

ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

*José Sebastião de Oliveira**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Um novo desafio para a aplicação do Direito perante as transformações da sociedade de massa; 3. Conceito; 4. Elementos da ação e sua utilidade; 5. Os processos dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; 6. Conclusões; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Coube aos juristas paulistas, sem sombra de dúvidas, e em especial aos membros do Ministério Público de São Paulo, o mérito pela transformação do Projeto de Lei 3.034/84 de autoria do Deputado Federal Flavio Bierrenbach, na Lei 7.347, de 24.07.85, que criou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a outros bens e valores por ela indicados.

Vale ressaltar que a primeira legislação em nosso país a se referir ao *nomen juris* ação civil pública foi a Lei Complementar Federal nº 40, de 13 de Dezembro de 1981, a qual no inc. III, do art. 3º, atribuiu ao órgão do Ministério Público a legitimidade ativa de promover a ação civil pública, nos termos da lei.

Alerta Rodolfo de Camargo Mancuso¹:

“... os interesses versados na Lei 7.347/85, não são a rigor, públicos, e sim difusos, já que a contraposição verificada não se dá entre os co-legitimados, de um lado e a Autoridade, do outro (embora esta última mormente por omissão culposa, possa figurar no pólo passivo); e sim, entre os próprios titulares dos interesses em conflitos (v.g. entidade ambientalista versus empresa de

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR). Professor dos Cursos de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá (PR), e Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba (SP). Advogado em Maringá (PR).

¹ Mancuso, R. de C. *Ação civil pública*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.18.

incorporação imobiliária que pretenda edificar em certa área de preservação ambiental), naquilo que a doutrina italiana vem chamando de conflittualità massima".

2. Um novo desafio para a aplicação do Direito perante as transformações da sociedade de massa

Em um primeiro plano, deve-se considerar que as inevitáveis evoluções e transformações da sociedade, cuja origem está na denominada revolução das massas, apresentaram resultados notáveis em termos de modificação, tanto no campo político, como no social, no econômico e no jurídico.

Nesse particular esclarece Renata Mandelbaun, que "a mudança do enfoque de propriedade e riqueza, e a transformação e passagem de uma economia agrária para um economia industrial são transformações que, por sua vez, também não foram imediatamente absorvidas pelo direito vigente. A fonte principal de riquezas deixou de ser a terra e passou a ser a produção industrial, fazendo com que ocorresse um grande êxodo rural, sobretudo na Inglaterra, berço da Revolução Industrial. Todas as alterações operadas no âmbito industrial e comercial refletiram no ordenamento jurídico e na própria postura do Estado, que passou de liberal a intervencionista"².

Assim, existem relações de massa inseridas em uma sociedade de consumo cada vez mais complexa e competitiva.

O que se nota é que o individualismo se curva ao interesse coletivo, exurgindo a idéia de uma maior proteção à sociedade com o surgimento dos direitos coletivos (*lato sensu*), ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos. Portanto, sobreleva o interesse coletivo ao individual.

Nesse sentido Arruda Alvim identifica claramente esta nova situação mostrando que "esta transmutação está envolta e está condicionada pelos anseios resultantes do movimento de massas que domina o mundo contemporâneo, ostensivamente desde o limiar deste século, para o que vem sendo idealizados novos instrumentos de acesso coletivo à Justiça ..."³.

O que se percebe é que a ordem jurídica na atualidade não se preocupa tão somente com os litígios individuais, fruto de divergências singulares, e que tem por objeto a satisfação da pretensão de cada autor.

A ação civil pública, efetivamente, é um dos novos instrumentos jurídicos primordiais que permite o *acesso coletivo à Justiça* na busca e na

² Mandelbaun, R. *Contratos de adesão e contratos de consumo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp.15-16.

³ Alvim, A. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 108.

defesa dos novos direitos, onde os interesses coletivos (*lato sensu*) cada vez mais afloram e se notabilizam no seio de nossa sociedade, em contraposição ao declínio dos direitos individuais.

3. Conceito

O conceito de ação civil pública passou por dois momentos bem distintos. O primeiro foi antes da vigência da Lei 7.347/85, quando o conceito estava em função da legitimidade exclusiva do órgão do Ministério Público para propô-la. Aqui, oportuno lembrar a lição do eminente Professor Nelson Nery Junior, antes do advento da referida Lei: “para o conceito de ação civil pública não se levava em consideração o direito substancial discutido em juízo, mas tão-somente, a qualidade da parte legitimada a agir”.

Ainda, nesta seara da conceituação de ação civil pública, é preciso fazer uma ressalva. Não é qualquer órgão do poder público que, legitimado a agir, confere natureza pública à ação civil. Deve ser um órgão distinto das pessoas jurídicas de direito público, dado que, no caso de haver propositura de ação por elas, é o próprio Estado que estará em Juízo, não servindo tal parâmetro para o nosso conceito. Nesta consideração, somente quando o órgão legitimado a agir for o Ministério Público é que se configurará hipótese de ação civil pública.

Tentando fornecer um conceito do instituto, arriscamo-nos a dizer que ação civil pública é o direito conferido pela lei, em nome do interesse público, ao Ministério Público, a fim de que ingresse com o pedido de providências judiciais”⁴.

Já num segundo momento, com o advento da Lei 7.347/85, outras entidades, além do Ministério Público passaram a ter legitimidade para propor a ação civil pública, ou seja, a legitimidade ativa tornou-se *concorrente e disjuntiva*, abrangendo outras instituições e entidades, públicas e privadas, além do Ministério Público.

O jurista Hugo Nigro Mazzilli afirma que “ação civil pública ou ação coletiva, como prefere o Código do Consumidor, passou a significar, portanto, não só aquela proposta pelo Ministério Público, como a proposta pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei nº 7.347/85 e do art. 82 do Código do Consumidor, e ainda aquela proposta pelos Sindicatos, Associações de Classe, e outras entidades legitimadas na esfera constitucional ou infraconstitucional desde que tenha como objetivo a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (isto é, confere-

⁴ Nery Júnior, N. *Ação civil pública*, conferência proferida na reunião do Grupo de Estudos da Média Sorocabana, do Ministério Público de São Paulo, no Fórum da Comarca de Ourinhos, São Paulo, publicada na Revista *Justitia* nº 45(120), jan/mar/1983, pp. 80-88.

se agora um enfoque subjetivo-objetivo, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional na esfera civil)"⁵.

Encontramos, ainda, o conceito formulado pelo eminente membro do Ministério Público de São Paulo, Marco Antonio Marcondes Pereira, para quem a ação civil pública "é aquela intentada pelos legitimados do art. 5º da Lei 7.347/85, para a tutela específica do patrimônio público, meio ambiente, consumidor e demais interesses difusos e coletivos, além de se prestar à defesa do deficiente (Lei 7.853/89), reparação de danos no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89) e da criança e do adolescente (Lei 8.069/90)"⁶.

4. Elementos da ação e sua utilidade

O pedido ou objeto litigioso do processo, juntamente com as partes e a causa de pedir, integram os chamados elementos da ação, os quais são de variada utilidade no Processo Civil, como por exemplo:

- a) contribuem para a identificação das ações;
- b) previnem decisões contraditórias, possibilitando a reunião de ações que sejam conexas (art. 103, CPC);
- c) servem à caracterização da litispendência e da coisa julgada (art. 301, parágrafos 1º, 2º e 3º, CPC);
- d) alteram a fixação da competência, através das regras de prevenção (arts. 106 e 219, CPC).

Averbe-se que foi a reflexão sobre os elementos das ações coletivas e individuais, concomitantes, relativas à defesa de consumidor, que se levou à edição do art. 104, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), afastando a ocorrência de litispendência entre elas.

4.1. Considerações sobre o objeto

O pedido é o objeto da ação. É, portanto, a matéria sobre a qual será prestada a jurisdição. É a solicitação de que o Estado-Juiz tutele um interesse, seja ele de ordem material ou imaterial.

Nesse sentido é a lição do Professor Karl Heinz Schwab quando afirma:

"objeto litigioso es la petición de la resolución judicial señalada en la solicitud. Trátase de acciones de prestación (condena), de

⁵ Mazzilli, H.N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 27-28.

⁶ Pereira, M.A.M. *Transação no curso da ação civil pública*, "Revista do Consumidor", São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 10, p. 122.

declaración o de constitución, el objeto litigioso se determinará siempre del mismo modo.

En todos los fenómenos procesales en que sirve de base, puede aplicárselo inalterado y con el mismo contenido”⁷.

Pedido é sinônimo de lide, de mérito, de objeto litigioso do processo, como ensina Arruda Alvim⁸.

O objeto nas ações civis é exteriorizado através do pedido, que permite múltiplas formulações: simples, cumulado, alternativo, subsidiário (arts. 286 e seguintes, do CPC). Também, é relevante a distinção entre pedido mediato e imediato.

O pedido mediato identifica-se com a definição dada anteriormente: é a proteção de um bem corpóreo ou imaterial buscada através da prestação jurisdicional (bem da vida). Já o pedido imediato corresponde ao tipo de prestação jurisdicional que é solicitada, ou seja, sentença condenatória, declaratória ou constitutiva, mandamental, ou ainda, providência executiva, cautelar ou preventiva. É, enfim, a tutela jurisdicional invocada.

De outra parte, a propositura de uma ação conduz a uma relação bifronte, na medida em que, de um lado implica para o Estado-Juiz o poder-dever de decidir o mérito, estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, e, de outro lado, acarreta para o autor o ônus de dar substanciação do pedido, de qualifica-lo através de “fatos e fundamentos jurídicos” (art. 282, III, CPC), até para que possa o Juiz aferir seu interesse processual (necessidade, mais utilidade, mais adequação da ação proposta). É por causa dessa bipolaridade que há interesse em se considerar o objeto ou pedido, numa dupla visão, a saber:

- a) o tipo de providência jurisdicional que se espera do Estado-juiz: provimentos de cognição, ampla, exauriente, próprios do processo de conhecimento; provimentos de cognição restrita, onde se outorga uma proteção sumária e provisória para situações de urgência (processo cautelar); provimentos voltados à efetivação prática do direito reconhecido no título (processo de execução); nessa ótica falamos de *pedido imediato*;
- b) o bem de vida ou a situação jurídica que se almeja alcançar (a coisa, o dinheiro, a liberação da dívida, a rescisão do contrato); sob tal ótica falamos em *pedido mediato*.

Aspecto relevante envolvendo o pedido nas ações é que, sendo a jurisdição uma atividade substitutiva (nesse sentido de sobrevir a uma controvérsia não superada diretamente entre os contraditores), ela,

⁷ Schwab, K.H. *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires: EJE, 1968, p. 263.

