamado juízo universal: concentração das demandas em um mesmo juízo, de modo a propiciar solução molecularizada (e não atomizada), evitando-se conflito de julgados⁴²¹.

5.5 PROCEDIMENTO

O procedimento da ação popular segue o rito ordinário previsto no CPC, observadas as peculiaridades procedimentais da LAP e do microsistema das ações coletivas (art. 21 da LACP). A petição inicial deverá atender aos arts. 282 e 283 do CPC e estar instruída com cópia do título de eleitor (art. 1º, § 3º, da LAP).

A lei admite que o autor popular formule requerimento de documentos (art. 7º, I, “b”, da LAP), que deverão ser entregues no prazo de 15 a 30 dias, sob pena de crime de desobediência (art. 8º). A LAP prevê apenas tutela preventiva prevista no art. 5º, §4º: “Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.”. Em virtude da aplicação subsidiária do microsistema, é possível, com base nos arts. 11 e 12 da LACP e 84 do CDC, o pedido de liminar; ainda que assim não se admita, vale lembrar que a

⁴²¹ CCOMP. 22.123-MG, STJ
 PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES POPULARES AFORADAS PERANTE JUÍZOS DIFERENTES, MAS TODOS COM COMPETÊNCIA TERRITORIAL E VISANDO O MESMO OBJETIVO. CONFIGURAÇÃO DA CONEXÃO E A COMPETÊNCIA FIXADA PELA PREVENÇÃO. **O Juízo da Ação Popular é universal. A propositura da primeira ação previne a jurisdição do juízo para as subsequentemente intentadas contra as mesmas partes e sob a égide de iguais ou aproximados fundamentos.** Para caracterizar a conexão (arts. 103 e 106 do CPC), na forma em que está definida em lei, não é necessário que se cuide de causas idênticas (quanto aos fundamentos e ao objeto); basta que as ações sejam análogas, semelhantes, visto como o escopo da junção das demandas para um único julgamento é a mera possibilidade da superveniência de julgamentos discrepantes, com prejuízos para o conceito do Judiciário, como Instituição. A interpretação literal, estrita do preceito legal expungiria, do direito pátrio, o instituto da prevenção, nas ações populares. A compreensão e o sentido do dispositivo indicado (art. 5º, § 3º) hão de ser buscados em conjunção com o Código de Processo, que, como se sabe, define os princípios processuais aplicáveis, também, às leis extravagantes. O malefício das decisões contraditórias sobre a mesma relação de direitos consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspiradora do princípio do *simultaneus processus* a que se reduz a criação do *forum connexitatis materialis*. O acatamento e o respeito às decisões da Justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais Juízes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional. A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas. Conflito de Competência que se julga procedente, declarando-se competente para processar e julgar as ações populares descritas na inicial, o Juízo Federal da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, por ser o provento, *in casu*, ficando cassada a liminar anteriormente concedida, para o que devem ser remetidas todas as ações (30 ações populares). Decisão indiscrepante. (BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. CC 22123/MG. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, julgado em 14 de abril de 1999, DJ, 14 jun. 1999. p. 100)

LAP determina expressamente a aplicação subsidiária do CPC, motivo pelo qual também lhes seriam aplicáveis a tutela antecipada e as medidas cautelares.

Em relação à citação, apesar do que determina o art. 7º, II, da LAP, ela deverá ser *real*, sob pena de nulidade, pois não se coaduna com o atual sistema processual o simples pedido, sem qualquer justificativa, para que seja feita por edital, e, portanto, ficta. A defesa consistirá na contestação e exceções rituais. A doutrina não aceita exceção de incompetência, considerando que a competência, na ação popular, é absoluta.⁴²² Também não é cabível reconvenção, em virtude da aplicação do art. 315, parágrafo único, do CPC.⁴²³

O prazo para contestação está previsto no art. 7º, “IV - O prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital.”. Este prazo é especial, previsto para todos os réus, razão pela qual não é aplicável o art. 188 do CPC; a dilação do prazo depende de requerimento do réu.

A LAP prevê, se o caso, julgamento antecipado da lide, no art. 7º: “V - Caso não requerida, até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração desse prazo; havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário.”.

⁴²² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 380.

⁴²³ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. RECONVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. AFERIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. 1. A ação popular é um dos mais antigos meios constitucionais de participação do cidadão nos negócios públicos, na defesa da sociedade e dos relevantes valores a que foi destinada. Admitir o uso da reconvenção produziria efeito inibitório do manejo desse importante instrumento de cidadania, o que o constituinte procurou arrear, quando isentou o autor das custas processuais e do ônus da sucumbência. 2. O instituto da reconvenção exige, como pressuposto de cabimento, a conexão entre a causa deduzida em juízo e a pretensão contraposta pelo réu. A conexão de causas, por sua vez, dá-se por coincidência de objeto ou causa de pedir. 3. Na hipótese, existe clara diversidade entre a ação popular e a reconvenção. Enquanto a primeira objetiva a anulação de ato administrativo e tem como causa de pedir a suposta lesividade ao patrimônio público, a segunda visa à indenização por danos morais e tem como fundamento o exercício abusivo do direito à ação popular. 4. O pedido reconvenicional pressupõe que as partes estejam litigando sobre situações jurídicas que lhes são próprias. Na ação popular, o autor não ostenta posição jurídica própria, nem titulariza o direito discutido na ação, que é de natureza indisponível. Defende-se, em verdade, interesses pertencentes a toda sociedade. É de se aplicar, assim, o parágrafo único do art. 315 do CPC, que não permite ao réu, "em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem". 5. A discussão a respeito da suposta má-fé do autor popular ao propor a demanda sem um mínimo de provas aceitáveis resvala no óbice da Súmula nº 07/STJ, que impede o reexame, na via especial, do suporte fático-probatório que fundamenta a decisão recorrida. 6. Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 72065/RS. Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 03 de agosto de 2004, DJ, 06 set. 2004. p. 185)

Como já se falou, caso o autor popular desista da ação ou dê causa à sua extinção, o art. 9º da LAP determina que deverão ser publicados editais para que qualquer cidadão a conduza ou o Ministério Público. Caso o réu se oponha à desistência, com base no art. 267, §4º, se injustificada a oposição, a desistência deverá ser homologada⁴²⁴. José Afonso da Silva⁴²⁵ entende que o juiz não pode a recusa do réu à desistência, pois a ação popular tutela interesse da coletividade.

Em relação à sentença, podem ser visualizados os seguintes panoramas:

(a) Sem julgamento do mérito: poderá ser por “absolvição de instância” (art. 9º da LAP), que, nos dias de hoje é equivalente ao que se prevê no CPC, art. 269, II e III; ou por carência de ação (art. 19 da LAP), que trata dos demais casos de sentenças *terminativas*, que estão sujeitas ao reexame necessário.

(b) Com julgamento de mérito: a sentença poderá acolher total ou parcialmente o mérito (art. 11 da LAP): “A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.”. Ela ainda fixará o *quantum debeatur* (art. 14), que, se não puder ser fixado, dará motivo a que se proceda à liquidação de sentença. Condenará ainda ao pagamento de perdas e danos. Trata-se de efeito necessário e imanente da sentença; pode ser provido de ofício (não há afronta ao princípio dispositivo nem julgamento *ultra petita*, em virtude de a ação popular tutelar interesses metaindividuais).

Haverá também condenação em honorários advocatícios e custas processuais (art. 12), e, ainda que haja parcial procedência, não mudará o regime, na medida em que é inaplicável o art. 21 do CPC. O destino da verba condenatória será, a princípio, a pessoa jurídica prejudicada pelo ato ilícito (art. 18 da Lei nº 8.429/92). No entanto, verificando-se a natureza do direito, há a possibilidade de reversão ao fundo do art. 13 da LACP.

(c) Com julgamento do mérito: sentença que julga a ação improcedente, condenará o autor popular em custas e ônus da sucumbência somente em caso de comprovada má-fé (CR, art. 5º, LXXIII).

São cabíveis os recursos em geral, tratados pelo CPC: agravos, apelação, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência; não é cabível, no entanto, recurso ordinário constitucional, em razão da

⁴²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 251.

⁴²⁵ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 226.

competência para julgamento da ação popular. Para os recursos que exigem preparo, haverá a dispensa em sua interposição na ação popular, salvo comprovada má-fé.

Há discussão em relação aos efeitos em que a apelação será recebida, mormente em razão do que dispõe o art. 19 da LAP, pois se a ação for julgada procedente, a apelação será recebida no duplo efeito. Mas, em razão do que estabelece o art. 14 da LACP, pode-se defender – e parece bastante razoável que se o faça – que a apelação seja recebida somente no efeito devolutivo. Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público (art. 19, §2º, da LAP).

Há previsão de reexame necessário, no art. 19, *caput*, da LAP, cuja natureza é a de condição de eficácia da sentença⁴²⁶. Aplica-se ao caso a súmula 45 do STJ, pela qual fica proibida a *reformatio in peius* em relação à Fazenda Pública.

5.6 PRESCRIÇÃO

O art. 21 da LAP estipula prazo prescricional de 5 anos para ajuizamento da ação popular. Há pouco questionamento na doutrina acerca da recepção deste dispositivo pela Constituição. Como ficou demonstrado, por decorrer diretamente da soberania popular no Estado Democrático erigido com a Constituição de 1988 (CR, art. 1º, §1º), não há como negar que a ação popular é forte instrumento de exercício da democracia, de forma direta, pelo próprio povo. Topograficamente, está inserida dentre os direitos e garantias fundamentais, que possuem aplicabilidade imediata, por força do disposto no §1º do art. 5º da Constituição, e que devem ser interpretados de modo próprio, com características peculiares em relação à interpretação do sistema infraconstitucional.

Justamente em razão destas características é que não parece ser possível falar-se em prazo para exercício de remédio constitucional. Por isso que Gregório Assagra de Almeida entende que não foi recepcionado, por ser norma restritiva de garantia fundamental⁴²⁷. Esta constatação fica mais evidente ao tratarmos da ação popular ambiental. Como se sabe, o dano

⁴²⁶ “Essa medida não tem natureza jurídica de recurso. Faltam-lhe a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade dos recursos. [...] Em nosso sentir esse instituto tem a natureza jurídica de *condição de eficácia da sentença*.”. Ver, por todos, NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 92-93.

⁴²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 401.

ambiental é imprescritível⁴²⁸, e, por esta razão, também não se poderia aplicar o prazo do art. 21 nestes casos (e viu-se que a jurisprudência tem tido o mesmo entendimento em relação ao dano urbanístico).

