

---

# PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

---

*José Manoel de Arruda Alvim Netto\**

## **1. Introdução: A evolução sofrida pela crescente e prática importância do papel das Constituições**

### **1.1. O papel da magistratura (Poder Judiciário) e o dos Parlamentos**

É importante, para compreender a evolução do direito constitucional, frisar que, no plano teórico, desde muito antigamente se afirma que as Constituições se sobrepõem ao direito ordinário; em termos práticos, todavia, *ajustando-se a afirmação teórica à sua realização prática*, isso ocorreu no sistema continental europeu – diferentemente dos Estados Unidos, em que sempre as Constituições gozaram de grandeza *teórica e prática* – somente no século XX.

O Estado oriundo da Revolução Francesa consistiu num ente deliberadamente pequeno, em que se cuidava da estrutura do Estado, das leis e da polícia. É compreensível que as Constituições desse tempo, marcadas pela ideologia do Estado liberal, protegessem o indivíduo contra o Estado. Daí o nome de *Estado Polícia (État Gendarme)*.

Essa contextura do Estado coincidia com os propósitos dessa Revolução, quais fossem, entre outros, o da noção *radical* de liberdade, daí a não interferência do Estado nas relações privadas. Por isso, o tecido jurídico era muito mais destituído de normas cogentes do que posteriormente veio a ocorrer; essa noção conviveu com a da *igualdade (de todos perante a lei)*, *no plano abstrato*, sem preocupação alguma pelas desigualdades *reais*, no plano dos fatos.

A ideia de liberdade dos indivíduos, a que foi correlata a de um Estado apequenado, teve como instrumento fundamental de realização do sistema a *lei*, transferido que foi o poder político do rei para o povo, e a lei era tida como se realmente fosse a expressão da vontade geral. O papel dos juízes era *apequenado*, submissos à *letra da lei*, e, em realidade, percebeu-

---

\* **JOSÉ MANUEL DE ARRUDA ALVIM NETTO** é Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Atualmente é Coordenador Acadêmico e Professor dos Cursos de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado) da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP) e Professor Titular da PUC/SP.

se o *predomínio* dos Parlamentos, cujas leis, em fins do século XVIII e início do XIX, insuscetíveis de serem sequer interpretadas, garantiam também essa preponderância dos Legislativos. Essa posição dos Parlamentos em relação aos juízes (Poder Judiciário) tinha na *lei* o seu instrumento primordial. Com a utilização da *lei* (e do direito, que à dimensão dessa se reduziria), assim concebida na ordem jurídica, i.e., uma lei minuciosa e que, nos primeiros tempos, não deixava sequer espaço para interpretação, vingaram os propósitos dos que caldearam a Revolução Francesa. Nos pontos centrais do tecido legislativo, preponderavam normas mais minuciosas, com mais elementos definitórios das situações/conduitas em que deveriam incidir, de tal sorte que essa técnica legislativa estabelecia condições normativas para melhor controle do juiz, i. e., preponderância radical da *mens legislatoris*. Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais do sistema jurídico, diferentemente do que atualmente ocorre; some-se, ainda, em nosso tempo, a alta significação dos *princípios*<sup>1 – 2</sup> Nos momentos próximos do final do século XVIII em diante negou-se ao juiz, sequer, a possibilidade de interpretação literal, a qual veio a ser admitida aproximadamente na altura da terceira década do século XIX.

Não foi pequena, como já se sabe, a desconfiança compreensível dos legisladores franceses em relação aos juízes, porque eram oriundos da antiga nobreza. Em decorrência disto, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional, especialmente no que diz respeito à interpretação, a um âmbito estrito, pois que o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser mais do que a boca da lei.

A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão anexo ou auxiliar do *Corps Legislatif*. Sucessivamente veio a admitir-se a *interpretação literal*, e, por isso mesmo, ainda ancorada na *mens legislatoris*. Deve-se ter presente que, no meio da década de 1880, cristalizou-se alteração de profundo significado, no que diz respeito à hermenêutica, reconhecendo-se ao juiz um campo maior de atuação, falando-se, então, em interpretação sociológica. Precedentemente a essa época, ancorados os juristas nos referenciais originários da Revolução Francesa, admitiam, apenas, que se interpretasse a vontade do legislador.

Proximamente ao fim do século XIX, mercê dos trabalhos de Wach, Binding e Kohler, quase simultâneos (e coincidentes nos seus propósitos), verificou-se a inviabilidade, porque não mais atendia aos anseios sociais dominantes, de uma tal limitação na hermenêutica, passando-se, então, a cogitar de hermenêutica gravitando, agora, já não mais em torno da

---

<sup>1</sup> Estas alterações vieram a alterar profundamente os valores da *segurança, previsibilidade (do que virá a ser decidido)*, pois nosso tempo assumiu valores em parte expressiva diferentes daqueles que presidiram o individualismo e o liberalismo.

vontade do legislador, senão que procurando entender a vontade da **lei**, i.e., passou-se a admitir a interpretação teleológica<sup>3</sup>. Essa mutação no âmbito da hermenêutica acabou prevalecendo, e esse entendimento, oriundo da Alemanha, explicava-se porque esta já sobrepujava a França em prestígio no campo do direito.

Refere-se Cappelletti (1992, p. 40 e ss.) aos limites possíveis ou ao espectro limitado da interpretação nessa época. Pode-se – neste particular, atentos às origens do Tribunal de Cassação francês, decorrente da lei de 19.11.1790 –, dizer que o escopo da atividade jurisdicional (no dizer de P. Foriers) era o de assegurar-se “um controle da lei, do seu conteúdo, de sua observância (...) com o fito de salvaguardar a obra legislativa” (PERELMAN, 1979, p. 75). Em relação ao que se disse, deve-se remarcar que o objetivo era o de preservar a lei, com o significado perdurável e preciso tal como no momento em que havia sido editada. De certa forma, nesse contexto, ficava fora da possibilidade de um controle eficiente tendo em vista o referencial do direito constitucional, como irá se acentuar. É o que observa Cappelletti (1990, p. 291), debitando essa situação à ausência, *na Europa*, de um sistema eficaz de controle da constitucionalidade.

Disse Ripert (1949) que, com o Código de Napoleão, o reinado do direito começava e que o Código Civil francês foi, durante muito tempo, havido como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se poderia tocar “com a mão trêmula”. A ideia de segurança ligava-se em grande parte à de *previsibilidade* e muito mais à de *manutenção do status quo*.

O que parece ser legítimo dizer-se é que os *Códigos* “eram mais importantes” que as Constituições, no plano prático. Se as Constituições consagravam direitos, cujo perfil e qualidade foi evoluindo ao longo do tempo, na realidade, pode-se dizer que no século XIX a eficácia das normas constitucionais *restavam represadas ou podiam ficar represadas pelo legislador ordinário*, dado que, se este não criasse condições ordinárias para a eficácia daquelas, não passariam de *normas programáticas*, cujo destinatário era o legislador ordinário. É manifesto o paradoxo, porque o legislador ordinário *limitaria o constituinte*.