⁸ Alvim, A. *Manual de direito processual civil*, v. 1, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 410.

naturalmente, só pode ser exercida - em seu sentido mais próprio - onde haja lide. Daí decorre que, no sistema tradicional do processo civil, o pedido (*lato sensu*) acaba determinando os limites da lide, fora e além do qual a jurisdição não se pode exercer, por falta de objeto: arts. 128, 460 e 468, CPC. Essa adstringência do julgado ao pedido (princípio da congruência) é, de resto, corolário do princípio dispositivo, ou da demanda (arts. 2º e 128, CPC). Tal princípio, tendo até agora reinado no âmbito intersubjetivo do tipo "Tício *versus* Caio", de tempos a esta parte vem sofrendo refrações e temperamentos ao influxo do crescente acesso à Justiça dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos, e individuais homogêneos), do que temos exemplo recente no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), onde o Juiz "concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento", podendo, para esta última finalidade, "determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial", podendo ainda "impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor" (art. 84, *caput* e parágrafos 1º, 4º e 5º).

4.2. O objeto da ação civil pública

Os interesses que podem ser tutelados na ação civil pública são: os do meio ambiente; dos consumidores; dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Quando do advento da Lei nº 7347/85, a ação civil pública somente apresentava característica de ação com pedido ressarcitório ou cominatório (arts. 1º e 11). Mas agora, tendo o art. 117 do CDC acrescido um artigo, ou seja, o art. 21, à Lei da Ação civil pública, autorizando a extensão a esta do sistema processual do CDC, trasladou-se para a ação civil pública todo o disposto do Título III do CDC (Da Defesa do Consumidor em Juízo), e, portanto, o que se contém no art. 83, do CDC, que se refere a todas as espécies de ações. Por essa exegese, a ação civil pública hoje comporta pedidos de várias naturezas: desconstitutivos, mandamentais, condenatórios, a par dos ressarcitórios e dos cominatórios. Seu objeto tem sede no art. 3º, da Lei nº 7.347/85, *in verbis*:

"A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer".

Verifica-se claramente da leitura desse dispositivo, que o pedido imediato terá em geral, natureza condenatória, *lato sensu*. Sua compreensão resulta melhor, com a leitura do art. 11, do mesmo diploma legal:

"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 a cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

Considerando-se o desiderato perseguido na ação civil pública, a partir de seu preâmbulo - responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio cultural e natural do País, de tal maneira que se reponha o bem ou interesse lesado no seu *statu quo ante* -, a realidade é que relativamente a essa classe de bens e interesses nem sempre isso será possível: o consumidor já terá utilizado o bem adquirido; a erosão já terá deteriorado a paisagem, o manancial já terá secado porque foram cortadas as matas ciliares etc.

Quando se torna inviável a reparação em espécie, a solução é a indenização em moeda corrente, que se destinará ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Assim, nos termos do art. 11 da Lei referida, o que se busca é a reparação do mal causado e para isso a lei dotou o juiz da possibilidade de impor *astreintes* (multa diária), e isto independentemente do requerimento do autor.

O objeto da ação, nessa hipótese, terá natureza predominantemente cominatória, com a feição do art. 287 do CPC.

Na lição de Nelson Nery Júnior⁹, dever-se-á preferir, sempre que possível, a reparação *in natura* (isto é, aquela que conduza à recomposição do *statu quo ante*). Na impossibilidade da recomposição, só aí é que deverá ser pedida indenização pecuniária (cf. Lei nº 6.938, de 31.8.81, art. 4º, VII).

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles¹⁰ diz que a "imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque na maioria dos casos o interesse público é o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano, do que receber qualquer dinheiro para sua recomposição".

O eminente jurista Paulo Affonso Leme Machado¹¹ aponta um largo rol de obrigações de fazer ou de não fazer, a que pode ser condenado o infrator, e que bem evidencia o caráter precipuamente cominatório do objeto da ação civil pública:

⁹ Nery Júnior, N. *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*, Revista *Justitia*, 46(126): 168-189, jul./set.1984, *passim*.

¹⁰ Meirelles, H.L. *Proteção ambiental e Ação civil pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 611, p. 11.

¹¹ Machado, P.A.L. *Ministério Público, ambiente e patrimônio cultural*, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 19, pp. 98-99.

1. realização de reformas necessárias à conservação do bem tombado a serem feitas pelo organismo oficial ou pelo proprietário privado (art. 19 do Dec.-lei 25/37);

2. anulação de escritura pública de compra e venda ou de escritura de compromisso de compra e venda, quando se deixar de dar ao Poder Público o exercício do direito de preferência (art. 22, parágrafo 2º, do Dec.-lei 25/37);

3. ação demolitória de construção efetuada na vizinhança do bem tombado (art. 18 do Dec.-lei 25/37);

4. plantio de árvores nas áreas de preservação permanente (a lei usa a expressão "florestamento ou reflorestamento", art. 2º e art. 18 da Lei nº 4.771/65 - Código Florestal);

5. ação para restaurar danos nas áreas especiais de interesse turístico (art. 24, IV, da Lei nº 6.513, de 20.12.77);

6. anulatória de licença para lotear ou desmembrar em:

- a) terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;
- b) em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;
- c) em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até sua correção (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.766/79);
- d) ausência de reserva de faixa *non aedificandi* ao "longo das águas correntes e dormentes" (art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79);
- e) ausência de publicação do edital de registro pelo Oficial do Registro de Imóveis (art. 19 da Lei nº 6.766/79);

7. obrigação de realizar estudo de impacto ambiental antes da aprovação de instalação nuclear (art. 10, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 6.803, de 2.7.80, c/c o art. 18 do Dec. 88.351, de 1.6.83, c/c o art. 1º, IV, da Lei nº 6.453, de 17.10.77, onde se conceitua "instalação nuclear": a fábrica e local de armazenamento);

8. obrigação de informar dados ambientais através de ação exibiria (art. 6º, parágrafo 3º, da Lei nº 6.938, de 31.8.81);

9. obrigação de publicar o pedido de renovação de licenciamento (art. 10, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81);

10. obrigação de publicar a concessão do licenciamento (art. 10, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81);

11. obrigação de recuperar os danos causados (art. 4º, VII) executando medidas de interesse para a proteção ambiental (art. 8º, IV), instalando-se sistemas adequados de controle da poluição;

12. ação objetivando a instalação de sistemas de tratamento de esgotos pelas Prefeituras Municipais”.

Prosseguindo, fornece esse mesmo autor¹² uma relação de pedidos de obrigação de não fazer, que podem ser objeto da ação civil pública:

“1. ação visando à remoção ou à destruição de anúncios ou cartazes na vizinhança do bem tombado (art. 18 do Dec.-lei 25/37);

2. ação para impedir a exploração dos recursos naturais nos parques nacionais estaduais e municipais (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.771/65, Código Florestal);

3. ação para impedir a exploração de recursos das reservas nacionais ou reservas biológicas (art. 1, da Convenção para a proteção da flora, da fauna e das belezas cênicas naturais dos países da América - aprovado pelo Decreto Legislativo de 13.2.48);

4. ação para impedir exploração dos recursos naturais nas Estações Ecológicas (na forma do art. 7º, parágrafo 1º, b, da Lei nº 6.902/81);

5. ações visando proteger as áreas de proteção ambiental:

- a) para não implantar e não funcionar indústrias potencialmente poluidoras capazes de afetar os mananciais de água;
- b) para impedir a realização de obras de terraplanagem e a abertura de canais, quando essas iniciativas importarem em sensível alteração das condições ecológicas locais;
- c) para impedir o exercício de atividades capazes de provocar uma acelerada erosão das terras e/ou um acentuado assoreamento das coleções hídricas;
- d) para evitar o exercício de atividades que ameacem extinguir as espécies raras da biota regional (art. 9º da Lei nº 6.902/81);

6. ação visando à cessação de atividade funcionando ilegalmente, sem licença de instalação ou sem licença de operação ou funcionamento (art. 10 da Lei nº 6.938/81);

¹² Machado, P.A.L. *Ministério público ... cit.*, p. 99.

7. ação visando à apreensão de pesticidas proibidos ou com licença vencida ou não renovada”.

A defesa do meio ambiente vem inscrita na Constituição Federal dentre os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inc. VI). O meio ambiente é definido no art. 3º, inc. I, da Lei 6.938/81, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas”.

Quanto aos consumidores, são vistos por Fábio K. Comparato¹³ como os “que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”.

A expressão patrimônio cultural há que ser entendida em sentido amplo, abrangendo bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 4.717/65, com redação da Lei nº 6.513/77).

Em síntese, que a ação civil pública de natureza condenatória tem por objeto, precipuamente, uma pretensão que visa cominar ao infrator uma obrigação de fazer ou de não fazer, que recomponha *in specie* a lesão ao interesse metaindividual violado, sob pena de execução por terceiro, às suas expensas, ou de cominação de multa diária pelo retardamento no cumprimento do julgado. O interesse objetivado pode referir-se ao meio ambiente, aos consumidores ou ao patrimônio público do País, *lato sensu*, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

É importante ressaltar que com o advento do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 - que veio dar contornos mais precisos ao objeto da ação civil pública, agora temos conceitos legais dos legitimados ativos e passivos (consumidor, fornecedor - arts. 2º e 3º) e bem assim do que seja produto e serviço (parágrafos 1º e 2º, do art. 3º).

O que se pode dizer em termos de objeto da ação civil pública é que ele é o mais amplo possível graças à inserção da cláusula “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inc. IV, do art. 1º, da Lei nº 7347/85, acrescentado pelo art. 110 do CDC). Essa abertura veio, na sequência, potencializada por duas inovações advindas no bojo da Lei nº 8.884, de 11 06 94:

- a) no *caput*, do art. 1º da Lei nº 7.347/85, a responsabilidade ali referida agora se estende aos danos morais (e não somente aos patrimoniais);
- b) a ação pode também se referir à “infração de ordem econômica” (inc. V, do art. 1º, da Lei nº 7.347/85).

¹³ Comparato, F.K. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, São Paulo, Revista de Direito Mercantil, nº 15, p.16.

Não se olvide que a ação civil pública também pode ter por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, desde que espelhe lesão cuja extensão envolva considerável número de pessoas, consoante entendimento jurisprudencial vitorioso. Essa conclusão extrai-se do art. 21, Lei nº 7.347/85, incluído pelo art. 117, CDC, que estabelece, *verbis*: “Aplica-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (Grifos nossos).

Assim, conclui com acerto o eminente jurista Nelson Nery Junior¹⁴ que “não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades enumeradas na LACP, art. 5º e CDC, art. 82, estejam legitimados à propositura da ACP para defesa em Juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito o critério determinante que deve ser utilizado para a caracterização da ação civil pública é o objeto dessa mesma ação, vale dizer, a dedução por meio de ação coletiva, de pretensão metaindividual (individual homogênea, coletiva ou difusa).”

5. Os processos dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

É pacífica na doutrina brasileira que a Lei nº 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual. Nesse sentido já se pronunciaram juristas de renome como Édis Milaré, Hely Lopes Meirelles, Nelson Nery Junior e Rodolfo de Camargo Mancuso.

O art. 19 da Lei nº 7.347/85, dispõe claramente que deve-se aplicar à Lei da ação civil pública “o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11.01.73, naquilo em que não contrarie suas disposições”. Essa cautela foi de fundamental importância, pois salta aos olhos que a Lei de ação civil pública deixou de tratar de institutos importantes como: o pedido, a resposta, a revelia, o julgamento antecipado etc.