No entanto, não tem sido comum o debate acerca do tema, pois, na maior parte das vezes, a doutrina apenas cita a existência do prazo, nos termos da lei, apontando-o como de necessária observância⁴²⁹. Debates há acerca do *dies a quo* para a contagem do prazo, não estabelecido pela LAP. Doutrina e jurisprudência têm entendido que tem início com a publicação do ato (ciência), e não a partir do momento em que o cidadão toma conhecimento dele⁴³⁰⁻⁴³¹.

⁴²⁸ GOMES JUNIOR, Luis Manoel. SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação Popular Ambiental: principais aspectos*. In: GOMES JUNIOR, Luis Manoel. SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. (coord.) *Ação Popular. Aspectos Relevantes e Controvertidos*. São Paulo: Ed. RCS, 2006. p. 289.

⁴²⁹ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 168. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo III, p. 161.

⁴³⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo III, p. 162.

⁴³¹ AÇÃO POPULAR - PRIVATIZAÇÃO DOS TERMINAIS RODOVIÁRIOS DE SÃO PAULO - ART. 21 DA LEI N. 4.717/65 - LUSTRO PRESCRICIONAL - TERMO INICIAL - PRIMEIRO ATO CONCRETO QUE SE REPUTA LESIVO À ADMINISTRAÇÃO - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO E DOS CONTRATOS - PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. De acordo com o art. 21 da Lei n. 4.717/65, prescreve em 5 anos a pretensão do autor popular. O termo inicial deve ser o primeiro ato concreto lesivo ao direito subjetivo do autor popular. Precedentes. 2. A simples publicação do edital de licitação não pode ser tomada como ato concreto, pois aqui, para o caso dos autos, ainda não existe lesão alguma à Administração. 3. O primeiro ato concreto e lesivo à Administração e ao direito vindicado pelo autor popular, conforme se extrai do delineamento fático estabelecido na instância ordinária, foi o relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, cujo aviso para cadastramento das empresas interessadas no certame foi publicado em 4.11.1988. A partir daí, como mesmo reconhece o autor, surgiram os efeitos lesivos, como também nasceu a pretensão. Ajuizada que foi a ação popular em 22.11.1993, já se encontrava prescrita a pretensão de anulação do ato, em razão do lustro indicado no art. 21 da Lei n. 4.717/65. 4. De qualquer modo, poder-se-ia dizer, inclusive, que, em um ponto, a pretensão do autor popular não estaria prescrita, caso existisse eventual pedido de ressarcimento ao erário. Ocorre que o autor popular não realizou propriamente nenhum pedido de ressarcimento ao erário. Ao revés, requereu que os réus fossem condenados a indenizar a Companhia do Metropolitano de São Paulo S/A em razão dos recursos arrecadados com o contrato, bem como nas despesas realizadas com a licitação. Como se vê, tal pedido é decorrência lógica da anulação do contrato e invalidação da licitação, o que não pode mais ser pleiteado, em razão da prescrição (pedidos sucessivos). Assim, prescrita a pretensão principal, também prescrita a pretensão logicamente subsequente. Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 755059/SP. Relator: Ministro Humberto Martins, julgado em 11 dez. 2007, DJ, 07 fev. 2008. p. 1)

AÇÃO POPULAR - PROCESSUAL CIVIL - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - CONCESSÃO DE USO DE TERRENO PÚBLICO - LEI EM TESE - EFEITOS CONCRETOS. - A ação popular visa anular ato administrativo lesivo ao patrimônio público. Tem como destinatário, ato concreto, ilegal e lesivo ao patrimônio público. Não serve para agredir lei em tese. - Conta-se o prazo prescricional a partir da lavratura da escritura de concessão de uso sobre terreno público, e não da edição da lei. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 337447/SP, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 04 de dezembro de 2003, DJ, 19 dez. 2003. p. 321)

5.7 COISA JULGADA

A LAP possui regime próprio sobre a coisa julgada. Estabelece o art. 18: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”.

A eficácia da coisa julgada será *erga omnes* e *secundum eventum litis*, assim como na ação civil pública, sendo-lhe aplicáveis as observações feitas no item 3.5. José Carlos Barbosa Moreira⁴³² resume as possibilidades de formação da coisa julgada nas ações populares:

- a) O pedido é acolhido, e o ato anulado ou declarado nulo. A sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da coletividade;
 - b) O pedido é rejeitado, por *inexistência de fundamento* para anular o ato ou declará-lo nulo. Também aqui os efeitos produzem-se *erga omnes*, de sorte que a legitimidade do ato já não poderá, por *igual fundamento*, ser de novo discutida em juízo, ainda que por iniciativa de outro cidadão (*aliter*, se diversa a *causa petendi*);
- O pedido é rejeitado *apenas porque insuficiente a prova da irregularidade*. A sentença não se reveste da autoridade de coisa julgada no sentido material, e “qualquer cidadão”, como diz o texto – inclusive, portanto, o *mesmo* que intentara a primeira ação –, fica livre de demandar a anulação ou a declaração de nulidade do ato, invocando embora *igual fundamento*, e eventualmente obterá êxito, se for convincente a “nova prova” agora produzida.

Interessante notar que a coisa julgada *secundum eventum litis* foi delineada pela LAP com o intuito de evitar eventuais conluios entre o autor popular e qualquer agente da Administração, no sentido de evitar ações simuladas⁴³³.

⁴³² A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados ‘Interesses Difusos’, In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 123.

⁴³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5.ed. Ed. RT: São Paulo, 2003. p. 301. JOSÉ AFONSO DA SILVA acredita que a formação da coisa julgada *secundum eventum litis* é inconstitucional, por afrontar a isonomia das partes (CR, art. 5º), In: *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. Malheiros Editore: São Paulo, 2007. p. 258.

6 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

6.1 BREVE HISTÓRICO E SEU CONCEITO

O mandado de segurança foi criado com a Constituição de 1934. Antes dela, havia grande dificuldade na obtenção de tutela jurídica contra o Estado:

Os procedimentos adotados pelo processo civil brasileiro, quer no Império que nos primeiros tempos da República, não era, todavia, suficientemente rápidos e eficazes para a imediata proteção dos direitos do indivíduo contra o Estado. O principal defeito de que se ressentiam era sua incapacidade para atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído pela reparação pecuniária. Daí a tentativa de utilização dos procedimentos possessórios, de curso mais expedito e conducentes à execução específica do julgado, em vez da forma reparatória. E, como premissa necessária a essa utilização, pregou RUI BARBOSA a existência da posse de direitos pessoais. Mas a resistência a essa concepção ampla do conceito de posse foi grande, e não se pode dizer que o mestre tenha obtido êxito em sua doutrinação⁴³⁴.

Pregava-se pela utilização do *habeas corpus*, que à época não se restringia somente à tutela da liberdade de ir e vir (criando-se a chamada *doutrina brasileira do “habeas corpus”*), e também os interditos possessórios para se obter a tutela mandamental.

Assim, foi na Constituição de 1934 que surgiu o instituto, destinado à proteção de direito certo e incontestável lesado ou ameaçado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de autoridade. Recebeu, em 1936, regulamentação infraconstitucional (Lei nº 191/1936), mas sofreu forte retrocesso com o Estado Novo e sua Constituição, em 1937, que não o previu; além disso, passou-se a proibi-lo contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, governadores e interventores.

Posteriormente regulamentado pelo CPC de 1939, manteve-se a restrição de seu cabimento, pois dizia o art. Art. 319: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.”.

O instituto retornou à pauta constitucional com o Texto de 1946 (art. 141, §24), e teve seu procedimento regrado pela Lei nº 1.533/1951, e, depois, pelas Leis nº 4.348/1964 e 5.021/1966, somente revogadas em 2009. O instituto também esteve presente nas Constituições de 1967 e 1969, sobrevivendo ao regime militar, portanto.

⁴³⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 3.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 54.

Foi consagrado também pela Constituição de 1988, na qualidade de garantia fundamental, ainda com a característica de instrumento do jurisdicionado contra atos das autoridades. Seu procedimento está disciplinado pela Lei nº 12.016/2009. O mandado de segurança coletivo se diferencia do individual apenas em relação à legitimidade, vale dizer, os requisitos para sua concessão são os mesmos traçados para o individual: lesão ou ameaça a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, por ato ilegal ou abusivo de autoridade. “O ‘adjetivo’ coletivo se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental, e não à pretensão deduzida em si mesma”⁴³⁵. Nesse sentido, J. J. Calmon de Passos⁴³⁶:

Não se cuida, cumpre de logo dizer e fundamentar, de uma nova garantia constitucional. Estamos diante do velho mandado de segurança, ampliado em termos de legitimação para sua propositura, dessa legitimação nova resultando repercussões sobre a estrutura do procedimento e sobre a decisão de mérito nele proferida.

A discussão é importante e tem consequências práticas, pois, se não se admitir que o inciso concernente ao mandado de segurança coletivo diz respeito somente à legitimidade, a primeira questão que se colocará diz respeito à aplicabilidade da exigência de direito líquido e certo para lançar mão do instituto. Concluindo-se tratar-se apenas de legitimidade, tal requisito é plenamente aplicável ao *writ* coletivo, como de fato o é⁴³⁷.

6.2 CABIMENTO

Como se viu, os requisitos para o exercício do mandado de segurança são aqueles elencados na Constituição, não podendo a lei infraconstitucional limitar o uso do instituto, mormente por tratar-se de garantia fundamental:

De tal dispositivo extraem-se as condições necessárias e suficientes para a concessão do mandado de segurança: (a) a existência de um direito líquido e certo; (b) ameaçado ou violado por um ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.⁴³⁸

⁴³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2.ed. São Paulo: RT, 2009, comentário 114 ao art. 5º. p. 196.

⁴³⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data* (constituição e processo). Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 7.

⁴³⁷ Questionando a aplicabilidade dos mesmos requisitos materiais do mandado de segurança individual ao coletivo, com fundamento em CELSO AGRÍCOLA BARBI: SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, comentários ao art. 5º, LXX, item 4.3.

⁴³⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 457.

Desde logo insta esclarecer o alcance do chamado *direito líquido e certo*. Tornou-se clássica a doutrina de Hely Lopes Meirelles⁴³⁹ sobre o tema:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Com isso, deve-se ter mente que os fatos alegados em juízo devem estar documentalmente comprovados, de plano, já com a inicial; vale dizer, é pacífico o fato de o *writ* não comportar dilação probatória, razão pela qual se requer a prova pré-constituída. Esta exigência torna-se ainda mais relevante ao lembrar que o instituto se vale contra atos públicos, que gozam de presunção de legalidade.

Portanto, o mandado de segurança, para que seja concedido, tem que apresentar documento capaz de afastar tal presunção, mostrando-se, nele, a ilegalidade ou abusividade do ato da autoridade.

O direito líquido e certo a que se refere a Constituição não é específico, isto é, refere-se a direito *tout court*, nele incluídos, portanto, direitos individuais (homogêneos ou não), coletivos e difusos. Não há na Constituição qualquer restrição em sentido contrário.