A noção, inclusive *histórica*, de que as Constituições se sobrepõem ao direito ordinário, sempre foi verdadeira, mas custou para vir a ser praticada, como nos dias correntes, através de uma evolução que se iniciou no sistema europeu no limiar do século XX, exceção feita à situação dos Estados Unidos, onde as Constituições nasceram com a grandeza prática que somente ao longo do século XX vieram a ter no continente europeu. Lembrou, com

---

<sup>2</sup> Para um enfoque lapidar a respeito de *princípios*, v. Wambier (2008, itens 3.1, 3.1.1, p. 61 e ss. e *passim*).

oportunidade ímpar, Alves (1987, p. 5), quando da instalação da Constituinte que: “De há muito se encontra no pensamento jurídico o postulado da supremacia de normas fundamentais. Sob formas diversas, ela já existe na Idade Média. A distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino remonta, quando menos, ao século XV”.

## 1.2. Do liberalismo ao Estado Social

Se o liberalismo foi um *Estado absenteísta* deliberadamente não intervindo na vida social, é certo que esse modelo marcava a “vocação” dos legisladores ordinários.

As fraturas que vieram a ocorrer em diversos segmentos no seio das sociedades, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, comprometendo o liberalismo, evidenciaram que largos setores da sociedade vieram a padecer dos males do liberalismo. Isto não significa que o liberalismo não tenha incorporado à civilização conquistas que perduraram, como, entre outras, a separação de poderes e o princípio da igualdade.

Pode-se ainda ter presente que o término da Grande Guerra – que muitos simbolicamente identificam como o *fim do século XIX* – acabou por ser o momento em que se constatou a queda do Estado Liberal e a assunção do modelo do Estado Social, de que é o exemplo marcante o da Constituição de Weimar.

Este novo modelo do Estado refletiu-se na CF de 1934. Entre nós, foi pela Constituição Federal de 1934 que vieram a ser objeto de previsão os direitos sociais, no seu Título IV do Capítulo II, e, no âmbito do processo, resultou consagrado o mandado de segurança, inserido na parte das *garantias individuais*. Na redação dada ao texto se percebe que a criação deste instrumento mandamental teve presente a dicotomia entre ação dominial (ordinária) e as ações possessórias, havendo referência mesmo às *ações petitórias competentes*, i.e., das que pudessem ser ulteriormente promovidas. É que não se conheciam modelos que não fossem predominantemente os referentes ao direito privado, tal como esse do juízo possessório e dominial<sup>4</sup>. Foi igualmente consagrada, no campo do processo pela CF/1934, a ação popular, instrumento atribuído aos cidadãos para *evitar lesões* ao patrimônio público. O primeiro, medida de proteção de direito individual, e, a ação popular<sup>5</sup>, medida para fiscalizar a

---

<sup>3</sup> V., sobre isto, Larenz (1997, p. 42-43).

<sup>4</sup> Dispunha a CF/34 no seu Art. 113, 33: “33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”.

<sup>5</sup> Dispunha o art. 113, 38, da CF 1934: “38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

legalidade de atos administrativos, em defesa a direitos que, em última análise, pertencem à coletividade dos cidadãos (patrimônio dos entes políticos da época).

### **1.3. As Constituições como diplomas consagradores de direitos e sistemas de controle (controle da constitucionalidade)**

As constituições sempre consagraram direitos. Variou o significado e a função dos direitos que têm sido objeto de proteção. Assim também as declarações de direitos<sup>6</sup>. Se as primeiras constituições se preocuparam em proteger os indivíduos contra o Estado, posteriormente chegou-se à conclusão de que do Estado não se poderia prescindir, e foi a Constituição de Weimar que, mantendo os direitos individuais, a estes somou os chamados direitos sociais<sup>7</sup>.

Assim, sucessivamente às Constituições típicas do liberalismo – em que se abdicava de interferir na vida social –, e surgindo a consciência de que determinadas situações haveriam de ser protegidas, por obra do legislador, isso passou a ser feito originariamente através das próprias Constituições, com a previsão de proteção aos direitos sociais, abrigo dos direitos fundamentais oriundos das relações de trabalho, referentes à habitação, à saúde, à educação etc. Naturalmente, a previsão desses direitos levava a mudanças na legislação ordinária.

O que parece ser perceptível é que a consagração de direitos sociais não leva à exclusão de precedentes direitos, senão que o que existe é cumulatividade dos precedentes com os sucessivos, naturalmente, com a necessária acomodação proporcionadora da possibilidade de convivência desses direitos. Denominaram-se os *direitos contra o Estado* de *primeira geração*; os *direitos sociais* foram nominados de *direitos de segunda geração*.

E, nos dias contemporâneos, as Constituições vieram a dotar o Estado de instrumentos destinados a uma proteção maior de grandes partes da sociedade. Vieram então ser consagrados os direitos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor e outros de calibre menos significativo, cuja titularidade é *coletiva*. Desses, no plano do direito interno devem ser apontados os chamados *interesses e direitos difusos e coletivos*, servindo-nos da classificação objeto de lei entre nós<sup>8</sup>. Cuidam-se dos *direitos de terceira geração*. A previsão desses direitos conduziu ao desenvolvimento, no plano do processo, das *ações coletivas*.

---

<sup>6</sup> Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, esta noção vinha estampada no seu texto (art. 16): “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.”

<sup>7</sup> Deve-se *lembrar* que, anteriormente à Constituição de Weimar, a Constituição Mexicana de 1917 igualmente veio a consagrar direitos de caráter social.

<sup>8</sup> É a classificação extraível do que dispõe o art. 81, parágrafo único, nos incisos I a III, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Essas mutações, que levaram à previsão de direitos de segunda e, sucessivamente, de terceira geração, decorreram do que poderia ser designado como *efeitos colaterais*, emergentes da ausência de interferência do Estado no âmbito da sociedade, o que levou à identificação de segmentos expressivos e majoritários no tecido social que se mostraram manifestamente desprotegidos. Com a previsão desses direitos, que se expressavam pelo fim do absentismo do Estado em intervir na ordem social, verificou-se o fim do modelo liberal e a inauguração do Estado Social, de que é o grande exemplo a Constituição de Weimar de 1919, havendo de recordar, no plano da América latina, a Constituição mexicana, anterior àquela e do ano de 1917.

As constituições vieram, então, crescentemente, a consagrar direitos, especialmente os de caráter social. No Brasil inaugurou-se esta previsão de direitos sociais, ao lado dos individuais, com a Constituição de 1934, ao influxo do modelo inaugurado pela precitada Constituição de Weimar.

Diante de uma nova consciência do Ocidente em relação ao papel das Constituições – exceção feita, como já assinalado, aos Estados Unidos, que sempre tiveram consciência aguda do significado *prático* de sua Constituição –, os textos constitucionais passaram a ter mais decisiva e *prática* influência na vida social, “*jugulando mais intensamente*” o direito ordinário.

Como já se disse, somaram-se a isso os sistemas de controle de constitucionalidade, em que veio se estabelecer praticamente a possibilidade de avaliação das leis ordinárias com o texto constitucional, com vistas à compatibilidade daquelas com este, e a supressão das leis inconstitucionais. Em muitos casos, nos dias contemporâneos, ocorrem aplicações diretas dos textos constitucionais.

Isso, todavia, exige a máxima cautela, devendo-se atentar para a observação de Alexy (2001): “Se o Judiciário pretendesse resolver os conflitos privados valendo-se apenas da Constituição e fazendo *tabula rasa* da legislação ordinária, ele agiria de forma incompatível com a proteção da segurança jurídica”. Se o juiz assim agir “pesará sobre ele o ônus da argumentação, pois terá de demonstrar que a solução alvitada pelo legislador não proporciona a tutela do direito fundamental exigida pela Constituição” (ALEXY, 2001, p. 523).