O Professor Nelson Nery Junior¹⁵ destaca:

“um engano que vem ocorrendo na doutrina ao se pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo por exemplo que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo, etc. Na verdade o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão

¹⁴ Nery Júnior, N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.120.

¹⁵ Nery Júnior, N. *Princípios ... cit.*, p. 121.

que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual.

O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (exercício de direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (exercício de direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (exercício de direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.”

O processo começa por iniciativa da parte (art. 262, CPC). É importante destacar que pode ser desencadeado, por um órgão estatal, independente da magistratura, que é o órgão do Ministério Público.

Com efeito, estabelece o art. 262, CPC: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

Assim, o primeiro impulso, ou seja, a propositura da ação civil pública, confere uma legitimação concorrente disjuntiva, pois, está afeta ao órgão do Ministério Público, aos entes políticos (União, Estado e Municípios) e seus entes paraestatais (administração direta e indireta) e ainda às associações.

É de se destacar que o Ministério Público (inc. III, do art. 129, CF) e os entes políticos (arts. 37, 170, V e VI; 216, da CF) exercem uma legitimação institucional, enquanto que os demais terão que demonstrar sua situação legitimante.

Ressalta-se que os conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são técnico-legais e estão contidos em nosso sistema jurídico no art. 81, do CDC, *verbis*:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que

sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Esses conceitos aplicam-se à ação civil pública, por força do art. 21, da Lei nº 7.347/85.

5.1. A petição inicial

Cumpra ao autor deflagrar a jurisdição por intermédio do primeiro impulso processual e esse momento se consuma com a distribuição da petição inicial perante o órgão público competente. Isso equivale dizer que o interessado exercitou o seu direito público subjetivo de ação.

A petição inicial redonda na peça fundamental para constituição e regular desenvolvimento do processo. Deve ser bem formulada, em termos de precisão e clareza de linguagem ao se expor os fatos, os fundamentos jurídicos e o próprio pedido, bem como atender a todos os requisitos essenciais exigidos nos arts. 282, 283, bem como, arts. 580-583, 614, e 801, do CPC, no que diz respeito, respectivamente, aos processos de conhecimento, execução e cautelar.

José Rogério Cruz e Tucci¹⁶ assevera que “além de seu requisito externo, vale dizer, a forma escrita, dentre os requisitos internos, o inc. III do art. 282, exige, como é cediço, a exposição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido. Assim, a narração, ou narrativa, levada a cabo pelo autor, nada mais é do que a descrição fática e jurídica dos fundamentos da pretensão deduzida, cujo objeto deve ser efetiva e positivamente indicado no petitório (art. 282, IV).”

Anota Calmon de Passos¹⁷ que “em toda ação pode-se identificar os sujeitos que litigam, o motivo ou causa por que se litiga e o resultado que se pretende obter, o objetivo que é perseguido com o ajuizamento da ação. Esses três elementos são denominados de sujeitos (partes), causa de pedir (título, fundamento ou *causa petendi*) e pedido (objeto).”

¹⁶ Tucci, J.R.C. e. *A causa petendi no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 125.

¹⁷ Passos, C. *Comentários ao código de processo civil*, v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 141.

Parte é quem ou contra quem se pede alguma coisa. Por outras palavras, parte autora é quem figura no pólo ativo da relação jurídica-processual, dando o primeiro impulso processual pela entrega formal da sua petição inicial o que vale dizer de sua pretensão deduzida em juízo, e parte ré é quem figura no pólo passivo da mesma relação jurídica e que deverá responder ao pedido da outra parte.

Compõem a causa de pedir ou *causa petendi*, os fatos (causa de pedir remota) e os fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima), do pedido. Tratam-se dos fatos e fundamentos constitutivos do direito do autor, ou seja, de onde o mesmo extrai os fundamentos de sua pretensão.

Miguel Teixeira de Souza¹⁸ sustenta que a causa de pedir, pode ser simples, composta ou complexa. Ela é “simples quando o autor expõe um fato único, *de per si* suficiente à constituição do direito e, outrossim, da ação correspondente; composta, compartilhando diversos fatos afins, cada qual apto a incidir no suporte, e que, reunidos, compõem os lindes do direito alegado; e, por fim, complexa, permitindo certa multiplicidade de fatos individualizar várias ações”.

Para a grande gama dos nossos doutrinadores processualistas, nosso Código de Processo Civil adotou a teoria da substanciação, o que vale dizer, a *causa petendi* e o pedido (porque a primeira qualifica o segundo) definem a lide e delinham os limites dentre os quais se há de operar a jurisdição de forma concreta.

Ao se examinar a Lei da ação civil pública, via interpretação sistemática, no que tange aos arts. 3º, 11, 13 e 16, verifica-se à primeira vista, que o nosso legislador, sem desprezar a teoria da substanciação, tomou a liberdade de se aproximar da teoria da individualização.

Por uma simples leitura do art. 3º da Lei nº 7.347/85, verifica-se que tal dispositivo permite pedido alternativo, ou seja, condenatório-pecuniário ou pedido cominatório (fazer ou não fazer) caso não seja possível atender àquele primeiro.

Na hipótese de vingar a indenização em moeda corrente, o seu valor se destinará ao Fundo Especial (art. 13), considerando que o direito é coletivo e o autor não poderá se apossar do mesmo.

5.2. Legitimidade

Inicialmente, é oportuno se lembrar que o instituto da legitimidade das partes possui outros termos sinônimos como “qualidade para agir”, “legitimação para agir” ou ainda, *legitimatío ad causam*.

¹⁸ Souza, M.T. de. *Sobre a teoria do processo declarativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p.162.

Conforme ensina Paulo de Tarso Brandão¹⁹ “a legitimidade para a causa envolve uma bilateralidade, tendo em vista que o autor deverá ter uma pretensão subjetivamente adequada em relação ao objeto do pedido, o que caracteriza a legitimidade ativa; e o réu deve, por força da ordem jurídica, submeter-se às conseqüências da demanda, configurando a legitimidade passiva”.

O processualista pátrio José Carlos Barbosa Moreira²⁰ denomina legitimação

“a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas, quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas in statu assertionis - isto é, independentemente de sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará - coincidem com as respectivas situações legitimantes. Outra maneira de expressar o mesmo fato consistiria em dizer que, no processo, o contraditório se instaurou regularmente. Processo de contraditório regularmente instaurado é expressão equivalente a processo cujas partes são legítimas”.

Oportuna é a lição de Donaldo Armelin²¹:

“a distinção ente legitimidade ad causam e o interesse de agir, posto que factível, não apresenta a facilidade e a tranquilidade de seu destaque da possibilidade jurídica do pedido. Isto em razão não só dos proteiformes contornos do interesse para agir, como, também, pela característica de ambos os institutos constituírem-se em pressupostos genéricos dos atos processuais. Acresce que o interesse, mesmo de caráter marcadamente objetivo, há de se reportar a um sujeito, de forma a configurar a sua titularidade, o que tem ensejado uma visão de legitimidade, porém, não impedem uma visão dissociativa de ambas as categorias processuais. É o que sucede, v.g., na propositura de ação de cobrança de dívida ainda não vencida, onde inquestionada a legitimidade ativa e passiva das partes, a carência de interesse processual põe fim ao processo sem conhecimento do mérito. Uma coisa é ser titular de uma situação legitimante, que autoriza a propositura da ação:

¹⁹ Brandão, P. de T. *Ação civil pública*, Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996, p. 73.

²⁰ Barbosa Moreira, J.C. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação ordinária*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 404, p. 9 e seguintes.

²¹ Armelin, D. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1979, pp. 106-108.

outra é ser titular do interesse de agir que, acoplado à legitimidade, enseja o exercício regular do direito de ação."

Como se nota para que a parte que figure num dos pólos da relação jurídica processual possa ser considerada legítima, se faz necessário que, *in status assertionis*, ou seja, de acordo apenas com as alegações constantes da petição inicial, o juiz possa chegar à conclusão de que o autor, se procedente o pedido, extrairá um resultado útil do provimento jurisdicional, e o réu suportará os efeitos emergentes do comando da sentença.

Dir-se-á que se está diante de uma legitimação ordinária quando aquele que atua em juízo o faz na defesa de interesse próprio, e legitimação extraordinária, quando, autorizado pelo sistema jurídico (art. 6º, do CPC) aquele que exerce direitos processuais em juízo o faz em benefício de outrem, que será atingido pela autoridade de coisa julgada material.

Esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso²² que:

"o binômio interesse/legitimidade se revela na indagação de quem dentre os interessados (processualmente falando) pode (= tem o poder) de propor uma certa ação. Sendo o processo civil tradicionalmente um instrumento de tutela de posições jurídicas individuais, é natural que, ordinariamente, coincidam numa mesma pessoa as figuras do interessado (= titular do interesse) e do legitimado (= aquele a quem a norma confere o poder de agir), razão pela qual a legitimação se chama ordinária.

Esse esquema, porém não pode ser trasladado perfeitamente à legitimação para agir nas ações coletivas e difusas, onde o objeto tutelado é metaindividual, como se dá na ação civil pública. E isto porque, simplesmente não se vai encontrar o titular, ou seja, o dono do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua partição, a chamada indivisibilidade do objeto e, por outro lado, em virtude da impossibilidade de sua atribuição a certos titulares (a chamada indeterminação de sujeitos, como v.g. os consumidores de certo produto, ou no caso do meio ambiente a quem concerne o interesse pela preservação do pantanal? Aos pantaneiros? Aos ecologistas? Aos brasileiros?)."

Assim, o que se constata é que as regras adequadas ao direito processual clássico, destinadas a proteger o direito individual não se harmonizavam com as hipóteses de direitos supraindividuais, de interesse de toda a sociedade, de uma coletividade, ou de uma categoria ou grupo de pessoas.

²² Mancuso, R. de C. *Ação civil pública*, cit., pp.72-73.

Tal situação obrigou o legislador a disciplinar expressamente entes legitimados para agir em Juízo na defesa desses direitos, tendo inclusive criado uma terceira categoria de direitos ou interesses para fins da defesa coletiva, ou seja, os direitos individuais homogêneos.

O direito tedesco, cujas lições foram trasladadas para o nosso direito pelo eminente Professor Nelson Nery Junior, modernamente vem sustentando que a legitimação para a defesa de direitos supraindividuais em Juízo é autônoma, falando-se então em legitimação para a condução do processo. Essa espécie de legitimação é pacificamente adequada e harmoniosa com nossa legislação no que diz respeito a defesa dos direitos difusos e coletivos e individuais homogêneos, levando-se em conta que a legitimação para agir em Juízo, decorre, expressamente, da lei e é exclusiva dos entes nela elencados.