É por esse motivo que o parágrafo único do art. 21 da LMS deve ser lido com ressalvas. Veja-se o dispositivo:

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Tem-se a impressão de que não se protegem os direitos difusos por meio do instituto. Há na doutrina divergência sobre o tema. José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo⁴⁴⁰, por exemplo, defendem a correção da LMS ao acolher entendimento jurisprudencial de ser incabível o mandado de segurança para tutelar direitos difusos.

⁴³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27. ed. Atualizada por WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 36-37.

⁴⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei 12.016/2009*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 195.

A pergunta, entretanto, não é se acertado o reconhecimento pela lei do que entendia a jurisprudência, mas sim se *constitucional* o que dispôs a lei infraconstitucional. Conquanto se argumente a dificuldade de encontrar um direito difuso líquido e certo, não há na Constituição qualquer norma que autorize afastá-lo *prima facie* do cabimento do *writ*, pois visou proteger, por meio de uma garantia fundamental, todo e qualquer direito líquido certo – individual ou transindividual. Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Nery⁴⁴¹:

O direito *transindividual*, ou seja, o *difuso*, o *coletivo* e o *individual homogêneo* (CDC 81 par. ún. I a III), é o direito *material* protegido pelo MS coletivo (*rectius* ação coletiva de MS). O direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo da autoridade, objeto de proteção constitucional pelo MS, é o *direito tout court*, isto é, no geral, porquanto o texto constitucional que prevê o regulamento do direito material à segurança não restringe o alcance desse direito fundamental a qualquer espécie de direito, donde é lícito concluir que quando a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

Como exemplo de cabimento de mandado de segurança para a tutela de direito difuso, imagine-se um ato expedido pela Municipalidade com o intuito de demolir prédio tombado por constituir patrimônio histórico. O *writ*, neste caso, serviria perfeitamente para impedir que se levasse a efeito a pretensão de demolir o edifício, protegendo-se direito difuso líquido e certo.

Em relação à possibilidade de direito líquido e certo urbanístico, pode-se imaginar a impetração de mandado de segurança em defesa da ordem urbanística quando alguma autoridade coatora, por exemplo, inviabilizar, embargar ou implementar de forma inadequada instrumentos de direito urbanístico em determinada situação.

Veja-se o caso de concessão de licença de edificação com coeficiente de aproveitamento superior ao previsto no plano diretor, ou de parcelamento do solo em área não permitida, ou, ainda, o exercício do direito de preempção municipal com finalidade distinta da que fora autorizada por lei. Enfim, é possível valer-se do mandado de segurança coletivo para que se possa proteger a ordem urbanística, nos casos em que já se houver configurado um direito líquido e certo⁴⁴². Também no exercício de seu poder de polícia poderá a

⁴⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1726, item 7 do comentário ao art. 21 da LMS.

⁴⁴² A ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO já impetrou mandado de segurança coletivo em razão da “Lei Cidade Limpa”, do Município de São Paulo, ocasião em que o TJSP negou a segurança em razão de reconhecer a competência do Município para disciplinar os elementos que compõem a paisagem urbana: “MANDADO DE SEGURANÇA - LEI MUNICIPAL Nº 14.223, DE 26/9/2006, QUE DISPÕE SOBRE A ORDENAÇÃO DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A PAISAGEM URBANA NO TERRITÓRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO É MATÉRIA DE NATUREZA AMBIENTAL E TEM COMO FINALIDADE ADEQUAR A FUNÇÃO DA PROPRIEDADE EM FUNÇÃO DA PAISAGEM URBANA, RELACIONADA COM O USO COMUM DO POVO.

Administração dar azo à impetração do *writ*, ao aplicar multas e expedir notificações aos particulares⁴⁴³.

A LMS, em seu art. 5º, prevê algumas vedações ao cabimento do mandado de segurança, quando se tratar: “I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III - de decisão judicial transitada em julgado.”.

INCONSTITUCIONALIDADE - A LEI NÃO É INCONSTITUCIONAL, POIS O MUNICÍPIO NÃO USURPOU A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL CONFERIDA À UNIÃO, UMA VEZ QUE A CITADA NORMA LEGAL NÃO DIZ RESPEITO AO ÂMBITO ECONÔMICO DA PUBLICIDADE OU PROPAGANDA, MAS SIM AO QUE SE REFERE AO MEIO AMBIENTE, ARQUITETURA E URBANISMO, POSSUINDO O MUNICÍPIO COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE TAIS MATÉRIAS.

LIVRE INICIATIVA - A LEI NÃO VEDA O EXERCÍCIO DE PROFISSÃO E/OU ATIVIDADE, DESDE QUE OBEDEÇA A LEI. DIREITO DE PROPRIEDADE - DEVE OBEDECER AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL.

LESÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR - NÃO SE VISLUMBRA ONDE A LEI MUNICIPAL POSSA TRAZER PREJUÍZO AO CONSUMIDOR.

OFENSA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO - PODEM SER EXERCITADAS, DESDE QUE OBEDEÇAM OS PARÂMETROS DA LEI.

DIREITO ADQUIRIDO E NEGÓCIO JURÍDICO PERFEITO - A AUTORIZAÇÃO QUE PERMITE A PUBLICIDADE EXTERIOR E UTILIZAÇÃO DE ANUNCIAR GERALMENTE É PRECÁRIA E DENTRO DO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - INEXISTE AFRONTA AO DIREITO ADQUIRIDO AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - A LEI TEM POR FINALIDADE ORDENAR O ESPAÇO PÚBLICO E REGULADO QUE DIZ RESPEITO À PAISAGEM URBANA - CONTROLE DE POLUIÇÃO VISUAL - RAZÃO PELA QUAL NÃO SE VISLUMBRA QUALQUER EXCESSO.

MULTA CONFISCATÓRIA - A QUESTÃO DEVE SER ANALISADA DIANTE DO CASO CONCRETO E NÃO DE FORMA ABSTRATA. RECURSO IMPROVIDO” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Décima Primeira Câmara de Direito Público. Apelação nº 683.488-5/6-00. Relator: Desembargador. Pires de Araújo, julgado em 14 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>

⁴⁴³ Por exemplo:

“CONSTITUCIONAL E DIREITO URBANÍSTICO MANDADO DE SEGURANÇA LOTEAMENTO IMÓVEL SITUADO NA ZONA RURAL REGULARIZAÇÃO MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO.1. As normas gerais sobre direito urbanístico, notadamente as que versem sobre parcelamento do solo, são aplicáveis tanto aos imóveis localizados em zona urbana quanto em zona rural. 2. Compete ao Município promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF). 3. Inexistência de direito adquirido frente ao poder de polícia do Estado. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Nona Câmara de Direito Público. Apelação nº 9153800-90.2003.8.26.0000. Relator: Desembargador Décio Notarangeli, julgado em 29 de junho de 2011.).

E trecho do relatório:

“Segundo se infere dos autos, após regular notificação extrajudicial para que o apelante desse início à regularização do loteamento onde está instalado (fls. 30), a Prefeitura Municipal de Itatiba lavrou auto de infração e imposição de multa (fls. 31) em razão da inércia do apelante em tomar as providências cabíveis para o cumprimento das determinações administrativas.

Assim, a mera circunstância de o imóvel sub judice estar funcionando de forma irregular, longe de conferir ao apelante direito líquido e certo de se manter na ilicitude até eventual regularização, dava direito à apelada de promover a autuação da apelante para aplicação das penalidades cabíveis.”

6.3 LEGITIMIDADE

A legitimidade do mandado de segurança está disciplinada, primeiramente, na própria Constituição, art. 5º, LXX, da seguinte forma:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

A LMS, entretanto, acabou por incorrer em inconstitucionalidade ao limitar a legitimidade prevista na Constituição, na medida em que, em seu art. 21, assim determinou:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, **na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária**, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, **na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.** (grifou-se)

Em relação à legitimidade dos partidos políticos, não há na Constituição exigência de que impetrem o mandado de segurança na defesa dos interesses de seus integrantes ou, ainda, concernentes à finalidade partidária, inserindo, portanto, não somente aspectos relativos à legitimidade, mas também ao interesse. Restringiu o acesso à justiça pela via do *writ*, que, por constituir-se garantia fundamental, deve ser interpretado de maneira ampliativa, e não o contrário⁴⁴⁴. A lei infraconstitucional acabou por representar retrocesso para o instituto, pois o art. 21 contém restrição à legitimidade do inciso LXX do art. 5º da Constituição⁴⁴⁵

Em relação às associações, a LMS repetiu o que determina a Constituição, inclusive a exigência de que estejam constituídas há pelo menos um ano. Não se pode aplicar ao caso a dispensa prevista na LACP na medida em que se trata de requisito constitucional⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Pela inconstitucionalidade da restrição: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1725, item 3 do comentário ao art. 21 da LMS. Contra a restrição, por entendê-la retrógrada, em desconformidade com a jurisprudência que já havia sido firmada pelo STF: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei 12.016/2009*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 200. Defendendo a necessidade de interpretação conforme a Constituição, a fim de que se entenda que a LMS não inovou no ordenamento jurídico, prevalecendo o disposto na Constituição: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo III, p. 258.

⁴⁴⁵ NERY JUNIOR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo Coletivo. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 261-262, item 2.

⁴⁴⁶ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1726, item 6 do comentário ao art. 21 da LMS. Pela

Apesar de silente a Constituição e a LMS, a doutrina defende a possibilidade de o Ministério Público e a Defensoria pública serem legitimados para impetrar mandado de segurança na busca de suas finalidades institucionais⁴⁴⁷.

Em relação à natureza jurídica da legitimidade, são cabíveis as mesmas observações feitas em relação à ação civil pública: em se tratando de direitos difusos e coletivos, a legitimação será autônoma para a condução do processo; para direitos individuais homogêneos, substituição processual.⁴⁴⁸

Segundo o art. 24 da LMS, são aplicáveis ao *writ* as normas do CPC concernentes ao litisconsórcio (arts. 46 a 49), explicadas no item 3.2.9. O litisconsórcio pode ser tanto ativo quanto passivo, facultativo ou necessário, unitário ou simples, havendo vedação ao litisconsórcio ulterior após o despacho da inicial (art. 10, LMS).

A doutrina defende a possibilidade de assistência no mandado de segurança, pois, ainda que o instrumento se volte contra a autoridade coatora, considerando a possibilidade de ação regressiva da Administração contra o agente (CR, art. 37, §6º), pode ele, em nome próprio e com seu próprio defensor, comprovar seu interesse jurídico na causa e nela defender-se⁴⁴⁹.

6.4 COMPETÊNCIA

A competência no mandado de segurança deve ser verificada de acordo com a qualificação da autoridade coatora – federal, estadual ou municipal – e sua graduação hierárquica. A verificação é importante na medida em que definirá tanto a competência funcional quanto territorial do processamento e julgamento do mandado de segurança⁴⁵⁰.