Mas superou-se, de certa forma, um profundo paradoxo, consistente em que os textos constitucionais – especialmente os instituidores de direito – careciam, praticamente sempre, de regulamentação ordinária. Esse paradoxo consistia em que o legislador ordinário *continha*

o constituinte, salvo a hipótese deste mesmo subordinar a vigência do texto constitucional a uma regulamentação infraconstitucional.

Pode-se afirmar que houve, de fato, a afirmação prática da supremacia constitucional sobre as normas jurídicas, sob diversas perspectivas, que serão abordadas nos tópicos subsequentes: a) à valorização da Constituição seguem-se novos critérios e princípios hermenêuticos que propiciam formas de controle e efetivação das normas jurídicas à luz da Constituição<sup>9</sup>; b) à criação dos novos direitos, provenientes da interferência estatal em prol dos direitos sociais e coletivos, segue-se a criação de novos instrumentos de tutela de direitos e, bem assim, o reforço na aplicação dos instrumentos já existentes; e, por fim, c) a própria constitucionalização, no plano da realidade prática, dos direitos individuais já existentes, reforça os instrumentos e princípios protetivos.

## **2. O papel contemporâneo das Constituições e um ângulo da evolução da hermenêutica – O princípio da proporcionalidade**

### **2.1. A normatização dos princípios e o papel do princípio da proporcionalidade como estipulador de parâmetros de interpretação e controle de constitucionalidade**

A chamada *constitucionalização do direito*, especialmente estudada nas relações entre o *direito civil* e o *direito constitucional* – mas que absolutamente não se esgota nesse âmbito –, apenas denota a importância desse fenômeno de maior e mais significativo “peso” das Constituições sobre o direito infraconstitucional. Por exemplo, há decisões entre nós que chegam ao ponto de, em nome da *função social*, deixar mesmo de aplicar o direito ordinário, em determinadas circunstâncias.

Há institutos que sempre tiveram sede de disciplina no direito civil e, atualmente, encontram também disciplina na Constituição Federal. Igual sorte mereceram institutos de natureza processual, com o efetivo reforço de direitos e garantias formais pela Constituição.

O surgimento de diversos direitos e garantias de índole constitucional, assim como o soerguimento de outros a tal estatura, conduziu, pois, o intérprete do direito à necessidade de

---

<sup>9</sup> Um exemplo que nos parece expressivo é o da modificação do entendimento da Corte de Cassação italiana em face da norma do art. 833 do Código Civil italiano (rigorosamente correspondente ao § 2º, do art. 1.228, do Código Civil brasileiro). Nos primeiros momentos entendia-se que, afetado um terceiro pelo exercício do direito de propriedade, o proprietário não poderia ser havido como tendo agido *emulativamente* (à luz do art. 833 do Cod. Civ. it.), se o seu agir tivesse para ele “qualquer utilidade”. Sucessivamente à promulgação da Constituição italiana, que no seu art. 42 consagrou o princípio de que a propriedade deve observar sua função social, alterou-se o entendimento, de tal forma que se haverá de avaliar – à luz do princípio da proporcionalidade – o grau de utilização da conduta do proprietário em relação à extensão com que o terceiro é afetado. Ou seja, o texto constitucional influenciou decisivamente na alteração do entendimento do direito privado (PATTI, 1999, p. 19).

rever o modo de aplicação das normas infraconstitucionais, interpretando-as *bem mais intensamente* à luz da Constituição Federal.

Nesse contexto, os princípios constitucionais ganham especial relevo, tanto pelo reconhecimento de sua caracterização como verdadeiras *normas*, como também por sua importância no âmbito da hermenêutica<sup>10</sup>. Dentre todos os princípios constitucionais, sublinha-se aqui a importância do princípio da proporcionalidade, porquanto destina-se à própria aplicação do direito (particularmente o constitucional, mas também o infraconstitucional), influenciando seus critérios na interpretação dos demais princípios e das regras.

De fato, o princípio da proporcionalidade constitui-se num genuíno epílogo do grau de influência das Constituições sobre os ordenamentos jurídicos, ao permitir que se identifiquem parâmetros *mais profundos e “sofisticados”* de interpretação e controle da validade das normas jurídicas. Esses consistem em que, a partir da previsão constitucional de determinados direitos, particularmente valorizados – os direitos fundamentais, principalmente –, não é legítimo, por inconstitucionalidade, ao legislador ordinário estabelecer restrições injustificáveis em relação àqueles.

É interessante observar-se que não se aplica esse princípio, exclusivamente, na estrita e rígida submissão da lei à Constituição, senão que também no direito administrativo (de resto, onde foi originariamente concebido ou idealizado), no direito penal, onde comporta vasta aplicação, e, igualmente, em outros ramos do direito.<sup>11 - 12</sup> Em texto enviado ao Ministro da Justiça, que teria sido o § 2º, do art. 273, do Código de Processo Civil, se levado adiante, surpreendia-se o critério da proporcionalidade<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> No Brasil, as novas concepções dos princípios como normas efetivas e as técnicas para sua aplicação e diferenciação das regras jurídicas têm como principais referências as obras de Robert Dworkin (2002) e Robert Alexy (2001), amplamente utilizadas pelos estudiosos brasileiros na análise da nova hermenêutica constitucional.

<sup>11</sup> V. Correa (1999).

<sup>12</sup> Em recente obra, Canaris (2003, p. 91 e ss.) refere-se a inumeráveis exemplos assentados, total ou parcialmente, no critério da proporcionalidade. Nessa obra o autor aborda assuntos, também, estribado no critério de “princípio da insuficiência”, ou seja, quando o legislador ordinário se omite em disciplinar aquilo que deveria ter feito, ou, fazendo-o, o faz insuficientemente em relação à significação e à grandeza do direito fundamental. Como exemplo, indique-se o que está às p. 91 e seguintes, tendo em vista a relação entre a Constituição e o direito ordinário, à luz de pretensão de filho, nascido fora de casamento, dirigida contra a sua mãe, com vistas à obtenção de dados de identidade sobre a pessoa do seu pai biológico. Às p. 92 e 93 são *sopesados* todos os valores em jogo, ponderando o autor em que medida “o resultado depende de considerações situadas ao nível do direito civil, e não de uma ponderação de direitos fundamentais especificamente jurídico-constitucional”.

<sup>13</sup> Lia-se aí a respeito de poder ou não poder ser concedida tutela antecipada, cuja concessão se mostrasse irreversível ou eventualmente irreversível: “Art. 273. § 2º A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor”. Atualmente, diante do bem jurídico postulado, admite-se abertamente a irreversibilidade do provimento antecipatório sempre que se puder verificar que o

O princípio (ou máxima) da proporcionalidade conecta-se estreitamente com a teoria dos princípios. A máxima da proporcionalidade, segundo Alexy (2001), desdobra-se em máximas parciais, quais sejam, a da (i) adequação, a da (ii) necessidade (postulado do meio mais benigno) e a da (iii) proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2001, p. 111). De outra parte, segundo este mesmo autor, “princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2001, p. 112).

É por isso que alguns autores, comparando o chamado princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, afirmam que este vai além do que aquele alcança. Como esclarece entre nós Pontes (2000, p. 190-191), aqui, no campo do princípio da proporcionalidade, não se exige apenas “que a atuação estatal e a decisão jurídica sejam razoáveis, mas que sejam os melhores meios de maximização das aspirações constitucionais”. A esse respeito, discorreremos com vagar mais à frente.