5.2.1. Os co-legitimados ativos

Nos termos do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, a ação principal e cautelar poderão ser propostas: pelo Ministério Público, pela União, Estados e Municípios, por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista, ou, por associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A idéia inicial era deixar ao critério do juiz a verificação da representatividade adequada, como se faz na *class action* do Direito norte-americano, que atribui certa dose de “discricionariedade” ao juiz (*Federal Rules of Civil Procedure*, de 1966, art. 23). Todavia, acabou a Lei nº 7.347/85 seguindo o modelo francês da Lei *Royer*, de 27.12.73, no qual a idoneidade das associações é medida por sua existência jurídica há pelo menos seis meses e por seus objetivos institucionais (arts. 45 e 46, da Lei *Royer*), estendendo ainda legitimidade às pessoas jurídicas de direito público e suas emanções.

O artigo 113 do CDC., determinou a acréscimo do § 4º, ao artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, com o seguinte teor:

“O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Dessa forma, além do Ministério Público, certos órgãos governamentais, entes jurídicos despersonalizados como sociedades de fato, e comitês de defesa podem promover a ação civil pública.

O Ministério Público caso não intervenha no processo como parte, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei (§ 1º, do art. 5º, Lei nº 7.347/85).

É importante frisar que nossa Constituição Federal autoriza entidades associativas a representarem em juízo seus associados (art. 5º, XXI), partido político, sindicato ou entidade de classe a propor mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), os sindicatos a defenderem em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III), o Ministério Público a promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa, hipótese em que ocorrerá a legitimação subsidiária.

5.3. Inquérito civil

É de se ressaltar que esse instituto jurídico é criação original do Direito brasileiro, vindo a surgir a partir de sugestão formulada por ocasião da apresentação por Nelson Nery Júnior, Édis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, da tese “A ação civil pública”, cuja apreciação e aprovação ocorreu no XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudos do Ministério Público paulista, ocorrido no mês de dezembro de 1983.

Em tal oportunidade foi proposta a utilização do inquérito civil como instrumento de investigação dirigido diretamente pelo Ministério Público, proposta que foi acolhida pelo legislador infraconstitucional, nos termos seguintes:

“Art. 8º. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 dias.”

§ 1º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 dias úteis.”

É de se salientar que a Constituição Federal de 1988 ao definir as funções institucionais do Ministério Público nelas incluiu a promoção do inquérito civil, no art. 129, III, *in verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”

O inquérito civil público é instrumento de legitimação exclusiva do Ministério Público. É de se destacar que sua natureza jurídica é de procedimento administrativo, e tem por finalidade o exercício investigatório de fatos que venham a ser conhecidos do órgão do Ministério Público, visando a apuração de infrações que possam dar ensejo ao ajuizamento da ação civil pública.

Afirma Rita di Tomasso²³ que “o inquérito civil é um procedimento investigatório de natureza inquisitorial. Portanto, destina-se ele à feitura de investigações preliminares, capazes de trazer aos autos elementos de convicção suficientes para que o representante o Ministério Público proponha a correspondente ação civil pública.

Em razão, pois, de seu objetivo final e porque não se trata de processo, não há que se falar em existência de contraditório, já que, tal qual ocorre no caso do inquérito policial, cuida-se de mera peça informativa.”

Na lição oportuna de Hugo Nigro Mazzilli²⁴ o inquérito civil, desdobra-se em três fases bem distintas: a instauração (de regra, por portaria ou despacho ministerial ao acolher requerimento ou representação); a instrução (coleta de provas: ouvida de testemunhas, juntada de documentos, realização de vistorias, exames e perícias etc), e a conclusão (relatório final, com promoção que propenda pelo arquivamento, ou, em caso contrário, pela própria propositura da ação embasada no inquérito).

Não obstante o procedimento legal para formalização do inquérito civil, não se pode esquecer que ele é instrumento unilateral, não permitindo o contraditório. Por essa razão deve o magistrado ponderar tal circunstância ao analisar as provas colhidas através dele, quando do julgamento.

Ao final, após conclusão do inquérito civil, restará provada ou não a lesão ao bem jurídico que poderia, em tese, ensejar o ajuizamento da ação civil pública. Na primeira hipótese, se promoverá a mencionada ação e na segunda hipótese, no prazo de três dias, o inquérito civil instaurado, com todas as peças informativas que o compõem, será remetido ao Conselho Superior do Ministério Público, o qual só poderá tomar uma das três seguintes soluções: a) promoverá o seu arquivamento; b) reformará a promoção de arquivamento, determinando a propositura da ação civil pública ou coletiva cabível, ou c) determinará novas diligências.

5.4. Desistência ou abandono da ação

No que se refere à desistência ou abandono da ação o que se verifica é que o legislador só se lembrou de regulamentar a desistência e abandono

²³ Tomasso, R. di. *Inquérito civil*, “Revista do Direito do Consumidor”, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez/1995, nº 16, pp.103-104.

²⁴ Mazzilli, H.N. *A defesa ... cit.*, p. 381.

da ação relativamente à associação legitimada, quando então, ocorrida hipótese, o órgão do Ministério Público, assumirá a titularidade ativa (art. 5º, parágrafo 3º).

A doutrina sobre esse tema é praticamente unânime em condenar o posicionamento do legislador, pois além de deixar uma falsa impressão da obrigatoriedade do Ministério Público em dar continuidade à mencionada ação, mesmo que totalmente infundada, ainda deixou de tratar das demais hipóteses de desistência dos outros co-legitimados.

Tal situação foi minimizada, em três oportunidades. A primeira, com o advento da Lei nº 7.853/89 (§ 6º, art. 3º), a qual instituiu a ação civil pública para tutela dos interesses difusos e coletivos ligados às pessoas portadoras de deficiência, facultando a qualquer dos co-legitimados assumir a titularidade ativa da ação.

A segunda, com o advento da Lei nº 8.069, de 13.07.90 (§ 2º, do art. 210), onde o Estatuto da Criança e do Adolescente também facultou ao Ministério Público ou outro legitimado assumir a titularidade.

Por fim, a Lei nº 8.078, de 11.09.90, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, houve por bem em contribuir amenizando as imperfeições da Lei nº 7.347/85, provocando alteração na redação do § 3º, do art. 5º, dispondo que:

“Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

5.5. Audiência preliminar, tentativa de conciliação e saneamento do processo

A Lei Processual Civil, após o advento das reformas de 1994 e 1995, tornou obrigatória a tentativa de conciliação entre as partes litigantes, nos termos do art. 331, *in verbis*:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença”.

Pela simples interpretação literal do dispositivo acima conclui-se que também na ação civil pública, após o encerramento da fase postulatória, caso não ocorra o julgamento antecipado da lide e nem seja caso de extinção

prematura do processo, o magistrado tem a obrigação legal de designar audiência preliminar, visando buscar conciliação entre as partes litigantes.

Entende a maioria dos doutrinadores, e dentre eles, Nelson Nery Junior, Sergio Bermudes, Rodolfo de Camargo Mancuso e Cândido Rangel Dinamarco, que a audiência preliminar também é obrigatória para as hipóteses de direitos indisponíveis.

Pondera Nelson Nery Junior²⁵ que:

“com prudência e sensatez, aliadas à autoridade de que é revestido o magistrado, a ele competirá propor a conciliação fazendo ver às partes os males que lhes resultam das demandas (...). Mas isto ainda é pouco, dentro do que se deve entender por tentativa de conciliação. Compete ao juiz ir mais além, sugerindo às partes as soluções que mais se coadunam com a equidade e com o sentido de justiça, quer dizer, com o equilíbrio mais justo e mais humano entre os interesses em conflito.

Indicar às partes as soluções mais justas, significa não ficar o juiz vinculado a considerações de legalidade estrita, podendo sugerir soluções baseadas na equidade; resultando negativa a conciliação, aí sim, no julgamento judicial, está o magistrado adstrito à legalidade, somente podendo decidir por equidade nos casos permitidos em lei (CPC 127 e 1109; CDC 7º, CLT 8º, CTN 108 inc IV e 172, Lei nº 9099/95, 6º)”.

Portanto, em que pese estar em jogo numa ação civil pública direitos coletivos (*lato sensu*), não se pode descartar a hipótese de se buscar um acordo entre as partes, através de tentativa de conciliação. Nesse sentido Mancuso²⁶ pondera que a ela é salutar principalmente quando “se afigura mais consentânea com a tutela do interesse difuso, do que a continuidade do processo”.

Remarca Nelson Nery Junior²⁷ que:

“o comparecimento pessoal da parte à audiência preliminar é um ônus processual e não obrigação. No caso de a parte não comparecer, regularmente intimada, há apenas a impossibilidade de efetivar-se a tentativa de conciliação, já que não há previsão da aplicação de penalidade processual, como existe, por exemplo, no direito alemão pena de revelia - § 141, III, ZPO)”.

²⁵ Nery Júnior, N. *Atualidades sobre o processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.111.

²⁶ Mancuso, R. de C. *Ação civil pública*, cit., p. 162.

²⁷ Nery Júnior, N. *Atualidades ... cit.*, p. 110.

No entanto, quando não for possível obter a conciliação entre as partes, aplica-se o disposto no § 2º do art. 331, *in verbis*:

"Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário".

Assim, ocorrendo negativa na tentativa de conciliação, o juiz que estiver afeto à causa deverá: fixar os pontos controvertidos sobre os quais versará a prova; proceder o saneamento do processo, e designar a audiência de instrução e julgamento.

5.6. Do compromisso de ajustamento e a disponibilidade ou indisponibilidade do objeto da ação civil pública

Nosso sistema jurídico permite aos interessados prevenirem ou terminarem litígio mediante concessões mútuas, nos termos do art. 1025 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

Washington de Barros Monteiro²⁸ conceitua o instituto da transação como um "ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas".

Por outro lado, o art. 1035 da Lei Substantiva Civil e o art. 447 de nossa Lei Processual Civil, limitam a transação aos direitos patrimoniais de caráter privado.

Alerta Hugo Mazzilli²⁹ "que o compromisso de ajustamento a que alude a lei, pelas características próprias de seu objeto, não se equipara a uma mera e própria transação de que cuida o direito civil: no campo privado, a transação versa interesses disponíveis dos transigentes. Em matéria de ação civil pública ou coletiva, porém, os órgãos legitimados a estabelecer os compromissos de ajustamento não são titulares do direito material; devem, pois, agir com muita cautela ao estabelecer as condições, até porque qualquer co-legitimado poderá delas discordar e discutir em juízo o mérito do compromisso assumido, que pode não ser satisfatório".

É de se destacar que o compromisso de ajustamento poderá ocorrer tanto na fase do inquérito civil como dentro da própria ação civil pública em trâmite, sendo que na primeira hipótese, estar-se-á diante de um título executivo extrajudicial enquanto que na segunda, teremos um título executivo judicial, após o trânsito em julgado da sentença que homologar o acordo judicial.

²⁸ Monteiro, W. de B. *Curso de direito civil*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 308.

²⁹ Mazzilli, H.N. *A defesa ... cit.*, p. 340.

Há, como se nota um impasse, ou seja, considerando que o autor do inquérito civil ou da ação civil pública, ao promover a defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, age em favor dos interesses metaindividuais, ter-se-á que o mesmo, em princípio, não tem disponibilidade sobre o conteúdo material da lide.

A noção de direito indisponível está vinculada diretamente à de questão de ordem pública, ou seja, insuscetível de alienação por quem quer que seja.