Na Constituição a competência está estabelecida da seguinte forma:

- Supremo Tribunal Federal (CR, art. 102, I, *d*): se o mandado de segurança for impetrado contra ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos

aplicabilidade da dispensa: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei 12.016/2009*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 201.

⁴⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1726, item 5 do comentário ao art. 21 da LMS. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo III, p. 262. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 491.

⁴⁴⁸ Id. Ibid. 11.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1725, itens 1 e 2 do comentário ao art. 22 da LMS.

⁴⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei 12.016/2009*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 221.

⁴⁵⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 499. PIZZOL, Patrícia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 560.

Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF;

- Superior Tribunal de Justiça (CR, art. 105, I, *b*): se o mandado de segurança for impetrado contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas e dos membros do próprio STJ;
- Tribunais Regionais Federais (CR, art. 108, I, *c*): se o mandado de segurança for impetrado contra ato do próprio TRF ou de juiz federal;
- Justiça Federal (CR, art. 109, VIII): se o mandado de segurança for impetrado contra ato de autoridade federal.

Nos casos de mandado de segurança contra os Governadores de Estado, a disciplina será feita pela Constituição do Estado (CR, art. 125, §1º). Se não for o caso de qualquer competência acima descrita, o mandado de segurança será impetrado na Justiça Estadual de primeira instância.

6.5 PROCEDIMENTO

O rito do mandado de segurança é tido pela doutrina como especial. O art. 6º da LMS determina que a petição inicial preencha os requisitos da lei processual civil, vale dizer, arts. 282 e 283 do CPC, “será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.”. Na verdade, apesar de a lei se referir a duas vias, serão tantas quantas forem as autoridades coatoras notificadas.

Caso os documentos necessários estejam em poder da autoridade coatora ou de repartição ou estabelecimento público, o juiz determinará sua exibição no prazo de dez dias (LMS, art. 6º, §1º).

Haverá juiz de admissibilidade da petição inicial (LMS, art. 10), que também seguirá o determinado no CPC (arts. 285-A e 295), e, se negativo, resultará no indeferimento da petição inicial, por decisão passível de recurso de apelação.

Se positivo o juízo de admissibilidade, nos termos do art. 7º da LMS, o juiz determinará: “I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que,

querendo, ingresse no feito; III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”.

Caso não sejam prestadas as informações referidas pelo dispositivo, ou o sejam intempestivamente, não incidirão os efeitos da revelia, pois incompatíveis com o objeto tutelado pelo *writ* (indisponível)⁴⁵¹. Apesar de a LMS ter silenciado a respeito, é plenamente cabível o pedido liminar de suspensão do ato já na petição inicial, presentes os pressupostos que as justifique, que são o fundamento relevante e o risco de ineficácia da medida; da decisão que conceder ou negar a liminar caberá agravo de instrumento (LMS, art. 7º, §1º).

Para os casos de mandado de segurança coletivo, a medida liminar somente poderá ser concedida após a oitiva da autoridade coatora, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, conforme dispõe o art. 22, §2º, da LMS. Este requisito, no entanto, não deve ser tido como absoluto, na medida em que o caso concreto poderá demonstrar a inviabilidade de esperar o prazo legal estipulado⁴⁵².

Como se viu, não há possibilidade de instrução probatória no mandado de segurança. Prestadas as informações do art. 7º, I, o *parquet* será intimado na qualidade de *custos legis*, devendo opinar no prazo de dez dias (art. 12 da LMS).

Com ou sem o parecer do MP, o processo será levado ao magistrado para que profira sentença, no prazo de trinta dias (art. 13 da LMS). Concedida a segurança, a autoridade coatora e a pessoa jurídica à qual se vincula serão cientificados da decisão, que, inclusive, estará sujeita ao reexame necessário (art. 14, §1º, LMS).

6.6 DECADÊNCIA

A LMS prevê que: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”.

Questiona-se, na doutrina, a constitucionalidade do dispositivo, que se justifica em razão de a Constituição não fazer qualquer ressalva neste sentido, exigindo, somente, que haja direito líquido e certo, não amparado por *habeas data* ou *habeas corpus*, nos casos em que o

⁴⁵¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo III, p. 60.

⁴⁵² MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei 12.016/2009*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 212.

responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Nelson Nery Junior⁴⁵³ coloca em xeque o dispositivo (que repetiu o regime da lei anterior), ao estabelecer o prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança.

No entanto, ainda na vigência da lei anterior decidiu o STF pela sua constitucionalidade, tendo editado a Súmula 632, segundo a qual: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”. No entanto, não há como convalidar o erro repetido pela LMS⁴⁵⁴.

Yussef Said Cahali⁴⁵⁵ resume o entendimento favorável ao prazo decadencial:

A estipulação, em sede legal, de prazo para a oportuna impetração do mandado de segurança não tem o condão de ofender a natureza constitucional desse *remedium juris*, cuja função processual consiste em viabilizar, desde que tempestivamente utilizado nos termos em que o disciplina a lei, a pronta, eficaz e imediata reparação a direito líquido e certo eventualmente lesado por comportamento arbitrário da Administração Pública. O prazo decadencial de 120 dias opera, em face de sua eficácia preclusiva, a extinção do direito de impetrar o *writ* constitucional. Não gera, contudo, a extinção do próprio direito subjetivo eventualmente amparável pelo remédio do mandado de segurança ou por qualquer outro meio de tutela jurisdicional.

Para a ordem urbanística, o mandado de segurança estará mais ligado aos atos normalmente praticados pela municipalidade e que se refiram, por exemplo, às normas edilícias e de construção, que estejam em desacordo com a ordem urbanística, seja mediante a exigência de condições por notificações, seja mediante a concessão de alvarás e licenças ilegais, ou, ainda, de aplicações de sanções. Assim, é importante saber a partir de que momento se começa a contar o prazo decadencial estipulado em lei.

De acordo com a doutrina, o prazo é contado a partir de sua ciência, o que pode significar que **(a)** se publicado em Diário Oficial, será presumida a ciência pelo interessado; **(b)** se recebido por notificação ou comunicação por escrito, da data do recebimento. O prazo deverá ser contado em dias – e não em meses, não equivalendo, assim, a quatro meses -, excluindo-se o primeiro dia⁴⁵⁶.

⁴⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição*. 10.ed.São Paulo: RT, 2010. p. 183.

⁴⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei 12.016/2009*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 213. Afirmando não se tratar nem de prescrição, nem de decadência, mas de “prazo extintivo específico”: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 519.

⁴⁵⁵ CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 302.

⁴⁵⁶ *Ibid.* p. 303.

6.7 COISA JULGADA

As leis infraconstitucionais anteriores à LMS não regravam a coisa julgada do mandado de segurança coletivo, razão pela qual lhe era aplicável o regime do microsistema (CDC, art. 103). No entanto, com a lei atual veio o art. 22, que piorou o regime da coisa julgada.

De acordo com o sistema geral das ações coletivas, os efeitos da coisa julgada se operam de acordo com o direito tutelado, podendo ser *erga omnes* ou *inter partes*, e, ainda, *secundum eventum litis*; não induz litispendência, facultando aos indivíduos que requeiram a suspensão de suas ações individuais para que possam se beneficiar da sentença coletiva.

A LMS destoou da regra geral do sistema, ao prever que os efeitos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo (i) ficarão limitados aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante; (ii) o mandado de segurança não induz litispendência nas ações individuais, mas os indivíduos somente poderão beneficiar-se do julgado coletivo se requererem a desistência de sua ação individual.

O regime adotado merece reparos.

Primeiro porque não há qualquer motivo para que se limitem os efeitos da coisa julgada aos substituídos, na medida em que eles se operam de acordo com o direito tutelado – difuso, coletivo ou individual homogêneo. É contraproducente e irracional não permitir que outras pessoas, que se encontram na mesma situação e que possuam o mesmo direito líquido e certo, não possam executar diretamente o julgado coletivo, tendo que ingressar com outra demanda para obter o mesmo mandado de segurança.

Em segundo lugar, a solução encontrada pela LMS para que os indivíduos se beneficiem do julgado coletivo é desfavorável se comparada à regra geral do sistema, prevista no CDC. Não há motivo para que se exija dos indivíduos que desistam de suas ações individuais.

Por isso Cassio Scarpinella Bueno⁴⁵⁷ afirma:

[...] exigir que impetrante individual, para se beneficiar da decisão proferida em sede coletiva, tenha que *desistir* de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias a contar da comprovada ciência da impetração do mandado de segurança em sua forma coletiva, além de atritar com o modelo que vem sendo consagrado (e festejado) no direito brasileiro, é medida que conflita, a olhos vistos, com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

⁴⁵⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, tomo III, p. 270.

Portanto:

Para ser coerente com o minissistema brasileiro de processos coletivos, quando se tratasse de direitos individuais homogêneos a coisa julgada desfavorável do mandado de segurança coletivo não deveria impedir que os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas ajuizassem ações individuais para a defesa de seus direitos. Há, aqui, necessária integração do disposto pelo CDC em relação à coisa julgada em mandado de segurança coletivo, em matéria de direitos individuais homogêneos. Na moderna teoria interpretativa, deve haver a superação das antinomias, por intermédio do diálogo das fontes.⁴⁵⁸

Faz-se necessário encontrar um ponto de coerência do sistema, não havendo qualquer razão jurídica para que se afaste a já consagrada extensão dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas. Por isso, defende a doutrina a aplicabilidade do sistema do CDC, em detrimento a este previsto na LMS, pela qual se possibilitaria a extensão dos efeitos da coisa julgada de acordo com o direito tutelado e também a coisa julgada *secundum eventum litis*.

⁴⁵⁸ NERY JR., Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. 10.ed. Forense. Rio de Janeiro: 2011, vol. II, p. 263, item 2.

7 AÇÃO DE USUCAPIÃO COLETIVA

7.1 A USUCAPIÃO NO ESTATUTO DA CIDADE

A usucapião é instituto bastante antigo, inclusive no direito brasileiro, consagrada como meio de aquisição da propriedade e de outros direitos reais⁴⁵⁹. São diversos os gêneros existentes, tendo o EC consagrado a denominada *usucapião especial urbana*, cujo fundamento encontra-se na Constituição, art. 183, inserida no capítulo da política urbana.

Além do objetivo de toda usucapião – que visa à estabilidade do Direito⁴⁶⁰ – o instituto assume, em sua forma coletiva, no direito urbanístico, caráter de regularização do espaço urbano e promoção social, por destinar-se às famílias de baixa renda, que não tenham condições de aquisição de um imóvel por conta própria. Daí porque dizer que tem natureza de “*usucapião especial instituído como instrumento de política urbana e de justiça social*”⁴⁶¹.