Para Bonavides (1993, p. 315), o princípio da proporcionalidade objetiva “instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso”. Sucessivamente, diz:

Trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas (BONAVIDES, 1993, p. 315).

Barroso (1996), abordando esta temática em relação a assunto *paralelo*, ou seja, com referibilidade ao princípio da razoabilidade, diz que

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão exclusivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. (BARROSO, 1996, 205-206).

Lima (1999) afirma que o princípio da proporcionalidade enseja a procura de um equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem, fazendo brotar, na jurisprudência e doutrina pátrias, análises que ora chamou de

---

sacrifício ao contraditório é justificável diante da grandeza do iminente prejuízo daquele que requer a medida. Confira-se, ao ensejo, Arruda Alvim (2008, p. 143 e s.), de onde se pode extrair a perpetuação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade nas hipóteses do art. 273, § 2º, do CPC, a despeito da proibição taxativa da lei vigente.

razoabilidade, ora de proporcionalidade, não só da atuação administrativa, mas também legislativa (LIMA, 1999, p. 273-276).

Mendes (1994) – que no seu texto a seguir refere-se a ambos os princípios como sinônimos –, vendo, já há algum tempo, o princípio (da proporcionalidade) como consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disse: “o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, LIV)”; afirma, a seguir, que há “de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)” (MENDES, 1994, p. 469-475).

Conforme ainda ressalta Mendes (1998, p. 39), subsidiado por forte aparato doutrinário alemão, o pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas pelo Estado mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos e que, portanto, o meio gravoso concretamente utilizado não merece censura. Assim, apenas o que é adequado é necessário, mas nem tudo o que é adequado pode ser necessário.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim a ser atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

## **2.2. A nova conformação do ordenamento e o papel do princípio da proporcionalidade como balizador das atividades – ampliadas – do juiz na interpretação de preceitos indeterminados e no controle de constitucionalidade das normas constitucionais e infraconstitucionais**

O contexto da crescente importância que vem adquirindo o princípio da proporcionalidade se deve a uma evolução profunda do direito, em cujo evoluir se surpreendem especialmente: (a) engrandecimento crescente e paulatino da figura do juiz (e, daí, o **engrandecimento do Poder Judiciário**, sublinhando-se nesse contexto a significação das supremas cortes), tomando-se como lapso temporal em que isto ocorreu, desde o limiar da Revolução Francesa até nossos dias; (b) alteração *paralela* do tecido

normativo, em que o legislador acabou por modelar, em *pontos centrais*<sup>14</sup>, o sistema jurídico, com a utilização de conceitos vagos e de cláusulas gerais, objetivando atribuir ou liberalizar maior espaço para o juiz, ao lado de imprimir ao sistema jurídico um sentido social, deliberadamente desconhecido nos quadros do liberalismo; (c) particularmente, maior conscientização do papel da Constituição, com significação engrandecida do direito constitucional – ajustando-se uma postura teórica com o seu exigente sentido prático –, que passa a submeter mais rígida e eficazmente a legislação infraconstitucional<sup>15</sup>.

Tendo em vista as considerações precedentes sobre o contexto histórico do século retrasado, sua evolução cambiante para o século passado (item 1.1) e, nesse ambiente, a linha de evolução pela qual passou pelo direito processual civil, podem-se verificar as profundas transformações havidas na relação entre o juiz e a lei, o que veio a significar paulatinamente o engrandecimento dos poderes do juiz e uma compreensão diferente da lei.

Se nos primórdios da Revolução Francesa não se concebia sequer a interpretação literal da lei, sucedeu-se a aceitação de que esta pudesse ser literalmente interpretada para, enfim, chegar-se aos dias atuais, em que a lei é um referencial para o juiz decidir, em cujo âmbito de aplicação – em particular quando haja cláusula geral ou conceito vago – se reconhece um espaço largo de deliberação para a atividade jurisdicional.

Na pauta originária da pregação e da consolidação do liberalismo individualista, podem-se apontar os seguintes pontos: 1º) a lei, a que estão submissos Executivo e Justiça, “tem de

---

<sup>14</sup> Por exemplo, dois institutos centrais do direito, a *propriedade* e o *contrato*. A propriedade era considerada como um direito absoluto (com significado ou *pretense* significado no plano do direito e enfático no plano ideológico ou da crença social), afirmado como posto precedentemente ao Estado, ao qual incumbia respeitá-la e discipliná-la, sem restringir esse direito; e o contrato, em que avultava a *vontade dos contratantes*, valendo *como lei entre as partes* e o que convivía num ambiente de escassas normas de ordem pública e de uma noção *radical* de liberdade, que o Estado era *ausente*. O que se pode afirmar é que, ambos os institutos, *eram rigidamente disciplinados*, a propriedade como direito absoluto e o contrato regrado pela vontade (o que é contratual, é justo (Fouillé)). Atualmente, a propriedade, constitucionalmente garantida (art. 5º, XII, da CF), deve implicar para o proprietário o desempenho de uma *função social* (CF, art. 5º, XXIII, Código Civil; pelo art. 1.228, § 1º, do Código Civil, em que são referidos diversos outros direitos (em rigor, *direitos difusos*), que interferem e delimitam o direito de propriedade *especialmente*, assuntos que estão disciplinados em outros textos de lei). O direito de propriedade *tem de conviver* com esses outros direitos. E o contrato será legítimo quando a sua função social seja observada (art. 421, do Código Civil), sob pena de nulidade (art. 2.035, parágrafo único). Este texto se refere à função social do contrato através da qual não pode ser violada a função social da propriedade, e trata-se de uma hipótese de nulidade *aberta*, i.e., que atribui grande escala de deliberação ao juiz.

<sup>15</sup> Tecendo considerações sobre os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, Lenio Streck observa que: “Até cinquenta anos atrás, alude Ferrajoli, não existia nem no pensamento jurídico e nem no sentido comum a ideia de uma lei acerca das leis, isto é, de um Direito do Direito, sendo inconcebível que uma lei pudesse vincular a lei, sendo a lei a única fonte, e, portanto, onipresente, do Direito: seja fosse concebida como vontade do soberano, seja fosse legitimada como expressão da maioria parlamentar. De maneira que o legislador, na melhor das hipóteses, o parlamento, era sua vez concebido como onipresente; e onipotente era o parlamento em consequência da política, da qual o Direito era o produto e, ao mesmo tempo, o instrumento. Tudo isso se altera, diz Ferrajoli, com a afirmação, ou se assim se prefere, com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais estão subordinadas rigidamente.” (STRECK, 2003, p. 47, e 2005, p. 48)

ser igualmente obrigatória para todos”; 2º) pretendia-se que as “leis do Estado correspondessem às leis do mercado” (HABERMAS, 1984, p. 100-102).

Observa Habermas (1984, p. 262) que, com a transformação sócio-estatal do Estado liberal de direito para o Estado social-democrata, conquanto se tenha operado através da continuação do mesmo Estado, necessária se revelou a intervenção deste, que veio a pretender realizar a “justiça”, diante do “esvaziamento” da concepção liberal de dois dos seus elementos-chaves: a) “a generalidade como garantia da igualdade”; b) “a correção”, isto é, “a verdade como garantia da justiça”, acrescentando-se que isto ocorreu “a tal ponto que o preenchimento de seus critérios formais não bastava mais para uma normatização adequada da matéria”.

Não é implausível enxergar-se na estrutura do processo civil clássico reflexo dessas realidades, marcado que foi pela “indiferença” em relação às situações de que ele se constituiu palco.