A seguir tal entendimento, observa-se que o direito indisponível jamais deveria ser objeto de transação, que implica em concessões, fato inadmissível para uma questão de ordem pública.

A doutrina, timidamente, passou a se manifestar pela admissibilidade da transação sobre matérias consideradas indisponíveis na ação civil pública, mas a verdade é que de forma esparsa foram surgindo casos de transação em vários julgados de nossos tribunais, através dos quais atendia-se a pretensão deduzida pelos co-legitimados de forma rápida e integral, dispensando a busca morosa e dispendiosa de uma sentença de igual jaez.

Marco Antonio Marcondes Pereira³⁰ assim se manifestou acerca do problema:

“Os interesses difusos e coletivos, apesar de não serem de ordem patrimonial, não podem se subordinar à regra do art. 1035 do C.C. pelas seguintes razões: a) esse dispositivo foi editado sob o manto de uma ordem jurídica diversa da que se tem atualmente; b) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos interesses coletivos não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar; c) o Ministério Público, bem como as pessoas do art. 5º, caput, ostentam legitimação autônoma para propositura da ação civil pública, logo, não se empece as limitações da condição de substituto processual do direito processual comum; d) a indisponibilidade do direito não será afetada porque o que será objeto da transação será a maneira da implementação mais rápida do interesse tutelado e ficará prestigiada a instrumentabilidade do processo; e e) A Lei da ação civil pública prevê a possibilidade de compromissos de ajustamento (art. 5º, § 6º).

Notadamente diante da função do Ministério Público, sob o prisma dos interesses difusos e coletivos, a limitação espelhada no

³⁰ Pereira, M.A.M. *Transação ... cit.*, pp. 124-125.

art. 1.035 do CC é antinômica à regra do art. 127 da Constituição Federal, senão contra o próprio arcabouço constitucional”.

Complementa Rodolfo Camargo Mancuso³¹ que:

“registrou-se uma evolução no pensamento doutrinário acerca da possibilidade de transação no bojo da ação civil pública, ao argumento de que a indisponibilidade do objeto não é motivo suficiente para impedir o acordo judicial, quando o recomende o interesse público ou mesmo a natureza do interesse metaindividual (...)”.

A realidade é que o legislador pátrio inovou permitindo acordos inclusive em direitos considerados indisponíveis, buscando a redução da quantidade de feitos judiciais, desafogando Justiça, e contribuindo para que o ordenamento jurídico pátrio se torne cada vez mais eficaz, como exige a atual realidade social.

O Direito brasileiro tomou contato pela primeira vez com o instituto do acordo judicial, relativamente aos interesses coletivos, quando o art. 7º da Lei nº 7.661/68 previu a possibilidade de transação tratando-se de lesões ambientais na zona costeira. Referida legislação instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

A possibilidade dos entes legitimados firmarem com os interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, de sorte que a transação valesse como título executivo extrajudicial na hipótese de descumprimento, veio com o acréscimo do § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/85, através do art. 113, da Lei nº 8.078, de 11.09.90, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor.

Acerca de tal possibilidade manifestou-se Vicente Greco Filho³²:

“a norma é salutar, porque dá força ao acordo, muitas vezes absolutamente indispensável para que se possa alcançar a normalidade. As condutas agressivas ao meio ambiente e outros direitos difusos comumente demandam tempo e despesas para a sua correção, de modo que o acordo será a única maneira de se alcançar a melhoria das condições”.

A maior prova da inovação é a possibilidade de conciliação em matéria penal (arts. 72 e 73 da Lei nº 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), que sabidamente tinha cunho indisponível até o advento de referida Lei.. Ademais, as reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil, também corroboraram na busca de composições amigáveis

³¹ Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 164.

³² Greco Filho, V. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 377.

das partes, principalmente quando o inc. II, do art. 585, do CPC, confere a condição de título executivo ao instrumento de transação referendado pelo órgão do Ministério Público.

Como óbice à transação em matéria de direito indisponível, encontramos apenas duas hipóteses: a primeira em matéria penal, quando a hipótese não estiver abrangida pelas disposições da Lei nº 9.099/95; a segunda no que diz respeito a ação civil pública visando responsabilidade dos agentes públicos pela prática de atos de enriquecimento ilícito (§ 1º, do art. 17, da Lei nº 8.249/92).

Enfim, devemos admitir que a indisponibilidade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não é mais, atualmente, absoluta, o que vale dizer, podem ser objeto de concessões com o escopo de se buscar conciliação, desde que fique a cargo dos entes públicos legitimados, a quem caberá em última instância buscar a melhor opção em defesa do interesse coletivo (*lato sensu*) tutelado.

5.7. Da prova

5.7.1. Conceito

O vocábulo prova advém da palavra latina *proba*, de *probare* (demonstrar, tornar certo). Significa aquilo que demonstra, que estabelece a verdade de uma coisa.

Em termos jurídicos, verifica-se que a expressão tem o mesmo sentido, porém, em tal campo o vocábulo prende-se a fatos litigiosos: provar é demonstrar a verdade de forma objetiva.

Pode-se afirmar que juridicamente provar é trazer ao processo elementos de fato que permitem convencer o órgão jurisdicional da verdade daquilo que foi alegado.

Na lição de Pontes de Miranda³³ “a prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático, ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes no tempo e no espaço, esses efeitos”.

Para Moacyr Amaral Santos³⁴ “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. A prova judiciária tem um objeto que são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou da exceção; tem uma finalidade que é a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. Visa, assim, em primeiro

³³ Miranda, P. de. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 311.

³⁴ Santos, M.A. *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 7-8.

lugar, a verificar se os fatos afirmados são certos, ou seja, a criar a certeza quanto à sua existência e finalmente tem um destinatário que evidentemente é o juiz, que precisa saber da verdade quantos aos fatos, quando o juiz irá formar a sua convicção”.

O jurista francês Marcel Planiol³⁵ distingue três diferentes acepções para o vocábulo prova (*preuve*): a) o elemento de convicção; b) o fato de produzir diante do juiz o elemento de convicção, e c) o resultado procurado pela demonstração do demandante.

Assim, a prova tem importância fundamental para o deslinde do litígio: o direito alegado e não provado, é como se não existisse: *idem est non esse et non probari*.

5.7.2. Da classificação das provas

A prova considerada como meio de levar ao juiz o conhecimento da verdade quanto aos fatos alegados em juízo, está sujeita a diversos critérios de classificação.

Dentre as várias classificações, Moacyr Amaral Santos, Gabriel de Rezende Filho e Aureliano Gusmão, adotaram a proposta por Malatesta, tendo em vista sua objetividade e o seu sentido prático. Assim, a prova pode ser escondida em: o objeto da prova, que redunde no fato a ser provado; o sujeito da prova, que é a pessoa ou coisa de quem se afirma a existência do fato a ser provado, a qual pode ser real ou pessoal e, finalmente: a forma da prova, que é a maneira ou a modalidade pela qual ela é apresentada em juízo, podendo ser testemunhal, documental ou material.

A doutrina ainda apresenta uma outra distinção entre as provas, no que se refere ao momento de sua preparação: a) causais ou simples quando preparadas e obtidas no curso da ação, e b) pré-constituídas que são aquelas obtidas antes do curso da demanda, visando ser utilizadas futuramente, caso necessário.

5.7.3. As provas na ação civil pública

A prova passa no direito processual civil por três momentos distintos, ou seja: a) momento da proposição; b) momento da admissão, e c) momento de sua produção.

Em se tratando de proposição, em regra as provas são indicadas pelo autor na sua peça vestibular (arts. 282, VI, 283 e 276 do CPC) e pelo réu no prazo de sua resposta (contestação e/ou exceção e/ou reconvenção) consoante se verifica pelos arts. 300 e 396 da Lei Processual Civil.

³⁵ Planiol, M. *Traité élémentaire de droit civil*, v. 2, 4ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, n. 2.156.

Nas ações propostas pelo Ministério Público, geralmente o feito estará instruído por provas pré-constituídas, tendo em vista que o representante do *parquet* dispõe da prerrogativa privativa da instauração do inquérito civil (art. 8º, da Lei nº 7.347/85), onde de forma antecipada tem condições de buscar todas as informações necessárias, tanto para instrução da ação civil como da ação penal.

O Ministério Público também poderá obter os elementos de convicção para a propositura da ação civil pública por intermédio de peças remetidas por juízes e tribunais que tiveram conhecimento de fatos que justificam a propositura de referida ação (art. 7º, da Lei nº 7.347/85), ou ainda, poderá o *parquet* receber documentos de terceiros interessados obtidos por certidões idôneas que justifiquem providências tanto para a propositura da ação como para a instauração sob sua presidência do inquérito civil (arts. 6º e 8º, da Lei nº 7.347/85).

Quanto aos demais co-legitimados mencionados no art. 5º, da mesma lei, e art. 82, do CDC, e o próprio Ministério Público caso não tenha lançado mão do inquérito civil, ao deflagrarem a via judicial com a petição inicial, já podem carrear as provas documentais que possuem, obtidas de órgãos públicos ou instituições particulares, bem como indicar provas que pretendam produzir, cuja apreciação ocorrerá na audiência de tentativa de conciliação e saneamento, nos termos do § 2º, do art. 331, CPC.

Os réus com a entrega de sua peça de defesa poderão instruí-la com as provas documentais de que disponham para contrapor-las aos fatos alegados contra si, bem como indicar desde já as provas que pretendem produzir no curso da ação civil pública, conforme permissivo contido no art. 300, *in fine*, do CPC.

Oportuno se registrar que a defesa do réu na ação civil pública é restrita à demonstração da inexistência do fato alegado na inicial ou da inocorrência de sua autoria ou co-autoria, bem como a legitimidade de sua conduta em face de permissão administrativa, considerando que nessa seara impera a responsabilidade objetiva, o que vale dizer, prevalece na hipótese de dano ambiental, responsabilidade independentemente de culpa.

O momento em que se decide acerca do rol probatório pleiteado pelas partes é o do saneamento do processo, naquela hipótese em que não seja obtida a conciliação, quando então serão fixados os pontos controvertidos e de imediato deferidas as provas a serem produzidas, com a designação de audiência de instrução e julgamento.

Caso seja pleiteado por qualquer das partes a realização de prova pericial ou inspeção judicial no local dos fatos e houver deferimento para produção das mesmas, é evidente que elas deverão ocorrer antes da audiência final, mesmo porque, no caso de perícia, pode qualquer das partes

pleitear o comparecimento do perito para dar explicações em audiência de instrução e julgamento.

Somente em casos excepcionais é que poderá ocorrer a produção de provas após a audiência final, v.g., juntada de algum documento novo ou produção de prova por determinação do juízo visando o esclarecimento da verdade para maior segurança no julgamento da lide.

5.8. Pronunciamentos do juiz na ação civil pública

5.8.1. Considerações gerais

Ressaltam os arts. 19 e 21 da Lei nº 7347/85, respectivamente, que “aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11.01.73, naquilo em que não contrarie suas disposições” e “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Na Seção III do Capítulo I do nosso Código de Processo Civil, encontramos os pronunciamentos do juiz. Assim, o art. 162, CPC, prescreve, *verbis*:

“Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º. Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo decidindo ou não o mérito da causa.