Trata-se, na verdade, de modalidade coletiva da usucapião urbana especial (EC, art. 10), e não de novo gênero, cujos requisitos são os seguintes: (a) imóvel situado em área urbana com mais de 250 m²; (b) ocupação por população de baixa renda para sua moradia; (c) período de 5 anos ininterruptos e sem oposição; (d) em estado de composses, sem que seja possível determinar a fração de cada ocupante; (e) os ocupantes não podem possuir outro imóvel.

A área urbana, como foi dito, é definida pelo plano diretor. A lei estabeleceu uma metragem mínima para que o imóvel possa ser usucapido – 250 m² – o que recebe críticas da doutrina, na medida em que poderá criar situações injustas no caso concreto (como uma área menor que esta que atenda aos demais requisitos, mas que, por força deste, não poderá ser regularizada).

A ocupação por população de baixa renda é requisito que demonstra o caráter social desta modalidade de usucapião. Não há critérios legais sobre o que seja “baixa renda”, e, por isso, este conceito deverá ser preenchido pelo juiz no caso concreto. A doutrina diz que a expressão “de plano aponta pra a população sem condições econômicas de adquirir, por negócio oneroso, simples imóvel de moradia”⁴⁶²:

⁴⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 155.

⁴⁶⁰ Ibid. p. 112.

⁴⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 170.

⁴⁶² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Direito Civil 3. Direitos Reais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 119.

Não há definição jurídica do que se considere *baixa renda*, mas se pode assegurar que se encontram nessa situação, senão todas, ao menos quase todas as famílias que residem em aglomerações urbanas formadas em periferias dos centros urbanos e ao largo dos padrões urbanísticos regulares, como comunidades, favelas, cortiços e outros centros populacionais do gênero⁴⁶³.

A princípio, a área ocupada deve ser destinada à moradia, mas, conforme alerta de Silvio Luís Ferreira da Rocha⁴⁶⁴, as áreas contempladas pela lei são um todo orgânico, que podem conter pequenos comércios em seu interior, de modo a não configurar-se como empecilho à utilização da usucapião coletiva.

O período de cinco anos de ocupação é o mesmo da usucapião especial urbana individual, e, da mesma forma, admite que a posse seja somada com a do antigo possuidor (art. 10, §1º, EC), por *accessio* ou por *successio possessionis*. A posse deve ser mansa e pacífica neste período, sem oposição.

Quanto ao estado de composesse, a lei determina que o instituto se destina aos casos “onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor”. Trata-se da posse qualificada, que merece seja-lhe dada interpretação coerente:

Exige-se posse qualificada (CF, art. 183) e a impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Esta impossibilidade é relativa e não absoluta, pois, como regra, sempre é possível identificar tais áreas e o respectivo possuidor. Deve prevalecer o entendimento de que a usucapião urbana coletiva é possível naquelas áreas onde o adensamento habitacional impede delimitação satisfatória do ponto de vista individual e urbanístico⁴⁶⁵.

Da mesma forma que a usucapião individual, em razão de determinação constitucional, os ocupantes da área não podem possuir outro imóvel, urbano ou rural, em seu nome, e não serão contemplados com o instituto mais que uma vez (art. 183, *caput* e § 2º).

Após o julgamento da demanda, a sentença reconhecerá a mesma fração ideal a cada qual dos possuidores, salvo se houver acordo escrito entre eles (EC, art. 10, §3º). A sentença servirá de título para efeitos de registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Os possuidores deverão formar um condomínio especial indivisível, que deverá administrar a área por deliberação majoritária dos presentes. Ele não poderá ser extinto, salvo se já realizada a urbanização do local, conforme determina do art. 10, § 4º, do EC.

⁴⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 172.

⁴⁶⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Direito Civil 3. Direitos Reais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 119.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 118.

7.2 ASPECTOS PROCESSUAIS

A ação de usucapião coletiva observará o rito sumário (EC, art. 14), que está disciplinado pelo CPC nos arts. 275 a 281. A petição inicial deverá obedecer aos requisitos gerais do CPC, mas também os específicos da ação de usucapião, descritos por Antonio Carlos Marcato⁴⁶⁶:

A petição inicial deverá conter a descrição minuciosa do imóvel usucapiendo e será instruída com sua planta, com a certidão do Registro de imóveis (visando à identificação do proprietário do bem) e com certidões negativas da existência de ação possessória que tenha por objeto o bem usucapiendo, em razão da vedação contida no art. 923 do Código de Processo Civil [...]. O autor deve requerer a citação pessoal daquele em cujo nome esteja registrado o imóvel usucapiendo, dos confinantes e do eventual possuidor atual do bem, mais a citação editalícia dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados.

Da mesma forma será necessário intimar as Fazendas Públicas municipal, estadual e federal, a fim de que manifestem eventual interesse na causa (CPC, art. 943), sendo a intervenção do Ministério Público obrigatória (CPC, art. 944; EC, art. 12, §1º). Por determinação legal, há gratuidade de custas para o autor da ação, inclusive junto ao Cartório de Registro de Imóveis (EC, art. 12, §2º).

Um ponto essencial que merece discussão é a legitimidade ativa para a propositura da demanda. O tema está tratado no art. 12 do EC, conferindo-se legitimidade para: “I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; II – os possuidores, em estado de comosse; III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.”.

De plano, o inciso I não desperta muita discussão, e, a bem da verdade, nem seria necessário. Diz respeito a usucapião individual, tratando-se de legitimação ordinária. Já os incisos seguintes dizem respeito à usucapião coletiva, prevendo-se, no inciso II, que aqueles que estiverem na posse do imóvel – que atenderá aos requisitos anteriormente descritos – ingressarão em juízo, tratando-se, no caso, de litisconsórcio necessário, em razão do próprio estado de comosse, que obrigará o resultado uniforme a todos (veja-se o quanto exposto no item 3.2.9).

Mas há ainda a possibilidade de a ação ser ajuizada por associação de moradores. Nesta parte a lei possui redação confusa, na medida em que diz, de um lado, que a associação atuará na qualidade de substituta processual, mas depois exige autorização de seus

⁴⁶⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p. 170, item 93.2.

representados. A questão merece análise mais profunda, da qual poderão ser extraídas outras importantes consequências.

7.2.1 Procedimento

Conforme visto, a lei elegeu o procedimento sumário para a ação de usucapião especial urbana coletiva, de modo a ter buscado, certamente, conferir maior celeridade ao procedimento. A petição inicial deverá ser elaborada nos conformes dos arts. 282, 283 e 295 do CPC, observando, também, as peculiaridades do procedimento sumário (art. 276), que determina que “o autor apresentará o rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará quesitos, podendo indicar assistente técnico”.

A escolha pelo procedimento sumário não se mostra muito compatível com a ação de usucapião. No próprio CPC há procedimento especial regulamentando a ação de usucapião de terras particulares, que após reforma em 1994, deixou de exigir a realização de audiência de justificação prévia da posse e determinou a aplicação do rito ordinário. O que permaneceu de especial, portanto, foi o litisconsórcio passivo necessário e a intimação das pessoas de direito público arroladas no art. 943 e a intervenção obrigatória do MP, que não são requisitos exclusivos desta ação⁴⁶⁷.

Embora, a princípio, não pareçam aplicáveis as regras da ação de usucapião disciplinada nos arts. 942 e seguintes do CPC, a jurisprudência os vem aplicando normalmente, tanto porque deles se extraem consequências naturais da ação de usucapião, seja porque ali estão contidos documentos essenciais à propositura da demanda, seja porque contêm regras que decorrem da própria situação fática leva a juízo, como o litisconsórcio passivo necessário. Veja-se julgado do TJSP:

USUCAPIÃO Petição inicial Inépcia Inocorrência Preenchimento de todos os requisitos dos arts. 282 e 942, do Código de Processo Civil Ação de usucapião coletiva - Documentos exigidos que não se revelam essenciais à propositura da demanda, mas somente convenientes para melhor compreensão da controvérsia Hipótese, ademais, em que os documentos exigidos foram juntados aos autos, ainda que de forma precária Indeferimento da petição inicial que se mostrou medida excessivamente rigorosa Extinção afastada Regular sequência do feito determinada Recurso provido.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p. 170.

⁴⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0013410-45.2005.8.26.0554. Relator: Desembargador. Luiz Antonio de Godoy, julgado em 20 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

Assim, além daqueles documentos também deverá ser juntada a planta do imóvel, já com a inicial, devendo ser requerida a citação daquele em cujo nome esteja registrado o imóvel usucapiendo e de seus confinantes, e, por edital, os réus que se encontrem em local incerto, bem como de eventuais interessados (CPC, art. 942).

7.2.2 Competência

A competência para a ação de usucapião é o foro da situação do imóvel, já que é ação fundada em direito real, atraindo a aplicação do art. 95 do CPC. Trata-se de regra de competência absoluta. Caso haja juízo especializado, como a Vara de Registro Público, por exemplo, deverá a ação ser ajuizada nela; caso contrário, a competência será do juízo cível. Podem ser vislumbradas, entretanto, duas hipóteses de modificação da competência.

(a) Caso a união manifeste interesse na causa – neste caso, a competência poderá ser atraída para a Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 109, I, da Constituição. Há, no entanto, súmula do STJ que dispõe: “A presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel”. Por esta razão, caso a União manifeste interesse, e no foro da situação do imóvel haja vara federal, haverá deslocamento da competência; caso não haja, a ação permanecerá tramitando na Justiça Estadual⁴⁶⁹.

(b) Caso a Fazenda Pública do Estado ou do Município manifestem interesse, haverá deslocamento da competência para a Vara da Fazenda Pública, onde houver.

7.2.3 Especificamente a legitimidade ativa

De início, uma questão deve ser resolvida: o direito que aqui se trata – usucapião coletiva – é transindividual, tal qual descrito no CDC, ou plúrimo?

Como se viu, a lei exige que haja composses entre os ocupantes, sem que seja possível identificar precisamente quanto cada qual ocupe. Tanto porque, caso isso seja possível, tratar-se-á de hipótese de usucapião individual. Processada a ação e julgada procedente, a sentença atribuirá a cada ocupante fração ideal do imóvel, que será idêntica, salvo acordo escrito entre

⁴⁶⁹ Nesse sentido: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p. 170. PIZZOL, Patrícia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 539.

eles (EC, art. 10, §3º). Quando se ajuíza ação de usucapião coletiva se está a tutelar interesse destes ocupantes.

Eles possuem, não se pode negar, enquanto grupo de pessoas, um direito (usucapião coletiva), que provém de uma relação jurídica base com o proprietário do imóvel⁴⁷⁰. Mas a lei conferiu a este direito, *a priori*, uma solução: a de conferir uma fração ideal idêntica aos ocupantes da área. Ou seja, mesmo que não se chegue, consensualmente, a uma divisão desta fração, o legislador houve por bem resolver a questão atribuindo a cada ocupante a mesma fração. Trata-se de objeto divisível, que tem titulares identificáveis.