De certa forma, o juiz “aumentou” e a “lei” diminuiu, ou seja, a figura do juiz ganhou importância e diminuiu a relevância da lei, *enquanto apenas e exhaustivamente considerada em sua literalidade*; ou seja, ao juiz veio a reconhecer-se o poder de desvencilhar-se da literalidade da lei. A capacidade de penetração do juiz, em relação à lei, é que aumentou, mas certamente balizada por parâmetros.

Mas parece-nos legítimo dizer que, por causa do princípio da proporcionalidade, os textos constitucionais é que se “engrandeceram”, dentro de um contexto mais amplo e crescente de maior significação das Constituições, de tal forma que as leis disciplinadoras de direitos fundamentais haverão de concretizar mandamentos constitucionais precisamente à luz da dimensão neles cunhada.

Possivelmente, a evolução da relação entre o juiz e a lei, que consistiu em que a lei passou a “jugular” menos intensamente a atividade do juiz<sup>16</sup>, deva ser vista como um *ambiente e um rumo antecedentes e mesmo necessários à possibilidade ulterior de utilização do princípio da proporcionalidade*.

Deve-se acentuar, nesse itinerário, marcado pelo crescente engrandecimento da figura do juiz e do Poder Judiciário, mais “próximos” do direito constitucional, que o que se verificou foi uma constante e crescente abertura para uma maior proteção jurisdicional,

---

<sup>16</sup> O que, principalmente, quer-se afirmar no texto é que a própria contextura das leis se modificou, passando o legislador, *em pontos nodais do sistema jurídico*, a utilizar-se de cláusulas gerais e conceitos vagos, deixando, então e por isso, deliberadamente *maior espaço para o juiz*. O legislador, ao fazê-lo, abandona em relação a muitos setores da vida social, por ele disciplinados, normas minuciosas e plenas de elementos definitórios de conduta, e, por isso mesmo, mais intensamente disciplinadoras da realidade objeto da legislação.

fazendo-se com que, cada vez mais, pudessem estar à disposição do juiz, no plano do processo, instrumentos mais ajustados à realização do direito, da restauração do ilícito que houvesse ocorrido e mesmo de caminhos novos para evitar que o ilícito ocorresse ou que se repetisse, e, quando verificado, que viesse a ser minimizado.

A intensidade com que, além da função restauratória do ilícito, passou o Judiciário a procurar evitar *preventivamente* os ilícitos, passando a trabalhar com os chamados *ilícitos de perigo*, mostra, ainda sob esta faceta, o aumento da presença avultada do juiz nas sociedades. Em relação aos *ilícitos de perigo*, i.e., ameaça a direito, com a CF/88 veio a ser estabelecida, inclusive, previsão constitucional, no art. 5º, inc. XXXV, completando-se o velho mandamento constitucional do art. 141, § 4º, da CF/46, mantido nas sucessivas Constituições<sup>17</sup>.

Paralelamente a isto – nos quadrantes da evolução por que passou a relação entre o juiz e a lei –, em pontos de grande importância, nos sistemas jurídicos, passou-se à utilização, cada vez mais frequente, de conceitos vagos ou indeterminados, como já se aflorou, que, sabida, intencional e necessariamente, adjudicam maior poder ao juiz, justamente porque, em tais normas, há menos elementos definitórios da conduta. Sendo o conteúdo da norma mais vazio de elementos, correlatamente, o juiz acaba por ter de preencher espaços.

É certo que esse relacionamento entre o juiz e a lei acaba por implicar a própria releitura do princípio da separação de poderes, pois permite ao magistrado adequar os conceitos legais (vagos) às hipóteses específicas e diversificadas da realidade concreta, sempre à luz dos ditames constitucionais. Esses, os conceitos vagos são, particularmente úteis, senão absolutamente indispensáveis, numa sociedade complexa e heterogênea, dado que os possíveis acontecimentos são *irredutíveis a uma norma minuciosa*.

Parece-nos ter-se reconhecido maior espaço para o juiz, no exame da lei, a partir da conscientização intensificada de que esta deve submeter-se à Constituição<sup>18</sup>, em especial em relação aos direitos fundamentais, viabilizando um controle mais intenso e profundo da constitucionalidade das leis.

---

<sup>17</sup> Ao lado dessa modificação, resultou ainda alterada a redação desse texto, em que se prevê o acesso à justiça, para não mais circunscrevê-la à proteção somente dos *direitos individuais*, senão que abrangendo, também os *direitos sociais* e os *direitos supra-individuais*, conforme salientado linhas atrás.

<sup>18</sup> Nesse sentido, ainda Lenio Streck: “Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. (...) Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (STRECK, 2003, p. 52-53; e 2005, p. 55).

Isso porque, precisamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade, o que se colima, talvez primordialmente, é um *radical* primado por método *refinado* da Constituição, em especial no que concerne aos direitos fundamentais.

Constituiu-se, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade como que – segundo nos parece – um coroamento de toda essa evolução, numa de suas facetas, consolidando-se teoria particular da validade das normas infraconstitucionais, com vistas a um maior e mais eficiente resguardo de direitos fundamentais, que não devem ser “arranhados” ou “minimizados”, pela legislação ordinária, não compatível com a grandeza desses direitos, tais como tenham sido cunhados na Constituição<sup>19</sup>. Trata-se de um rigoroso resguardo desses direitos.

Proporcionou-se, assim, um critério representativo de uma sintonia fina entre textos constitucionais em que se prevêem direitos fundamentais, viabilizando que se identifiquem ou que se flagrem inconstitucionalidades – menos evidentes ou, em tempos passados, menos detectáveis – decorrentes do descompasso entre o significado albergado pelo texto constitucional e não corretamente compreendido ou obedecido pelo legislador ordinário. Por outras palavras, entende-se, hoje, que tais valores constitucionais têm de ser considerados e eficazes na inteireza com que hajam sido assumidos e protegidos pela Constituição, havendo, por isso, para o conteúdo da lei ordinária, critérios preordenados a que isso não ocorra.

Com isso, quer-se que não haja restrições a direitos fundamentais *desnecessariamente*, i e., que a disciplina, por lei ordinária, não seja inadequada à preservação da inteireza de tais direitos; eventuais delimitações haverão de considerar o equilíbrio ou a proporcionalidade entre dois direitos fundamentais.

Em decorrência, o Judiciário deve ser considerado também, senão fundamentalmente, como uma *longa manus* expressiva do constituinte, na fiscalização dessa rigorosa congruência entre as leis ordinárias concretizadoras de mandamentos constitucionais em relação ao que a Constituição a respeito dispõe. O princípio da proporcionalidade presta-se, sob essa ótica, a

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, ainda: “Trata-se, enfim, segundo o jurista italiano (Ferrajoli), de um câmbio revolucionário de paradigma no Direito: alteram-se em primeiro lugar, as condições de validade das leis que dependem do respeito já não somente em relação às normas processuais sobre a sua formação, *senão também em relação às normas substantivas sobre seu conteúdo*, isto é, dependem de sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição; em segundo lugar, altera-se a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei, que já não é, como no paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, senão que é uma sujeição, sobremodo, à Constituição que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e sua declaração de inconstitucionalidade; em terceiro, altera-se o papel da ciência jurídica, que, devido ao câmbio paradigmático, resulta investida de sua função à não somente descritiva, como no velho paradigma paleojuspositivista, senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto; crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que exigem para superá-las; altera-se, sobremodo, a natureza mesma da democracia.” (STRECK, 2003, p. 47 e 2005, p. 48-49).

balizar a validade das normas infraconstitucionais quando, através destas, se estabeleçam restrições desnecessárias ou desproporcionais a direitos e garantias de índole constitucional.