§ 2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º. São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”.

Portanto, o magistrado ao receber uma ação civil pública, devidamente proposta, automaticamente faz seu juízo de admissibilidade e caso a acate, por intermédio de sua primeira intervenção, determina a citação da parte que figure no pólo passivo da relação jurídica processual, para respondê-la, no prazo legal de 15 dias.

Dependendo da pretensão deduzida na ação civil pública é possível que o magistrado tenha que decidir sobre requerimento de antecipação de tutela, como v.g., impor obrigação de fazer ou não fazer sob pena de execução específica ou cominação de multa pecuniária diária, esta independentemente de requerimento do autor (art. 11, Lei nº 7.347/85).

Ao despachar a petição inicial se o requerimento se limitar apenas a que seja citada a parte contrária para responder a ação, estar-se-á diante de um despacho que tem por objeto o impulso processual.

No entanto, alerta José Carlos Barbosa Moreira³⁶ que:

“a citação do réu apenas será deferida se, ante os elementos constantes da inicial e os documentos que a instruírem, o órgão judicial se convencer, si et in quantum, da veracidade dos fatos alegados pelo autor e da provável procedência do pedido. A despeito da denominação tradicional, encampada pelo Código, o despacho liminar mal se harmoniza, por sua natureza, com o conceito de mero despacho. Quando o juiz defere a petição inicial (despacho liminar de conteúdo positivo), estará pois praticando ato que mais se aproxima de uma decisão interlocutória que de um despacho de mero expediente. Quando a indefere (despacho liminar de conteúdo negativo), quer por defeito de forma ou falta de alguma condição do legítimo exercício da ação, quer por motivo de mérito, se possível (exemplo: prescrição declarável de ofício), ter-se-á verdadeira sentença, que põe termo ao processo (art. 162, § 1º), no próprio nascedouro.”

Caso além do requerimento de citação também exista requerimento de deferimento de medida liminar de obrigação de fazer ou não fazer, então, sem sombra de dúvidas, estar-se-á diante de uma decisão interlocutória.

Na verdade, essa decisão interlocutória, acatando, liminarmente e *in status assertionis*, a prática de atos por parte do réu como lesivos aos interesses coletivos (*lato sensu*) e impondo obrigação de fazer ou abster-se de fazer, sob pena de execução específica ou pagamento de multa diária, em que pese não se confundir, acaba tendo efeitos pragmáticos equivalentes a uma sentença, considerando que não conduz a uma condenação no rigor da técnica, porém, assegura antecipadamente o direito declarado pela proteção legal, a fim de que não mais seja violado, até final julgamento da lide.

Conforme acentua Arruda Alvim³⁷ “não se confunde a sentença com as decisões interlocutórias, proferidas em curso ao procedimento. Tais decisões não solucionam controvérsias; apenas decidem questões que necessariamente têm de ser solucionadas antes da questão fundamental ou básica, que é o mérito. Desta forma, pode-se dizer que as interlocutórias preparam o processo para receber a sentença final”.

Após a apresentação da resposta da parte requerida, e em sendo ela legítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica, e não ocorrendo

³⁶ Barbosa Moreira, J.C. *O novo processo civil brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 41.

³⁷ Alvim, A. *Manual de direito processual civil*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 350.

qualquer outro incidente processual, caberá ao juiz designar por despacho audiência de tentativa de conciliação. Resultando esta infrutífera, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes, e determinará as provas a serem produzidas e finalmente designará audiência de instrução e julgamento, caso seja necessário, tudo através de decisão interlocutória.

5.8.2. A sentença

Produzidas todas as provas deferidas e realizada a audiência de instrução e julgamento se for o caso, com debate oral ou apresentação de memoriais pelas partes, após a conclusão do feito, prolatará o magistrado seu *verdictum* por intermédio de uma sentença (art. 456, do CPC), a qual coloca termo ao processo em primeiro grau de jurisdição, findando seu ofício.

O vocábulo sentença advém do latim *sententia* (modo de ver, parecer, decisão), a rigor da técnica jurídica, e em amplo conceito sentença designa a decisão, a resolução, ou a solução dada por uma autoridade a toda e qualquer questão submetida à sua jurisdição. A sentença propriamente dita, como ato que põe termo à relação processual é aquela que, como provimento emanado do juiz, se pronuncia sobre o mérito da demanda decidindo sobre a existência ou inexistência da vontade concreta da lei, deduzida da lide, ou da controvérsia incidental nela suscitada³⁸, hipótese em que é classificada como sentença definitiva. Apenas pondo fim ao processo sem apreciar a questão de fundo, classifica-se como sentença terminativa.

Consoante ensina Moacyr Amaral Santos³⁹:

“sentenças são decisões finais: encerram o processo, põem termo à relação processual, esgotam a função do juiz. Proferindo-as, o juiz dá por cumprido o seu dever jurisdicional. Dessas, umas encerram o processo - põe termo à relação processual - sem julgamento de mérito. Apenas dizem respeito ao processo, não à relação de direito substancial posta em juízo. Encerram o processo, mas não decidem do pedido, que fica imprejulgado. Tais são as sentenças terminativas.

Outras, as sentenças no sentido estrito, no sentido romano de sententia, decidem o pedido, julgando-o procedente ou improcedente. São as sentenças finais por excelência, a que a técnica processual denomina sentenças definitivas.”

Sobre o mesmo assunto afirma Giuseppe Chiovenda⁴⁰ que “a relação de cognição tende, toda, em seu desenvolvimento, à sentença; a cognição,

³⁸ *Vocabulário Jurídico*, v. IV, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1973, p. 1.427.

³⁹ Santos, M.A. *Comentários ... cit.*, pp.386-387.

em separado, sobre a existência dos pressupostos processuais conduz a uma sentença que pode ser definitiva, quando nega a existência dos pressupostos ou de um pressuposto; (...). A sentença definitiva é o ato com o qual o juiz satisfaz a obrigação que lhe decorre da demanda judicial; por meio da sentença, conclui ele sua missão (*functus officio*)”.

Acerca de conceito de sentença, sob o aspecto formal, não se pode olvidar o alerta de Fernando Bellinetti⁴¹, ou seja, que ao lado do conceito inserto no § 1º, do art. 162, do CPC, “há, no entanto, dispositivos legais que revelam outro conceito de sentença, qual seja, o de que é ato que decide um litígio autônomo, independente de encerrar ou não o processo”, indicando como exemplos: a) o caso de sentença declaratória incidental (art. 325, CPC); b) sentença para exibição de documento por terceiro (art. 361, CPC); c) sentença do incidente de falsidade (art. 395, CPC).

5.8.2.1. A sentença na ação civil pública

Pela simples leitura dos arts. 11 e 13, da Lei nº 7.347/85, verifica-se que a sentença que decide a lide da ação civil pública forçosamente terá característica de pronunciamento jurisdicional cominatório, o que vale dizer, impor obrigação de fazer ou não fazer. Assim, é inerente à sentença prolatada na referida ação, o cunho condenatório, caracterizado pela imposição de uma sanção, que resultará na formação de um título executivo judicial.

Isso é afirmado tendo em vista que o objeto da referida ação está direcionado para a tutela *in specie* dos interesses e direitos coletivos (*lato sensu*), sendo certo que não se busca em princípio indenização pecuniária, pois poderão existir danos certamente imensuráveis em termos pecuniários como, *v.g.*, vazamento de radiação em uma usina atômica que provoque contaminação em alto grau de todo um ecossistema, e até de vários países provocando danos incalculáveis para os reinos animal, vegetal e mineral, da região atingida pela contaminação. Qual seria o valor pecuniário a ser indenizado nesse caso? Relembre-se o caso de Chernobil na antiga União Soviética? Qual o valor da indenização pecuniária para quem danifica um mural de Portinari, em nosso país, que não possa ser reconstituído?

Rodolfo Mancuso⁴² acerca de sentença na Lei de ação civil pública apresenta questionamentos e ponderações da seguinte forma:

“tout court (...) em que pese esse elastério no emprego da declaratória, cremos ser remota ou mesmo inviável sua utilização

⁴⁰ Chiovenda, G. *Instituições de direito processual civil*, v. III, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 197.

⁴¹ Bellinetti, F. *Sentença civil, perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 131.

⁴² Mancuso, R. de C. *Ação civil pública*, cit., p.166.

em matéria de defesa de interesses difusos: primeiro a Lei nº 7.347/85 não contemplou a tutela, pela ação civil pública, do interesse à mera declaração jurisdicional acerca de um dado interesse difuso, senão uma tutela francamente condenatória ou ao menos cautelar; segundo, seria questionável a utilidade que um provimento só declaratório teria na espécie. No que concerne à possibilidade de uma sentença constitutiva, é preciso distinguir: cremos dever ser descartada a sentença apenas desconstitutiva onde, v.g., fique só rescindido o ajuste entre o órgão estatal e a empresa madeireira, o qual se reconheceu danoso ao interesse difuso relacionado à tutela de certa floresta; nada impede, porém, que o comando condenatório, típico na sentença da ação civil pública, surja como um posterioris à desconstituição a um ato ou fato, logicamente no sentido de reflorestamento da área devastada, ou aplicação de multa (art. 11), como consectários da reconhecida lesividade do ajuste, que, assim, fica rescindido”.

Da leitura do texto do art. 11, da Lei nº 7.347/85 verifica-se que cabe ao magistrado fazer a opção dentre as alternativas colocadas pelo legislador: condenação à prestação de fazer ou não fazer, sob pena de execução específica, ou pagamento de multa diária.

Como bem coloca Rodolfo Mancuso⁴³ “como o réu deve proceder: presta o fato (ou se abstém de certa conduta) no prazo assinado, sob pena de: a) execução específica às suas expensas; ou b) aplicação de multa diária. Essa sistemática busca aproximar-se do regime da execução das obrigações positivas e negativas, tal como previsto no CPC, em seus arts. 632 e seguintes.”

É de se destacar que existem duas oportunidades para que o juiz imponha ao réu a cominação de multa diária.

A primeira ocorre no início do processo, cuja aplicação é feita a título de antecipação de tutela ou em medida cautelar preparatória da ação principal.

As multas liminares, estão previstas no § 2º, do art. 12, da Lei nº 7.347/85, e nos §§ 3º e 4º, do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), sendo de se ressaltar que somente poderão ser exigidas após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor e devidas a partir do momento em que descumprido o preceito.

O segundo momento em que podem ser estabelecidas ocorre na sentença definitiva, com respaldo no art. 11, da Lei 7.347/85 e no § 4º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. São, pois, cominações diárias de valor considerável, visando forçar o devedor ao cumprimento da obrigação contida no pronunciamento jurisdicional. Essas multas são denominadas pela

⁴³ Mancuso, R. de C. *Ação civil pública*, cit., p. 169.

doutrina de *astreintes*. Segundo Liebman⁴⁴ “chama-se *astreinte* a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente. Caracteriza-se a *astreinte* pelo exagero da quantia em que se faz a condenação, que não corresponde ao prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento, nem depende da existência de tal prejuízo.”