E também se faz presente a origem comum: o direito de todos os titulares nasce com o atendimento dos requisitos de direito material que foram elencados acima, o que somente pode ocorrer com a ocupação coletiva. Parece, conseqüentemente, tratar-se de direito individual homogêneo. E não há no EC exigência de que sejam identificados, de plano, os ocupantes. Ainda mais porque a própria lei admite que a posse seja somada por *accessio* ou por *successio possessionis*, o que pode ocasionar ampla mobilidade dos moradores.

E nem se diga que o fato de o art. 12 do EC exigir, para a propositura da ação, haja litisconsórcio (inciso II) ou autorização expressa dos ocupantes para a associação (inciso III) seja indicativo da necessidade de identificação dos titulares do direito. Trata este artigo de norma processual, que não caracteriza, assim, o direito material. No máximo, a identificação dos titulares seria necessária para a propositura da demanda, mas não para o direito material em si.

Não pode ser esquecido, igualmente, que a usucapião coletiva está consagrada como instrumento de política urbana, seja por encontrar seu fundamento no art. 183 da Constituição, seja por assim estar descrita no próprio EC, art. 4º, V, “j”. E, assim sendo, é forma de buscar o atendimento da função social da cidade e do meio ambiente urbano equilibrado, garantindo o bem estar dos habitantes da cidade. Não se caracteriza apenas como interesse dos ocupantes da área usucapienda, mas sim dos habitantes da cidade como um todo, tal qual ocorre com os demais instrumentos da ordem urbanística.

Ao longo do trabalho ficou demonstrado que a ordem urbanística é objeto de tutela coletiva, seja porque decorrente de sua própria natureza, seja por previsão expressa na LACP nesse sentido. A usucapião coletiva, por sua vez, como instrumento da ordem urbanística, traz a consequência prática de atrair as normas do microsistema de ações coletivas. Se a

⁴⁷⁰ Este é o entendimento de: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181.

pretensão é coletiva – direitos individuais homogêneos – é possível aplicar, no que lhe for compatível, as normas do microssistema de ações coletivas.

E não é demais lembrar que o art. 83 do CDC determina que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Como excluir, assim, a ação de usucapião coletiva?

Sendo assim, a ação adequada para o reconhecimento deste direito está especificada no EC, mas nada impede que, por tratar-se de direito individual homogêneo (podendo-se até mesmo se vislumbrar um direito difuso à regularização da área) sejam-lhe aplicadas, subsidiariamente, as normas do microssistema, no que forem compatíveis.

E o esquema de legitimidade é o que parece mais adequado para sua aplicação. Assim, pode-se entender que a legitimidade para a propositura de ação de usucapião coletiva não está disciplinada exclusivamente pelo art. 12 do EC, incluindo-se, portanto, a possibilidade dos outros legitimados intentá-la (v. item 3.2).

José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷¹ sugere, por estes motivos, seja a legitimidade ativa estendida ao *parquet*:

A legitimidade *ad causam* para a ação de usucapião especial coletivo poderia, *de lege ferenda*, estender-se ao Ministério Público. Primeiramente, trata-se de interesses coletivos dos possuidores, vez que mantêm relação jurídica base com o titular do domínio. Além disso, tais direitos ostentam inegável caráter social. Por último, está em jogo também a proteção da ordem urbanística, da qual uma das diretrizes fundamentais consiste exatamente na regularização fundiária para populações de baixa renda (art. 2º, XIV, do Estatuto). Tal atuação, portanto, se revelaria de total congruência com as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, CF).

Georges Abboud⁴⁷², entretanto, entende ser possível a legitimação do MP e da Defensoria Pública em razão de o direito à usucapião coletiva enquadrar-se nos direitos tutelados pelas ações coletivas, sendo, no mínimo, direito individual homogêneo. Para ele, aplica-se o esquema de legitimação autônoma para a condução do processo (v. item 3.2.2), sendo possível a identificação dos titulares do domínio em fase de liquidação e execução de sentença.

O posicionamento demonstra-se adequado quanto ao Ministério Público e à Defensoria Pública, tanto porque a propositura desta ação demonstra-se em plena consonância

⁴⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 180-181.

⁴⁷² ABOUD, Georges. Usucapião urbano coletivo e o art. 1.228 do Código Civil: novas perspectivas para a implementação da função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Privado*, vol. 36. p. 161 e ss.

com suas finalidades institucionais, pois o instituto se aplica somente à população de baixa renda, e sua concessão se reveste de caráter social, mormente porque relacionada à regularização da moradia. Mas não há razões para limitar-se a eles, podendo estender-se, da mesma forma, aos entes da Federação e associações, que não sejam somente aquelas constituídas pelos próprios moradores, nos termos do art. 12 do EC.

Para que se encontre alguma aplicabilidade à norma, assim, pode-se propor o seguinte esquema: quando se tratar de associação civil constituída pelos próprios moradores, com autorização expressa para esta finalidade, nos termos do art. 12, poder-se-á dispensar a anualidade exigida pela LACP à propositura da ação coletiva e prosseguir-se com a ação. Caso seja associação diversa que pretenda ingressar com ação de usucapião, para ela se exige o atendimento da anualidade e a pertinência temática, devendo incluir a defesa da ordem urbanística dentre seus objetivos.

Intentada a ação de usucapião por um dos legitimados – sem que haja necessidade de identificação prévia de todos os indivíduos que ocupam a área usucapida – pode-se, ao final do processo, proferir-se sentença genérica (CDC, art. 95) reconhecendo a procedência do pedido na qual restará consignada a atribuição de fração ideal para cada qual dos ocupantes, que poderão ser identificados na fase de liquidação ou execução de sentença.

7.2.4 Legitimidade passiva

Deverão figurar no polo passivo, de acordo com o art. 942 do CPC, aquele em cujo nome esteja registrado o imóvel usucapiendo, os confinantes do imóvel, e, por edital, os réus que tiverem em lugar incerto e, ainda, eventuais interessados. Por isso “No polo passivo da ação de usucapião há *litisconsórcio necessário*, determinado por força de lei. Todos os indicados no CPC 942 devem ser citados, sob pena de ineficácia da sentença que vier a ser proferida (CPC 47)”⁴⁷³.

Deve-se esclarecer: a citação do proprietário que figure na matrícula e dos confinantes deve ser *real*, em um primeiro momento, e não por edital. Somente se procederá à citação ficta nos casos em que eles não forem encontrados, estiverem em local incerto, atendendo-se às hipóteses da citação por edital. O edital a que se refere a lei também serve para dar ciência a eventuais interessados sobre a propositura da demanda, a fim de que possam manifestar eventual objeção na demanda.

⁴⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1232, item 2 do comentário ao art. 942 do CPC.

7.2.5 Intimação das Fazendas Públicas da União, do Estado, do Município e do Ministério Público

A lei exige que sejam intimadas as Fazendas Públicas da União, do Estado e do Município, de onde se localiza o imóvel, para que manifestem eventual oposição. “A necessidade de intimação é evidente: se a área objeto da pretensão do usucapiente, ou parte dela, integra o patrimônio público, não poderá ser adquirida por meio de usucapião, dependendo a validade do processo, destarte, da intervenção do ente público interessado”⁴⁷⁴.

De acordo com Fabio Caldas de Araújo⁴⁷⁵, o ato pelo qual deverão os entes ser chamados é a citação:

A Fazenda Pública, seja ela Federal, Estadual ou Municipal, deverá ser citada. O art. 943 do CPC exige a intimação, porém a citação corresponde ao ato correto para permitir a integração da Fazenda Pública, caso tenha interesse jurídico sobre o bem que é objeto do pedido de usucapião.

As Fazendas Públicas poderão manifestar interesse na área, contestando, assim, a ação. Se restarem silentes, será o caso de entender que se operou tacitamente o desinteresse, de modo a não prejudicar o andamento do feito.

No mais, exige-se a intimação do parquet para que atue na qualidade de *custos legis* (EC, art. 12, §1º), e trata-se de intervenção obrigatória cuja ausência poderá motivar a nulidade do processo (CPC, art. 84). E a justificativa da exigência do art. 12 do EC pode encontrar duplo fundamento: tanto aquele contido no art. 83, III, do CPC, em razão de se tratar de “interesse público evidenciado pela natureza da lide” quanto pelo fato de tutelar-se, nesta ação, interesses coletivos *lato sensu*, conforme demonstrado no item 3.1.2., de modo a justificar, igualmente, a aplicação do art. 83, III e atrair a incidência do art. 5º, §1º, da LACP⁴⁷⁶.

O *parquet*, na qualidade de *custos legis*, poderá atuar de modo a verificar se presentes os requisitos da usucapião e se atendidas as finalidades urbanísticas, perquirindo se violadas normas ambientais, se a área é efetivamente urbana, a metragem, se os ocupantes enquadram-se nos requisitos legais etc.

⁴⁷⁴ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p. 171.

⁴⁷⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 456.

⁴⁷⁶ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184.

7.2.6 Sentença e registro

A sentença na ação de usucapião tem natureza declaratória, porquanto apenas reconhece um direito que já existe, e vale como título de domínio. Diz Antonio Carlos Marcato⁴⁷⁷ sobre a sentença:

É dotada de eficácia *ex tunc*, pois seus efeitos operam retroativamente, fixado como termo inicial dessa eficácia a data em que o usucapiente preencheu todos os requisitos do usucapião. Por outras palavras, a sentença de procedência não é atributiva do domínio do bem ao usucapiente, mas, sim, declaratória do domínio sobre ele; consequentemente, o usucapiente vencedor é proprietário, para todos os fins, desde a época em que atendidos todos os requisitos legais para a aquisição do bem.

É de se destacar, entretanto, que também se vislumbra natureza constitutiva nas sentenças de usucapião coletiva, na medida em que constituirão o condomínio especial indivisível a que aludem os §§3º e 4º do art. 10 do EC⁴⁷⁸.

Nela, igualmente, “o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas” (art. 10, §1º do EC). Seu registro independe de da regularidade do parcelamento do solo urbano ou da edificação; esta regra era expressa no art. 55 do EC, mas acabou revogada pela Medida Provisória nº 2.220/01, que introduziu o nº 28 no art. 167 da Lei de Registros Públicos (nº 6.015/73), que, por sua vez, permite sejam registradas as sentenças declaratórias de usucapião.

Entretanto, mesmo revogado o dispositivo, há de permanecer este entendimento, na medida em que o parcelamento e a edificação poderão ser feitos em momento posterior, conforme indica o art. 10, §4º, também do EC⁴⁷⁹.