Deve-se ponderar, contudo, que o controle ensejado pelo princípio da proporcionalidade não se restringe à análise abstrata das normas, por ser possível que, no plano concreto, uma norma formalmente válida (i.e. constitucional, em tese) possa infringir a Constituição quando aplicada a uma hipótese específica.

Para essas hipóteses de inconstitucionalidade da aplicação da norma em casos específicos – que pela doutrina foram denominadas *hard cases* (casos difíceis) –, aplicam-se as teorias relativas à ponderação das normas constitucionais, que possibilitam a análise da constitucionalidade das normas em cada caso específico, por um processo intelectual que “tem como fio condutor o princípio constitucional da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*” (BARROSO, 2003, p. 301). A título exemplificativo, o autor identifica alguns dos principais temas constitucionais cujo equacionamento depende da ponderação de valores — ou seja, da utilização dos parâmetros ofertados pelo princípio da proporcionalidade –, que bem ilustram a importância da proporcionalidade como balizadora da atividade judicial:

(i) o debate acerca da relativização da coisa julgada, onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros; (ii) o debate acerca da denominada ‘eficácia horizontal dos direitos fundamentais’, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais; (iii) o debate acerca da liberdade de imprensa, liberdade de expressão e o direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada (BARROSO, 2003, p. 301).

O que se percebe é que a incidência do princípio da proporcionalidade, ao mesmo passo em que amplia a margem de atuação do órgão jurisdicional na aplicação do direito – que há muito deixou de refletir a previsão fria da lei infraconstitucional –, fornecendo ao juiz parâmetros que, embora não possam ser considerados totalmente objetivos, reduzem significativamente a subjetividade da interpretação das normas jurídicas.

Desse modo, a análise do alcance e significado dos conceitos jurídicos indeterminados, bem como o controle da validade e eficácia das normas jurídicas, deve se orientar pelos critérios de adequação e necessidade precedentemente descritos, de forma a evitar-se o sacrifício desnecessário de direitos e garantias constitucionais em detrimento de valores menos relevantes.

### **3. A gama hodierna dos direitos objetos de proteção constitucional e os princípios e instrumentos destinados à proteção desses direitos**

#### **3.1. A Constituição Federal brasileira de 1988 e as modificações estruturais destinadas à salvaguarda do ordenamento jurídico brasileiro**

A Constituição Federal de 1988 representou uma retomada da ideia de crença e de realização de uma prática democrática plena. Valorizou aspectos sociais do direito, procurou descartar marcas individualistas (individualistas no sentido de afastar *direitos sociais*) e, do ponto de vista processual, manteve instrumentos precedentes e incorporou outros instrumentos.

Na linha da *constitucionalização de direitos* em que se insere a promulgação da Constituição vigente, as normas relativas à estrutura e organização dos Poderes refletem a necessidade de salvaguardar o ordenamento jurídico, sobretudo no tocante à aplicação das normas constitucionais.

Em relação à estrutura do cume do Poder Judiciário, criou o Superior Tribunal de Justiça, diante da crise do Supremo Tribunal Federal, que crescia, possivelmente, desde os anos 50. A expectativa, manifestamente ingênua, era a de que o Superior Tribunal de Justiça, instituído com competência para julgar todo o direito federal infraconstitucional, desafogasse o Supremo Tribunal Federal.

Verificou-se, diferentemente, que ambos os Tribunais de cúpula vieram a suportar sobrecarga manifestamente absurda e não passível de que dela esses Tribunais possam dar conta; o mesmo se passa com o Tribunal Superior do Trabalho.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, isso veio a ser corrigido com o instituto da *repercussão geral*, filtro destinado a que a nossa mais alta corte somente aprecie o que realmente tem um interesse que transcenda ao das partes. Anote-se que, conquanto a competência do Supremo Tribunal Federal tenha ficado circunscrita a matéria constitucional, em grande escala o crescimento do acesso ao Supremo tornou – apesar da criação do Superior Tribunal de Justiça – inviável o Tribunal, o que possivelmente, ao longo de tempo médio, poderá vir a ser solucionado pela implementação das alterações trazidas pela EC 45.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, igualmente veio a arcar com carga absurda de trabalho, o que se pretende corrigir através da *lei dos processos repetitivos*, i.e., a Lei nº 11.672, de 2008, que institui mecanismo de agilização do processamento e julgamento de recursos especiais, sem a necessidade de alteração constitucional.

Restou mantida a separação de poderes (art. 2º da CF). Os grandes escopos a serem atingidos encontram-se alinhados no art. 3º, onde se percebe o significado social abrangente

perseguido pelo constituinte, em que se lê que o direito deve desempenhar acentuadamente uma função social, inclusive, programaticamente, alterando os quadros da sociedade tal como existente – reduzindo desigualdades dos seus membros e de regiões – à época da promulgação da Constituição Federal.

### **3.2. Os princípios existentes na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação ao processo**

O *devido processo legal*, conquanto pudesse ser percebido ou vislumbrado desde a Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 4º) – mais nitidamente consagrado em relação ao processo penal, no art. 141<sup>20</sup> –, é com a vigente Constituição que esse princípio fundamental, por cujo intermédio se ilumina o processo (e valores essenciais do direito material), e de que, de certa forma, derivam os demais outros princípios que gravitam em torno das garantias que devem ser proporcionadas pelo processo (sem que com isso seja restringido ao direito processual, **pois no inc. LIV, do art. 5º há referência à liberdade e aos bens**), ganha realmente uma genuína dimensão. A Constituição de 1988 prevê esse princípio, especialmente, no seu art. 5º, incs. LIV e IV, que dispõem:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Compreendem-se doutrinariamente, no âmbito desse princípio, a proibição de usar em juízo prova obtida por meio ilícito<sup>21</sup>, o do juiz natural<sup>22</sup>, do contraditório e o do procedimento regular.

Entre nós, o direito constitucional refere-se *especificamente* ao *juiz natural* nos incisos XXXVII e LIII e à inadmissibilidade de utilização em juízo de provas obtidas por meio ilícito no inciso LVI<sup>23</sup>, ambos do art. 5º, CF; a exigência de observância de procedimento regular “deve ser lida” dentro da previsão do inciso LIV, do art. 5º ou deste texto extraída. Essas três

<sup>20</sup> Dispunha o art. 141, nos seus parágrafos 25 a 27: “§ 25 – É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória. § 26 – Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27 – Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”.

<sup>21</sup> Cf. Grinover (1990, p. 60 e ss.).

<sup>22</sup> Em relação ao *princípio do juiz natural*, a CF/88 o prevê especificamente ou ao lado do princípio do devido processo, no art. 5º, incs. XXXVII e LIII: “XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

<sup>23</sup> Dispõe esse inc. LVI do art. 5º da CF/88: “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

hipóteses seriam suscetíveis de serem “lidas” no princípio do devido processo legal, não fosse o tratamento próprio, pois nesse sentido é o entendimento doutrinário consolidado.

Ou seja, esse *princípio do devido processo legal* tem permitido uma leitura ampla. No caso do direito constitucional brasileiro, portanto, os incisos LIII e LVI, do art. 5º, são especificações do princípio. É princípio que se insere no âmbito do processo, quaisquer que sejam as subdisciplinas deste.