5.9. Coisa julgada

Inicialmente, se faz necessária uma simples distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

No escólio de Humberto Theodoro Júnior⁴⁵:

“a diferença entre a coisa julgada formal e a material é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença. A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da res in iudicium deducta, por já definitivamente apreciada e julgada”.

Vicente Greco Filho⁴⁶ afirma que:

“uma coisa são os efeitos da sentença, os seus limites objetivos e subjetivos, outra é a imutabilidade desses efeitos, qualidade de que decorre a proibição de discutir em outro processo o que foi decidido entre as mesmas partes com a mesma causa de pedir”.

(...).

“... se o seu conteúdo, sua eficácia, será ou não imutável, a questão será de coisa julgada, como qualidade da sentença ou de seus efeitos, sem que isso venha a ser um efeito da sentença e sem que isso interfira no conteúdo da decisão”.

Enrico Tullio Liebman⁴⁷ enfatiza:

⁴⁴ Liebman, E.T. *Processo de execução*, 4ª ed., notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello, São Paulo: Saraiva, 1980, nº 97, p. 233.

⁴⁵ Theodoro Júnior, H. *Curso de direito processual civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 521.

⁴⁶ Greco Filho, V. *Comentários ... cit.*, pp. 360-361.

"a declaração oriunda da sentença, assim como seus outros efeitos possíveis, pode conceber-se e produz-se independentemente da coisa julgada; na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei".

O art. 16, da Lei nº 7.347/85 prescreve, *in verbis*:

"A sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

Constata-se que o legislador da ação civil pública seguiu a terminologia adotada hodiernamente, onde coisa julgada aparece como uma qualidade da sentença e de seus efeitos adotando o posicionamento de Liebman.

O art. 16, Lei nº 7.347/85, deve ser aplicado em consonância com o disposto no art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 21, Lei nº 7.347/85. Preceitua o art. 103:

"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 (interesses ou direitos difusos);

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 (interesses ou direitos coletivos);

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 (interesses ou direitos individuais homogêneos);

⁴⁷ Liebman, E.T. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 170.

Parágrafo 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Parágrafo 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.

Parágrafo 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. 97 a 100.

Parágrafo 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”.

Oportuna é a lição de Ada Pellegrini Grinover⁴⁸, uma das autoras do anteprojeto de Lei que redundou na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), ao dizer que o art. 103, do CDC:

“contém toda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, seja definindo seus limites subjetivos (o que equivale estabelecer quais as entidades e pessoas que serão alcançadas pela autoridade da sentença passada em julgado), seja determinando a ampliação do objeto do processo da ação coletiva, mediante o transporte, in utilibus, do julgado coletivo às ações individuais.

Muito embora o dispositivo se refira às ações coletivas de que trata este Código, na realidade sua abrangência é maior. Com efeito é certo que o veto presidencial recaiu sobre o art. 89 ... Mas é igualmente certo que permaneceu íntegro o art. 117 do Código, o qual acrescenta o novo art. 21 à Lei nº 7.347/85 - a denominada Lei da Ação Civil Pública - determinando a aplicação, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, dos dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor.

Isso significa que a disciplina da coisa julgada contida no art. 103, rege as sentenças proferidas em qualquer ação coletiva, pelo

⁴⁸ Grinover, A.P.; et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, pp. 580-581.

menos até a edição de disposições específicas que venham disciplinar diversamente a matéria".

Pela análise das disposições legais supramencionadas observa-se que tanto a Lei da ação civil pública como o CDC adotaram os limites subjetivos da coisa julgada *secundum eventum litis*, de tal sorte que apenas serão atingidos pela autoridade da sentença passada em julgado aqueles que participaram do feito na condição de parte e, também, todos aqueles que não participaram, mas que são interessados no objeto da demanda, caso a decisão lhes seja favorável, porque atingidos diretamente pelos efeitos lesivos da conduta perpetrada pelo réu.

Não se olvide que não ocorre litispendência entre ações coletivas e ações individuais. Todavia, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos I, II, e III, do art. 103, CDC, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104, CDC).

Antônio Gidi⁴⁹ manifesta-se nos seguintes termos sobre o tema:

"a coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma pro et contra. O que diferirá, de acordo com o evento da lide, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidos. Enfim, o que é secundum eventum litis não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão erga omnes ou ultra partes à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chamada de extensão in utilibus da coisa julgada).

São três as hipóteses a distinguir:

- a) em caso de improcedência, após a instrução suficiente, a sentença coletiva fará coisa julgada *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual (difuso ou coletivo) ou individual homogêneo em litígio e impedir que qualquer legitimado do art. 82 do CDC reproponha a mesma ação coletiva pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido, invocando a mesma causa de pedir. Ações individuais, em defesa de direitos individuais (homogêneos ou não) entretanto, continuam podendo ser propostas.
- b) em caso de improcedência, após instrução insuficiente (por falta de prova), a sentença coletiva não fará coisa julgada material.

⁴⁹ Gidi, A. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73

- c) em caso de procedência do pedido, a sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* para tutelar o bem coletivo, atingindo a comunidade ou coletividade titular do direito superindividual, e, atingindo, para beneficiar, também a esfera individual de todos os componentes da comunidade ou da coletividade que sejam titulares do correspondente direito individual homogêneo.

Como se vê, é apenas nessa última hipótese, de procedência, do pedido coletivo, que ocorre a extensão subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes* e *secundum eventum litis* da coisa julgada para beneficiar (*in utilibus*) a esfera jurídica individual dos consumidores interessados. Mas também na primeira hipótese, de improcedência, a coisa julgada se opera *ultra partes* para atingir a comunidade ou coletividade titular do direito superindividual ou individual homogêneo em litígio”.

5.10. Dos recursos

5.10.1. Conceito

A palavra recurso tem origem no vocábulo latino *recursus*. Possui na acepção jurídica do termo, um sentido amplo e um sentido estrito. Em sentido amplo, diz-se recurso todo remédio ou medida que se emprega na proteção ou defesa de um direito. Em sentido estrito, diz-se recurso a provocação de um novo exame da decisão proferida, pela mesma autoridade ou por autoridade superior, correspondente à *provocatio* dos romanos. É a provocação de um novo exame da matéria já decidida.

Assim, recurso em sentido estrito é tido na linguagem forense como o ato pelo qual se encaminha ao próprio juiz, a outro juiz ou ao tribunal, o conhecimento da questão já decidida, para novo exame, e alteração ou anulação da decisão já tomada⁵⁰.

5.10.2. O sistema recursal na ação civil pública

Pelo que se depreende da leitura do art. 19, da Lei nº 7.347/85, aplicam-se à ação civil pública as mesmas modalidades de recursos existentes no Código de Processo Civil.

Como já visto anteriormente, prevê o art. 162 da lei processual civil, os três tipos de pronunciamentos jurisdicionais, ou seja, sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

Em relação ao pronunciamento que coloca termo ao processo, ou seja, sentença, tendo esta resolvido ou não o mérito da causa (arts. 267 e 269, do CPC), pode caber em primeiro lugar, embargos de declaração se for

⁵⁰ Silva, De P. e. *Vocabulário Jurídico*, cit., p. 1.312.

o caso, no prazo de 5 dias (art. 536, do CPC), e em não sendo, o recurso de apelação que deve ser interposto no prazo de 15 dias, perante o mesmo juízo *a quo*. Já as demais decisões que não impliquem no término do processo (decisões interlocutórias), podem ser impugnadas pelo recurso de agravo, na forma retida ou por instrumento, devendo ser interposto no prazo de 10 dias perante instância superior (art. 522, do CPC).

Com despachos, e que visam o impulso processual, são tidos como irrecorríveis (art. 504, do CPC), pois são incapazes de causar prejuízo às partes litigantes. Vindo a causá-lo, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Em havendo recurso de apelação e sendo vencidos autor e réu, poderá a parte inerte recorrer de forma adesiva, no mesmo prazo de resposta do recurso interposto, ou seja, nos 15 dias subseqüentes a ciência do recurso principal (art. 500, do CPC).

Após prolatado o acórdão em segundo grau de jurisdição, em primeiro lugar, se for o caso, caberá embargos de declaração no prazo de 5 dias (art. 536, do CPC) e em não sendo, e em não tendo havido decisão por unanimidade na câmara ou turma, pode a parte vencida, mesmo que parcialmente, interpor no prazo de 15 dias (art. 508, do CPC), embargos infringentes (art. 530, do CPC) e em não ocorrendo aquela hipótese então poderá interpor recurso especial ou recurso extraordinário (art. 541, CPC). Na hipótese dos dois últimos recursos, o prazo de interposição é também de 15 dias (art. 508, do CPC).

Finalmente, ainda é possível a interposição dos embargos de divergência em Recurso Especial e Extraordinário (art. 496, do CPC).

O jurista Rodolfo Mancuso⁵¹ ao tratar de recursos na ação civil pública afirma que “nela estão previstas duas possibilidades de impugnação: a) agravo, cabível das interlocutórias, e especialmente das decisões que: concedem a tutela liminar (art.12); suspendem a execução liminar - art. 12, § 2º- pode o réu se insurgir, v.g., contra o excesso no *quantum* da multa ou mesmo seu descabimento na espécie; pode o autor alegar que o montante fixado é irrisório e não atinge a finalidade coativa desejada; e b) apelação da sentença, não cabendo aí qualquer distinção quanto a se tratar de decisão final (que resolve o mérito), posto que, como já dito, o atual CPC não manteve tal distinção, presente no CPC anterior. Quanto ao cabimento de agravo contra a concessão de liminar (art. 12), cabe dizer, por um lado, que a jurisprudência assim vem entendendo, não somente quando ocorre a concessão (RJTJSP 92/354, RP 3/330), bem como quando ela é denegada (JTA 33/114).”

⁵¹ Mancuso, R. de C. *Ação civil pública*, cit., p.177.

Compete ao Presidente do Tribunal, em caso de requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, manter ou suspender a execução da liminar concedida em grau inferior. Caso venha a suspender, terá que fundamentar sua decisão. A motivação da suspensão deve-se fundamentar na possibilidade de ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (§ 1º, do art. 12, Lei 7.347/85).

Na hipótese de ser deferido o pedido de suspensão, contra o ato do Sr. Presidente, é cabível o recurso de agravo para uma das câmaras ou turmas julgadoras, no prazo de cinco dias a partir da publicação do ato.

Um fato a ser destacado é que cabe ao juiz que receber o recurso, dizer em que efeitos o recebe, faculdade que não lhe é atribuída pelo nosso CPC; é a lei quem diz o efeito em que será recebido o recurso. O art. 14, da Lei nº 7.347/85 conferiu essa “discricionariedade” ao magistrado objetivando proteger de imediato a tutela do direito obtido na sentença tendo em vista a dificuldade que se encontraria para o ajuizamento do mandado de segurança contra essa decisão judicial, pois o ato do magistrado reflete apenas o exercício de opções previstas na Lei.