Assim como a ação de usucapião, o registro perante o Cartório de Registro de Imóveis será gratuito, pois o autor da ação goza dos benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 12, §2º, do EC.

⁴⁷⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p. 172.

⁴⁷⁸ ABOUD, Georges. Usucapião urbano coletivo e o art. 1.228 do Código Civil: novas perspectivas para a implementação da função social da propriedade urbana, In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 36. p. 161 e ss., item 2.5.2.

⁴⁷⁹ Em sentido contrário, Maria Helena Diniz afirma que, tendo em vista que a Medida Provisória nº 2.220/2001 retirou a expressão “independentemente da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação”, tais medidas passaram a ser exigíveis, porquanto visem ao atendimento do princípio da função social da propriedade, que, por meio delas, promovem a regularização de áreas ocupadas por população de baixa renda. In: *Sistemas de Registros de Imóveis*. 10.ed.São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

8 CONCLUSÃO

Com o passar do tempo, as cidades passaram a se urbanizar com maior intensidade, o que acarretou novos desafios à sociedade. Com vistas a atender essa demanda, o urbanismo, a despeito de ter surgido, em um primeiro momento, com preocupação estética, passou a disciplinar também os demais aspectos que envolvem a vida das cidades.

O direito não permaneceu apático a isto, encampando normas urbanísticas com o tempo. No Brasil, seu desenvolvimento é recente. Apesar de, historicamente, haver normas que tocaram o tema, disciplinando aspectos como o zoneamento, regras edilícias e parcelamento do solo, de modo geral foi a Constituição que representou um passo importante para a política de desenvolvimento urbano.

Não se pode negar ser bastante relevante o papel que a propriedade assumiu com a nova ordem constitucional. A despeito de constituir-se como direito fundamental, a propriedade não é absoluta, pois está condicionada ao atendimento de sua função social. E no caso da propriedade urbana, a função social é atendida quando cumprido o plano diretor, principal instrumento da política de desenvolvimento urbano.

O tema permaneceu por muitos anos sem que houvesse, a seu respeito, uma disciplina legislativa infraconstitucional, que é reclamada pela Constituição para fixar as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano. Claro que isso não impediu que os Municípios agissem, com o passar do tempo, dentro de sua competência constitucional de ordenação do uso e ocupação do solo.

Mas faltava ainda uma disciplina a que todos se submetessem, e isso foi suprimido com a aprovação da Lei nº 10.257/2001, chamada de “Estatuto da Cidade”. É ele que condensa as normas gerais de direito urbanístico nos dias de hoje, tendo o relevante papel de prever os instrumentos dos quais podem valer-se os municípios.

Com o EC veio a lume conceito caro ao direito urbanístico, que é o de ordem urbanística. É conceito abrangente, que designa tanto um conjunto normativo que regulamenta o desenvolvimento urbano, e, ao mesmo tempo, designa também uma realidade fática que se pretende alcançar, isto é, aquele estado de equilíbrio e bem-estar de todos que busca a Constituição ao disciplinar a ordem urbanística.

A análise do EC indica que o planejamento é o principal instrumento do direito urbanístico, e, até mesmo em cumprimento do disposto no art. 182 da Constituição, consagra o Plano Diretor como instrumento de maior destaque. Mas este planejamento não é mera carta

de intenções. É lei, que vincula, que obriga, e a cidade passa a ser vista enquanto direito de todos.

A lei, enquanto norma geral, cumpre o seu papel de fixar o conteúdo mínimo do plano diretor e as diretrizes às quais se sujeita. Destaca-se a previsão de ampla participação popular para sua elaboração, mediante a realização de audiências públicas e consultas populares. Ou seja, o desenvolvimento da cidade não é mera discricionariedade administrativa ou legislativa, pois exige efetiva participação popular.

O Plano Diretor, e isto é de vital importância, deve delimitar a área urbana do município, e sobre ela, ainda, dispor sobre sua destinação – mediante o zoneamento – e prever quais serão os instrumentos a serem utilizados na sua consecução. Ele deve ser revisado a cada dez anos, encampando, assim, as mudanças por que certamente o município irá passar.

Os instrumentos previstos no EC, e que podem ou não ser contemplados pelo Plano Diretor, em boa parte reclamam posterior regulamentação por lei específica, é dizer, a atividade de regulamentação da ordem urbanística não termina com a aprovação daquele.

Foram destacados no trabalho os seguintes instrumentos: parcelamento do solo, edificação e utilização compulsórios, direito de preempção municipal, outorga onerosa do direito de construir, alteração do uso do solo, operações urbanas consorciadas, transferência do direito de construir e Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). Mais ao final, foi analisada, em capítulo próprio, a usucapião coletiva.

Todos esses instrumentos servem para compelir o proprietário ao uso adequado do solo urbano e atendimento da função social da propriedade urbana, e, por vezes, revestem-se de caráter social, porquanto visem ao atendimento de reclamos de moradia; econômico, quando visam ao atendimento do desenvolvimento de atividades que gerem riquezas; melhoria das condições urbanísticas, ao permitirem a implementação de equipamentos urbanos; e também de precaução, como demonstra a consecução do EIV.

Não há como dissociar esses instrumentos à qualidade de vida dos habitantes da cidade, afinal, não se busca a criação de um ambiente adequado se não for em benefício de seus habitantes.

Mas o desenvolvimento do tema não terminou no âmbito do direito material. Foi alterada também a chamada Lei de Ação Civil Pública, incluindo-se em seu objeto a ordem urbanística. A bem da verdade, esta alteração não seria necessária, na medida em que há, na lei, previsão bastante abrangente de modo a permitir a tutela de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que, por natureza, se enquadra a ordem urbanística.

Mas o legislador teve o cuidado de inseri-la expressamente, o que demonstra, ao certo, que o instituto merece destaque.

Tendo a ordem urbanística sido inserida expressamente como objeto do processo coletivo, faz-se necessário entender, de um lado, no que consiste a tutela jurisdicional coletiva, ou seja, qual o arcabouço colocado à disposição da ordem urbanística; e, de outro, quando a ordem urbanística desperta o interesse no seu manejo, e as consequências que disso advêm.

No Brasil, a tutela coletiva é tema bastante evoluído, e tem por principais diplomas o CDC e a LACP, que interagem entre si, criando o chamado microssistema de ações coletivas. Mas, além deles, há ainda a ação popular, o mandado de segurança com legitimidade coletiva e a ação de usucapião coletiva.

Os direitos que são tutelados por este microssistema são de três ordens: difusos, coletivos e individuais homogêneos, cada qual com suas características e consequências.

A ordem urbanística pode ser objeto da tutela coletiva não só em decorrência de previsão expressa, mas sim em razão de sua própria natureza. Ela visa, principalmente, ao desenvolvimento adequado da cidade, com vistas a atingir um estado de equilíbrio que garanta o bem-estar de todos os cidadãos.

O ponto fundamental para o entendimento do tema é que assim como hoje já se consagrou o entendimento de que o meio ambiente natural é direito de todos, também a cidade passa a ser direito de todos (pelo menos de todos os seus habitantes), e é por essa razão que ela se enquadra nos direitos coletivos *lato sensu*. Com isso, o descumprimento e a incorreta utilização dos instrumentos da ordem urbanística implicam no nascimento da pretensão urbanística, seja ela difusa, coletiva ou individual homogênea. E a tutela coletiva é meio apto para buscar a efetividade das normas de direito urbanístico.

A ação civil pública é a ação coletiva mais ampla em termos de objeto, pedidos, legitimidade, competência e prescrição. E alguns pontos despertam interesse específico quanto à ordem urbanística. Com isso, pode a ordem urbanística ser tutela de modo amplo, contemplando-se nela a análise dos seus instrumentos, que vão desde a elaboração do plano diretor dentro dos parâmetros legislativos desde a legalidade dos atos administrativos expedidos para a sua consecução.

Mas é certo que em virtude de o tema estar intrinsecamente ligado com o planejamento, toca diretamente as políticas públicas e o seu controle judicial. Neste caso, o Judiciário enfrentará temas como os gastos públicos e a necessidade de efetivação de direitos constitucionalmente garantidos. Deverá decidir, assim, de modo a garantir o mínimo exigível

do Estado, com vistas a satisfazer o desejo constitucional, mas sem que aja levando em conta apenas convicções pessoais ou, ainda, que decida contrariamente à lei.

A legitimidade para a propositura de ação civil pública urbanística também levanta alguns debates. Sua natureza varia conforme os direitos tutelados em juízo: se difusos ou coletivos, o instituto que melhor explica a legitimidade é a *legitimação autônoma para a condução do processo*; de direitos individuais homogêneos, trata-se de substituição processual.

Viu-se que o *parquet* pode defender direitos individuais homogêneos, e os exemplos mais comuns em relação à ordem urbanística dizem respeito à regularização de loteamentos clandestinos. Mas, na verdade, considerando que a regularidade dos instrumentos de direito urbanístico costumam interessar aos habitantes da cidade como um todo, os casos que aparentemente tutelam somente direitos individuais homogêneos acabam, reflexamente, tutelando direitos difusos e coletivos.

Assim, a busca pela regularização material de um loteamento propicia arruamento, saneamento, praças e outros caracteres dos quais não são titulares somente os adquirentes dos lotes.

A Defensoria Pública, que também está legitimada, deve atuar em conformidade com sua finalidade institucional, que, ao que parece, está vinculada à defesa dos necessitados econômicos. Mas isso de maneira algum diminui a importância de seu trabalho, mormente porque grande parte das vítimas dos danos urbanísticos são justamente aqueles que não possuem condições de custear moradia digna para si e para seus familiares. Assim, a atuação da Defensoria pode buscar a resolução de problemas urbanísticos em áreas de risco, em favelas e ocupações irregulares em geral, por exemplo. Pode, também, visar à efetividade de instrumentos urbanísticos destinados a programas sociais, como por vezes poderá sê-lo o direito de preempção.

As associações podem assumir relevante papel na defesa dos interesses transindividuais urbanísticos, mormente aquelas “associações de bairro”, que buscam a resolução de questões de interesse de moradores de determinada localidade. Estas associações devem demonstrar em juízo a chamada pertinência temática, que, para o direito urbanístico, parece ser satisfatória a previsão de defesa do meio ambiente, mormente porque o espaço geográfico da ordem urbanística é o meio ambiente urbano.

A competência na ação civil pública possui disciplina própria. É absoluta, qualificada pelo local do dano, que deve ser apurado nos termos do art. 93 do CDC: dano local, regional

ou nacional. Ao que parece, os danos à ordem urbanística assumirão, em regram caráter local, não despertando maiores discussões acerca da competência.