No entanto, a leitura desse princípio integralmente deve conduzir – conquanto não seja normalmente esse o tratamento ou abordagem entre nós, como já se adiantou – a uma leitura abrangente, também fora das fronteiras do processo, compreensiva de que nele estão abrigadas também realidades disciplinadas pelo direito material, quais sejam, as que, sintetizadas num trinômio, dizem respeito à *vida*, à *liberdade* e à *propriedade*<sup>24</sup>.

O *princípio do contraditório* significa o direito de poder alegar em juízo tudo que possa demonstrar o direito do que alega (e no âmbito de processo administrativo também), bem como o direito de comprovar esse direito, na medida do necessário; e, principalmente, está implicado por esse princípio o direito a uma resposta do Poder Judiciário em relação a tais alegações e o direito à apreciação pelo juiz da prova que tenha sido produzida.

O *princípio da igualdade* encontra-se previsto no art. 5º, *caput* e inciso I<sup>25</sup>. Literalmente trata-se da previsão de *igualdade formal*, o que não exclui, senão que convive com o dever de tratar desigualmente os desiguais. E, na esteira desse entendimento, desenvolve-se intenso trabalho para virem a ser minimizadas as desigualdades sociais.

Há, em relação à observância ou não do princípio da igualdade, pelo legislador ordinário, considerações amplas no processo – inseridas na interação antiga entre a previsão constitucional da igualdade e a situação em que *hipoteticamente* possa aquela não ter sido respeitada –, destinadas a identificar e a saber em que situações se justifica, ou não, o tratamento desigual estabelecido pelo legislador infraconstitucional.

Na legislação do consumidor, partindo-se da premissa de que o fornecedor é o forte e o consumidor é o fraco, e, portanto, que já estão materialmente desiguais, o legislador procura igualá-los, melhorando a situação processual (e, como se disse, substancial também) do consumidor em relação ao fornecedor. Como exemplo, refira-se a regra do art. 6º, inc.

<sup>24</sup> Entre nós, a propriedade é especificamente garantida no art. 5º, inciso XXII, ao lado da exigência de que seja o seu uso presidido por sua *função social* (art. 5º, inc. XXIII).

<sup>25</sup> Dispõe o art. 5º e seu inc. I: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

VIII, do CDC, que garante ao consumidor “a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.*” Essa regra não é senão o desdobramento do disposto no art. 4º, em que se determina a proteção do consumidor por reconhecê-lo como o fraco da relação jurídica de consumo, ou seja, se prescreve que o legislador deve reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inc. I, do art. 4º do CDC) e que a ação governamental deve ser no sentido de proteger efetivamente o consumidor (inc. II, do art. 4º do CDC). E essa concretização desenvolve o mandamento do art. 5º, inc. XXXII, da CF; e, ainda, outros comandos na CF (art. 149, § 5º), como, também, o significativo comando do art. 170, inc. V (a ordem econômica exige a proteção do consumidor).

No sistema do Código de Processo Civil há também, tradicionalmente (mesmo antes do atual sistema do CPC), a desigualação das partes. Assim, por exemplo, em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público: (a) no art. 188, o prazo para contestar é contado em quádruplo (no que está implicado também o prazo para reconvir, mercê de combinação com o art. 315, do mesmo CPC)<sup>26</sup>. Para recorrer, está previsto para essas mesmas entidades o prazo em dobro (art. 188, CPC)<sup>27 – 28</sup>.

Em relação ao *reexame necessário*, de que o legislador tem diminuído o espectro, vislumbra-se também um *legítimo favorecimento* da parte em relação à qual existe a possibilidade desse duplo exame. Não há aí, propriamente, um efeito devolutivo apenas, senão que o âmbito desse reexame é presidido por efeito *translativo*, ou seja, não haverão de ser reconhecidas preclusões em desfavor daquele em prol de quem ou da situação em que foi instituído o reexame necessário. Afasta-se, todavia, a possibilidade de *reformatio in peius*, em desfavor daquele ou da situação em função da qual existe a possibilidade de reforma dentro do espectro do reexame necessário (é o que está cristalizado na súmula 45 do Superior

---

<sup>26</sup> Se a reconvenção deve ser apresentada concomitantemente à contestação, sob pena de preclusão consumativa, não é plausível supor que apenas à segunda se aplique a dilação referida no art. 188. A prerrogativa em tela é considerada aplicável, pela jurisprudência dominante, à reposta do réu em sentido amplo – o que abrange todas as exceções, a ação declaratória incidental e a reconvenção (NERY JÚNIOR e NERY, 2006, p. 394/396).

<sup>27</sup> De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça — com interpretação destituída de restrições —, a dilação do prazo, prevista no art. 188 do CPC, aplica-se também ao agravo regimental dirigido àquela corte: “A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça (STJ, Corte Especial, j. 27/10/1994, DJ de 711/1994, p. 30050);

<sup>28</sup> A contagem em dobro não se estende, porém, ao prazo para apresentação da peça original do recurso interposto via fac-símile, previsto na Lei 9.800/1999 (Lei do Fax). Nesse sentido: STJ, AgRg no AgRg no REsp 687.361/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 11/10/2005, DJ de 12/12/2005, p. 293; STJ, AgRg nos EDcl no REsp 951677 / MG; Rel. Min. Massami Uyeda; 4ª T.; j. 19/2/2008; DJ de 17/3/2008, p. 1; STJ, AgRg nos EDcl no Ag 833.369/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 24/4/2007, DJ de 7/5/2007, p. 304).

Tribunal de Justiça), pois esse efeito translativo não deve ser entendido a dano do recorrente, e, no caso, ao dano daquele ou da situação protegida pelo reexame necessário. O reexame necessário é, pela doutrina, predominantemente havido como legítimo<sup>29</sup>, diante da pessoa para a qual existe ou em relação à situação para a qual foi previsto.

Em relação à lei especial – a Lei 1.533/51 –, que gerou duas súmulas, do STF e do STJ, no sentido de que o vencido em mandado de segurança não deve pagar honorários de advogado ao vencedor, a doutrina diverge desse entendimento, porquanto nesta está afirmado que não se justifica essa *discriminação*, que conduz a uma ilegítima desigualdade (pois o impetrante, ainda que vencedor, tem de arcar, sem reembolso, com os honorários do seu advogado), além de se criticar o argumento de que, pela Lei 1.533, somente o assunto relacionado com litisconsórcio (art. 19 da Lei 1.533) levaria a aplicação do CPC a essa lei especial, o que não é correto. Essas posições sumuladas<sup>30</sup>, em realidade, colidem com a firme posição oposta da doutrina<sup>31</sup>.

Esse mesmo divórcio existe – e, por fundamentos análogos, de um lado a jurisprudência e de outro a doutrina, que se contrapõem – em relação ao cabimento ou não do recurso de embargos infringentes quando houver voto vencido no julgamento de apelação, em mandado de segurança<sup>32 33</sup>. O que nos parece também, em conformidade com a doutrina prevalecente em ambos os casos, é que não se justifica a não aplicação do Código de Processo Civil, e,

<sup>29</sup> Conquanto a remessa necessária não seja, em si, considerada inconstitucional pela doutrina, registram-se críticas ao modo como vem sendo interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça, isto é, à impossibilidade, acima referida e enunciada na Súmula 45 do STJ, de se proceder à *reformatio in pejus* em relação à Fazenda Pública. Nesse sentido, NERY JÚNIOR (2004) afirma que “mais correta se nos afigura a jurisprudência do TRF 3ª, que entende possível, por exemplo, a majoração dos honorários de advogado em remessa necessária, cuja translação é amplíssima, comportando verdadeiro reexame da sentença e não apenas proteção aos interesses e direitos da Fazenda” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 95). Não é, como se percebe do texto, o nosso entendimento; julgamos correta a súmula 45.