Por último, merece ainda ser analisada a questão da possibilidade de interposição de pedido de desistência ou renúncia ao recurso na Lei de ação civil pública.

Levando-se em conta uma interpretação sistemática, no contexto das regras processuais que dizem respeito a Lei da ação civil pública, ter-se-á de admitir que é perfeitamente aceitável essa possibilidade (art. 19 da Lei nº 7.347/85 c.c arts. 502 e 503, do CPC). Ora, se tem o órgão do Ministério Público autonomia para decidir acerca da propositura ou não da ação civil pública, depois de proposta, dela poderá desistir desde que isso não importe em disponibilidade do direito material. Assim, sem sombra de dúvidas que possui também a devida autonomia para decidir se desiste ou se renuncia ao recurso ou não, ou seja, *qui potest majus, potest et minus*.

Apenas por cautela, como a promoção pelo arquivamento do inquérito civil deve ser sempre submetida à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º), por analogia, as hipóteses de desistência ou renúncia, também devem receber a mesma disciplina.

Nelson Nery Junior⁵² admite as duas hipóteses, ou seja, desistência ou renúncia “pois estaremos em um e outro caso, sempre diante de atitudes de desprendimento de institutos processuais”.

⁵² Nery Júnior, N. *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*. *Justitia* 46(126):168-189, jul/set, 1984, p.187.

5.11. A tutela preventiva

Em dois dispositivos trata a Lei nº 7.347/85 sobre a tutela preventiva dos interesses coletivos (*lato sensu*), ou seja, através de ação cautelar propriamente dita (art. 4º) e através de antecipação liminar da tutela (art. 12).

É conhecida a distinção entre medida cautelar e processo cautelar. A medida cautelar é espécie de que o processo cautelar é gênero. Isto porque medidas cautelares existem que podem ser pedidas em outros processos que não o cautelar, como v.g., o arresto como ato serial da execução.

O art. 4º da Lei nº 7.347/85, trata da ação cautelar ao estatuir que:

“Art. 4º. Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei, objetivando, inclusive evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

5.11.1. Liminares

O que se verifica acerca de liminares, é que o magistrado poderá conceder mandado liminar, mediante apresentação ou não de justificativa prévia.

É importante ressaltar de que, na concessão das medidas liminares, ganha importância o juízo de admissibilidade dos pressupostos gerais, ou seja, *fumus boni juris e periculum in mora*.

Também é oportuno enfatizar que a Lei nº 8.437/92 restringiu por demais o âmbito das liminares contra o poder público. Assim, nas ações civis públicas, não caberá concessão de liminar: a) contra ato do poder público de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de prestação de caução (art. 5º, I, da Lei nº 1.533/51); b) de despacho ou decisão judicial, quando exista recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição (art. 5º, II, Lei nº 1.533/51); c) se o objeto da ação cautelar visar à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou à extensão de vantagens (art. 5º da Lei nº 4.348/64), e d) para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/66).

O Código de Defesa do Consumidor, nos termos dos §§ 3º e 4º, do seu art. 84, passou a permitir que o magistrado conceda a tutela pleiteada na petição inicial, antecipadamente, desde que fique reconhecido como relevante o fundamento da demanda e exista justo receio da ineficácia da decisão final. Nas duas hipóteses, mesmo sem pedido do autor, passou ser cabível a imposição da aplicação de multa diária. Essas disposições aplicam-se à ação civil pública, nos termos do art. 21 da Lei nº 7.347/85, sem

embargo do disposto no art. 12, da mesma Lei, que também autoriza o juiz conceder antecipação de tutela. Os dispositivos devem ser combinados para ter aplicação simultânea.

Hugo Nigro Mazzilli⁵³ no que tange ao assunto faz as seguintes ponderações:

“em matéria de concessão de liminares em ação civil pública ou coletiva, e antes de outras considerações, podemos anotar que:

- a) Tendo em vista o peculiar sistema da Lei nº 7.347/85, é admissível a concessão de medida liminar *initio litis* tanto nas ações cautelares (seja nas preparatórias ou incidentes, seja nas chamadas cautelares satisfativas), como no próprio bojo da ação principal;
- b) A liminar pode consistir na autorização ou vedação da prática de ato, ou em qualquer providência de cautela admissível no Direito, com ou sem imposição de multa liminar diária;
- c) A multa diária imposta na sentença (a chamada *astreinte*) não se confunde com as multas liminares;
- d) O art. 2º da Lei nº 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de liminares contra atos do Poder Público, exige prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá pronunciar-se no prazo de 72 horas (entenda-se, desde que isto não leve ao perecimento do direito);
- e) Em ação civil pública ou coletiva, não cabe medida liminar contra atos do Poder Público se houver vedação legal para concessão de igual medida em sede de mandado de segurança;
- f) Ainda a respeito da concessão ou da denegação da liminar contra atos do Poder Público, o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, dispõe não ser cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”

5.11.2. Antecipação dos efeitos da tutela

A Lei Processual Civil pátria não admitia tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito. O primeiro movimento jurídico nesse sentido partiu do 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, ocorrido em 1983, o qual foi organizado pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, onde o Professor Ovídio Araújo Batista da Silva apresentou proposta de introdução de um parágrafo único ao art. 285, do CPC, visando instituir medida liminar antecipatória dos efeitos do provimento de mérito.

Essa iniciativa teve o seu coroamento com o trabalho da Comissão de 1985, visando a reforma do CPC vigente, ao propor a introdução da tutela antecipatória no processo de conhecimento.

⁵³ Mazzilli, H.N. *A defesa ... cit.*, pp. 438-439.

Com o advento da reforma do Código de Processo Civil, e pela alteração da redação do art. 273, do CPC, procedida pela Lei 8.592, de 13 de dezembro de 1994, referido dispositivo inovou a ordem processual vigente garantindo a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, e eliminando as acomodações que antes eram necessárias ser feitas via processo cautelar.

Com efeito estabelece o art. 273, CPC:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo, prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e;

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º. A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incs. II e III do art. 588.

§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Acerca do tema afirma Cândido Rangel Dinamarco⁵⁴ que:

“o novo art. 273 do CPC, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo. (...).

A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que

⁵⁴ Dinamarco, C.R. *A reforma do código de processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. pp.138-139.

ele veio ao processo pedir. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, mutatis mutandis, à procedência da demanda inicial com a diferença fundamental representada pela provisoriedade."

O eminente Professor Nelson Nery Junior⁵⁵ ensina que:

"o adiantamento da tutela de mérito, estendido a todo sistema processual civil brasileiro pela nova redação do CPC art. 273, dada pela Lei 8.952/94, já era previsto em outras leis especiais, como por exemplo no CDC art. 84 § 3º. Esta tutela antecipada da obrigação de fazer ou não fazer pode ser revogada ou modificada a qualquer momento, desde que não mais se justifique a sua manutenção. Mesmo antes da reforma processual de 1994, já sustentávamos a aplicação do instituto da tutela antecipada, não apenas às ações de execução de obrigação de fazer ou não fazer, mas a todas as ações de execução fundadas no CDC. O adiantamento da tutela definitiva na execução de obrigação de fazer também foi introduzida no sistema do CPC pela reforma de dezembro de 1994, com a modificação da redação do CPC art. 461, quase que cópia literal do CDC art. 84 § 3º. A norma admite pedido liminar em toda e qualquer ação."

Assim, o que se verifica é que a tutela antecipatória tem por objetivo fazer a entrega ao autor, liminarmente, de alguns efeitos fáticos inerentes ao seu pedido. É evidente que a tutela a ser antecipada em favor do autor tem que estar em consonância com o objeto da ação, em respeito ao princípio da congruência.

A doutrina admite a concessão da tutela antecipatória, em tese, para toda ação de conhecimento, podendo ser a ação declaratória, constitutiva (positiva ou negativa), condenatória, mandamental etc.

A antecipação da tutela na ação civil pública tem previsão legal nos arts. 12, Lei nº 7.347/85 e art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação subsidiária, nos termos do art. 21, da Lei nº 7.347/85.

6. Conclusões

- a) A ação civil pública constitui poderoso instrumento, com assento constitucional, colocado à disposição do Ministério Público e de outros entes legalmente legitimados, e tem por escopo a tutela de interesses e direitos coletivos (*lato sensu*);

⁵⁵ Nery Júnior, N. *Atualidades ... cit.*, pp. 65-66.

- b) Tem por objeto a condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer e busca sempre a reparação do dano causado, *in especie*, ou não sendo possível, a obtenção do resultado prático equivalente, ou então, como última alternativa, a reparação pecuniária. Pode ter, ainda, eficácia declaratória e constitutiva, associadas à condenatória, bem como, mandamental;
- c) Insere-se num contexto normativo totalmente diverso daquele que ortodoxamente era concebido para a tutela de interesses meramente individuais, passando para um outro sistema onde se discute e se busca a reparação de danos causados a um número indeterminado, ou ao menos determinável (mas em maior dimensão) de pessoas;
- d) Mune os legitimados através de provimentos de urgência, como a ação cautelar, antecedente ou incidente, à ação civil pública, ou mesmo da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, em seu próprio bojo;
- e) Aproveitam-se-lhe as disposições normativas do Código de Processo Civil, no que aplicáveis, e todas as regras previstas no Título III, do Código de Defesa do Consumidor, constituindo um microssistema à parte, muitíssimo bem estruturado de disposições legais flexíveis, que se amoldam perfeitamente à estrutura dos novos direitos;
- f) Todo esse microssistema, é fruto de incessante trabalho doutrinário e jurisprudencial, e só terá eficácia plena através da atuação incessante do Ministério Público e demais entes legitimados, pela coerente aplicação de suas regras pelo Poder Judiciário e pela exigência dos jurisdicionados da efetiva proteção dos interesses e direitos coletivos (*lato sensu*), fatos que, felizmente, têm sido constatados.

7. Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Manual de direito processual civil*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação ordinária*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 404.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BELLINETTI, Fernando. *Sentença civil, perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública*, Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. III, São Paulo: Saraiva, 1969.
- COMPARATO, Fábio K. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, São Paulo: Revista de Direito Mercantil, nº 15.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao código de proteção do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense Universit
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ministério público, ambiente e patrimônio cultural*, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 19.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MANDELBAUN, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Proteção ambiental e Ação civil pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 611.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *A Ação civil pública*, conferência proferida na reunião do Grupo de Estudos da Média Sorocabana, do Ministério Público de São Paulo, no Fórum da Comarca de Ourinhos, São Paulo, publicada na Revista Justitia nº 45(120), jan/mar/1983.
- _____. *Atualidades sobre o processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

- _____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*. *Justitia* 46(126):168-189, jul/set, 1984.
- PASSOS, Calmon. *Comentários ao código de processo civil*, v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Transação no curso da ação civil pública*, São Paulo, Revista do Consumidor: Editora Revista dos Tribunais, nº 10.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, v. 2, 4ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires: EJE, 1968.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, v. IV, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1973.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. *Sobre a teoria do processo declarativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1980.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- TOMASSO, Rita di. *Inquérito civil*, "Revista do Direito do Consumidor", São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez/1995, nº 16.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.