O entendimento da matéria é importante em razão de verificação de conexão, continência ou mesmo litispendência, caso em que, ao que parece, a melhor solução é a reunião das demandas pendentes (e não a extinção de uma delas), para que, em razão do objeto indisponível e de grande relevância que tutelam, possa-se aproveitar o melhor de cada qual das ações.

Quanto ao prazo prescricional da ação civil pública, ante à inexistência de regulamentação do tema, demonstra-se adequado considerá-la imprescritível, por igualdade de razões em relação à ação civil pública ambiental: o dano urbanístico é continuado, de modo que a pretensão se prolonga no tempo.

Outro instrumento apto à tutela da ordem urbanística é a ação popular; sua extensão, entretanto, é menor, e por dois motivos principais: sua legitimidade é restrita ao cidadão, e seu objeto pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, histórico e cultural, meio ambiente e moralidade administrativa.

Tendo em vista que grande parte dos instrumentos de direito urbanístico se efetiva mediante a expedição de atos administrativos, a ação popular pode declará-los nulos quando lesarem um daqueles objetos.

Cidadão, para efeito da lei, é o eleitor, e a doutrina e a jurisprudência têm aceitado este conceito quase que tranquilamente.

O mandado de segurança coletivo – que é coletivo em razão de sua legitimidade – pode ser ajuizado pelos legitimados previstos na Constituição, devendo-se ler a LMS com certa ressalva, pois restringiu inadvertidamente o acesso à justiça pelo *writ*, que é garantia fundamental. Exige-se, para seu cabimento, a existência de direito líquido e certo, o que pode ocorrer em alguns casos da ordem urbanística.

A ação de usucapião coletiva também deve ser entendida como ação coletiva, mormente porque o direito que tutela – usucapião coletiva – é direito coletivo, reduzindo-se, ao final, a direitos individuais homogêneos. Não se pode ver esta específica usucapião como simples direito de propriedade, tendo em vista que se trata de instrumento de política urbana que encontra fundamento constitucional (art. 182). Sua finalidade está além da aquisição de propriedade: visa ao desenvolvimento e regularização da cidade. É por esses motivos que a leitura do EC deve ser feita de maneira mais abrangente, entendendo-se que ali não se esgotam as normas processuais sobre legitimidade.

Admitindo-se tratar-se de direito individual homogêneo, e considerando que os legitimados às ações coletivas podem valer-se de todos os meios capazes à efetividade de tais direitos (CDC, art. 83), chega-se à conclusão de que os legitimados à propositura de ação civil pública também o são para a ação de usucapião coletiva.

Resta demonstrado, assim, que a tutela jurisdicional coletiva possui instrumentos aptos à efetivação das normas de direito urbanístico, em maior ou menor extensão, que podem ser utilizados a partir do momento em que forem desrespeitadas as diretrizes da ordem urbanística.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Usucapião urbano coletivo e o art. 1.228 do Código Civil: novas perspectivas para a implementação da função social da propriedade urbana, “in” *Revista de Direito Privado*. Vol. 36.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro. Um novo ramo do direito processual*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2003.

_____. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ARAUJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 2.

_____. *et al. Código do Consumidor Comentado*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação Popular no Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “Interesses Difusos”, “in” *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. “In” SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). *Direitos Fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Ação Civil Pública e o Estatuto da Cidade*, “in” DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol. 2, Tomo I*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Tomo III. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. II, 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta*. Artigo disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br>>. Acesso em: 9 dez. 2010

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data* (constituição e processo). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. “In” *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1968.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVAS, Felipe. *Tutela antecipada nas lides individuais e coletivas de consumo*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/felipe-carvas-mestrado-artigo-a-tutela-antecipada-processo-consumidor-vf-.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2014

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Audiência pública na gestão democrática da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito Urbanístico e ambiental*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4 – Processo Coletivo*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. IV.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Sistemas de Registros de Imóveis*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2.ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

FIORILLO, Censo Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Princípios do Direito Processual Ambiental*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito de Preempção. Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6.ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

GIDI, Antonio. *Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries [English]*. *American Journal of Comparative Law*, University of Houston, Law Center, vol. 51, 2003; U Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=903188>>. Acesso em: 5 ago. 2012.

_____. *Adequacy of Representation in Brazilian Class Actions: A Proposal (A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta)*. University of Houston. Law Center No. 2007-A-41; *Revista de Processo*, Vol. 108, No. 61, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1016416>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação popular ambiental. Principais aspectos*. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.) *Ação Popular – Aspectos Relevantes e Controvertidos*. São Paulo: Ed. RCS, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. *Processo Coletivo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II.

_____. *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. *RePro*, ano IV, Abril de 1979.

_____. *O Processo – Estudos & Pareceres*. 2. ed. São Paulo: Ed. DPJ, 2009.

_____. WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law. Uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

JOÃO, Ivone Cristina de Souza. *O Processo Civil Coletivo e as Condições da Ação*. Tese de doutorado. PUC-SP, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LOMAR, Paulo José Villela. *Operação urbana consorciada. Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006

LUFT, Rosangela Marina. *Políticas Públicas Urbanas. Premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Ação Civil Pública*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Ação Popular*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia *Processo Civil Moderno. Execução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 3.

_____; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei 12.016/2009*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27.ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24.ed. Atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2.ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010.

_____. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 3.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MONTEIRO, Vera. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. “In” *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do Direito de Construir. “In” *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MORAES, Ana Carvalho Bueno Ferreira de. *A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça*. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC-SP, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante em vigor*, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Leis Civis Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASSOS, Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. III.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 2 set. 2012

_____. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, “in” FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. São Paulo: Forense, 1974.

ROCHA, Luciano Veslaque. *Ações Coletivas. O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Direito Civil 3. Direitos Reais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. A tutela jurisdicional do espaço urbano: técnica e estratégia processual. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Temas de Direito Urbanístico 3*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela Coletiva e sua Efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Ação Popular. Doutrina e Processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade. Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*. São Paulo: Método, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. II.

_____. *Direitos do Consumidor*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Vol. II – Processo Coletivo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

_____. Direitos e Interesses Individuais Homogêneos: A ‘Origem Comum’ e a Complexidade da Causa de Pedir. Implicações na Legitimidade *Ad Causam* Ativa e no Interesse de Agir do Ministério Público”, *Revista da Faculdade de Direito PUC/SP*, ano 1, 1º semestre/2001

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. CC 22123/MG. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, julgado em 14 de abril de 1999, *DJ*, 14 jun. 1999. p. 100.

_____. _____. REsp 840918/DF. Relator: Ministra Eliana Calmon, Rel. para Acórdão Min. Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 14 out. 2008, *DJe*, 10 set. 2010.

_____. _____. EDcl no AgRg no CC 116.815/DF. Relator: Ministro Humberto Martins, 1ª Seção, julgado em 27 de junho de 2012, *DJe*, 02 ago. 2012.

_____. _____. Primeira Seção. CC 2230/RO. Relator: Ministro: Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em: 26 de novembro de 1991, *DJ*, 16 de dezembro de 1991. p. 18491)

_____. _____. Primeira Turma. AgRg no REsp 901936/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 16 de outubro de 2008, *DJe*, 16 mar. 2009).

_____. _____. REsp 1057878/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em. 26 de maior de 2009, *DJe*, 21 ago. 2009) (grifou-se)

_____. _____. REsp 332879/SP. Segunda Turma. Relator: Ministra Eliana Calmon, julgado em 17 de dezembro de 2002. *DJ*, 10 mar. 2003. p. 150.

_____. _____. Segunda Turma. AgRg na MC 13.660/PR. Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 04 de março e 2008, *DJe*, 17 de março de 2008.

_____. _____. Segunda Seção. REsp 1070896/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 14 de abril de 2010. *DJe*, 04 ago. 2010.

_____. _____. Segunda Turma. REsp 1013153/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 28 de outubro de 2008, *DJe*, 30 jun. 2010.

_____. _____. Segunda Turma. REsp 72065/RS. Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 03 de agosto de 2004, *DJ*, 06 set. 2004. p. 185)

_____. _____. Tribunal Pleno. RE 228955. Relator: Ministro Ilmar Galvão, julgado em 10 de fevereiro de 2000, *DJ*, 24 mar. 2001 PP-00070 EMENT VOL-01984-04 PP-00842 Republicação: *DJ*, 14 abr. 2000, p.00056, *RTJ*, vol. -00172-03 PP-00992.

_____. _____. Segunda Seção. REsp 1189679/RS. Relator: Ministra Nancy Andrichi, julgado em 24 nov. 2010, *DJe*, 17 dez. 2010.

_____. _____. Segunda Turma. REsp 755059/SP. Relator: Ministro Humberto Martins, julgado em 11 dez. 2007, *DJ*, 07 fev. 2008. p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AO 506 QO. Relator: Min. Sydney Sanches. julgado em 06 de maio de 1998. *DJ*, 04 dez. 1998 PP-00010 EMENT VOL-01934-01 PP-00022.

_____. _____. Tribunal Pleno. AO 772 QO. Ministro Moreira Alves, julgado em 19 dez. 2000, *DJ*, 18 out. 2002. PP-00026 EMENT VOL-02087-01 PP-00016)

_____. _____. Tribunal Pleno. Rcl 424, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 05 de maio de 1994, *DJ* 06 set. 1996 PP-31856 EMENT VOL-01840-01 PP-00015 *RTJ*, vol. 00160-03 PP-00778.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível nº 70057716334. Relator: João Barcelos de Souza Junior, julgado em 16 de abri. De 2014.

_____. _____. Segunda Câmara Cível. AC. 70057716334 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, julgado em 16 de abril de 2014. *Diário da Justiça*, 28 de abril de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial de Meio-Ambiente, Agravo de Instrumento 7970255000. Relator: Desembargador. Samuel Júnior, *DJ*, 29 jan. 2009.

_____. _____. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0011109-09.2002.8.26.0562. Relator: Desembargador Torres de Carvalho, julgado em 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

_____. _____. Décima Primeira Câmara de Direito Público. Apelação nº 683.488-5/6-00. Relator: Desembargador. Pires de Araújo, julgado em 14 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>)

_____. _____. Nona Câmara de Direito Público. Relator: Agravo de Instrumento nº 0146399-47.2013.8.26.0000. Desembargador Oswaldo Luiz Palu, julgado em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.)

_____. _____. Primeira Câmara de Direito Público. Relator: Des. Danilo Panizza, AI nº 9031324-50.2003.8.26.0000, julgado em 10 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

_____. _____. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Extraordinária de Direito Público. Apelação nº 9214454-33.2009.8.26.0000. Relator: Desembargador Magalhães Coelho, julgado em 25 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

_____. _____. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, julgado em 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.).

_____. _____. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 0126924-19.2008.8.26.0053. Relator: Desembargador Sidney Romano dos Reis, julgado em 21 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

_____. _____. Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 876.931/RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10 de agosto de 2010, *DJe*, 10 set. 2010.