<sup>30</sup> Pelo não cabimento de condenação em honorários de advogado em mandado de segurança, STJ: “súmula: 105 – Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”. STF: Súmula 512: “*Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*”.

<sup>31</sup> A respeito do tema, com absoluta razão, aqueles que defendem a primazia do interesse dos cidadãos sobre o interesse – secundário, diga-se de passagem –, da Fazenda Pública, quando se está diante das ações constitucionais. O argumento do autor é no sentido de que o mandado de segurança – tal como ação popular e a ação civil pública, onde há isenção de honorários ao cidadão, salvo manifesta má-fé –, foi instituído pela Constituição Federal para *proteger* o cidadão contra ato ilegal e abusivo praticado pela administração pública e seus agentes ou delegatários, de maneira que a disciplina deste instrumento deve-se voltar a tal objetivo. Em suma, não há qualquer sentido em privilegiar a Fazenda Pública em caso de sucumbência nesse *writ*, porquanto a prática de ato ilegal ou abusivo não justifica a isenção de honorários (NERY JÚNIOR, 2004, p. 91).

<sup>32</sup> Pelo não cabimento, STJ: “Súmula: 169 – São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança. STF: “Súmula 294: - São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do supremo tribunal federal em mandado de segurança”.

<sup>33</sup> No sentido do cabimento de embargos infringentes em mandado de segurança, em franca oposição ao entendimento dos Tribunais Superiores, cf., dentre outros: Barbi (2000, p. 205-208); Ferraz (1996, p. 188-189); Moreira (2005, p. 527).

entre outros argumentos, pelo princípio da igualdade, porquanto amputar-se-ia injustificadamente os honorários e um recurso, que, se utilizado outro instrumento processual, caberia, uns e outro.

Outro tema que, entre vários, suscita especial discussão acerca da conformidade com o princípio da isonomia processual, diz respeito às restrições impostas à concessão de medidas de urgência contra o Poder Público, em especial pela Lei nº 8.437/1992, com a redação alterada pela Lei nº 9.494/1997. Referido diploma estabelece, no art. 1º, a impossibilidade de se conceder medida de urgência contra o Poder Público, sempre que tal providência for vedada no âmbito do mandado de segurança, como, por exemplo, no caso do art. 5º da Lei nº 4.348/1964. No bojo da ADC 4/MC, o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses de que cogita tal dispositivo, até que se analise a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que lhe atribuiu a redação atualmente vigente (ARRUDA ALVIM, 2008, p. 349).

Na mesma linha restritiva, o art. 2º da aludida norma institui a vedação de se conceder medida de urgência *inaudita* contra o Poder Público, determinando que a Fazenda Pública seja ouvida no prazo de 72 horas sempre que houver contra si requerimento de liminar. A doutrina considera inconstitucional tal disposição, porquanto se cuida de restrição incompatível com a própria natureza do mandado de segurança – ação de rito sumário destinada à defesa dos direitos do cidadão.

Arruda Alvim (2008) propõe que a aplicação de tais dispositivos não se dê de forma a tornar os provimentos almejados ineficazes, ou seja, não se deve dar a tais preceitos “*uma extensão tal, que acabe conduzindo ao perecimento do direito (melhor dizendo, da afirmação de direito) veiculado na petição inicial, adiando-se a concessão de liminar quando houver situação de urgência*”, pois “*se o dispositivo, pura e simplesmente, vedar a concessão de liminar, não há, segundo pensamos, como compatibilizá-lo com o texto constitucional*” (ARRUDA ALVIM, 2008, p. 348). Tem-se aqui, claramente, a busca de uma interpretação conforme a Constituição, embasada no precitado princípio da proporcionalidade: a concessão do prazo de 72 horas para oitiva prévia da Fazenda Pública, prevista na legislação processual infraconstitucional, apenas se justificará se a urgência da situação narrada for tal que se sobreponha ao interesse público de se ouvir o ente fazendário antes de lhe impor medida liminar.

Essa interpretação, como tantas outras que envolvem princípios constitucionais aplicáveis ao processo, bem reflete a crescente influência da Constituição na interpretação das

normas infraconstitucionais e, bem assim, a utilização do princípio da proporcionalidade como balizador das decisões judiciais acerca da interpretação e validade das normas jurídicas.

### **3.3. Os instrumentos tradicionais mantidos e os instrumentos novos da CF/88**

#### **3.3.1. Instrumentos direcionados à proteção dos direitos fundamentais de índole subjetiva**

Os direitos fundamentais surgidos com intensidade e consagrados em diversos textos constitucionais, depois da Segunda Guerra Mundial, constituem-se em ponto central da política e do direito constitucional contemporâneo.

Como já se salientou, os chamados direitos de primeira, segunda e de terceira gerações convivem, uma vez que os de segunda foram somados aos de primeira geração, e os de terceira geração às duas precedentes. Isso reforça o contexto de constitucionalização do direito, na medida em que se verificou um aumento em relação à criação de direitos em sede constitucional, com alteração do perfil dos direitos consagrados que tendem à proteção, não apenas contra o Estado, senão que configuram proteção a bens jurídicos e a situações sociais.

Especialmente para os chamados direitos de terceira geração, no plano da legislação interna, criou-se um sistema coletivo de proteção, uma vez que os chamados interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são insuscetíveis de serem protegidos pelo instrumental processual *clássico* ou, segundo alguns, *individualista*. Até mesmo um sistema clássico, no qual se hajam inserido normas de ordem pública, envergando a posição do juiz, não atende, sob ângulo algum, aos requisitos necessários à proteção de tais interesses e direitos.

Entre os instrumentos destinados à tutela dos direitos fundamentais preexistentes à Constituição de 1988 e por ela mantidos, podem-se citar o *habeas corpus*, o *mandado de segurança individual* e a *ação popular*. Já com relação àqueles instrumentos criados – ou erigidos à categoria constitucional – pela vigente Constituição, merecem destaque a *ação civil pública*, o *habeas data*, o *mandado de segurança coletivo* e a *ação de impugnação de mandato eletivo*. De alguns deles, irá se tratar pormenorizadamente, conferindo-se particular relevo às questões constitucionais que os cercam.

#### **A) A ação popular:**

A Ação Popular, no direito brasileiro, foi, fundamental e historicamente, remédio para a restauração da lesividade perpetrada contra o patrimônio público, quando a essa lesividade se somasse a ilegalidade do ato provocador da lesão. Inserida na Constituição Federal de 1934, foi, em rigor, o primeiro processo de caráter coletivo, em nosso sistema. A partir da ação popular, concebeu-se a possibilidade de o legitimado ativo – no caso, o cidadão –, pleitear

direito que extrapola sua esfera individual, cuja titularidade não se pode afirmar que seja do autor, senão que de toda a sociedade.

Entre nós, a disciplina da ação popular tem etiologia constitucional. Vale dizer, no Império, a Constituição de 1824 trazia previsão deste instrumento, com perfil diferente; e, na República, desde a Constituição de 1934, com exceção da Carta de 1937, vem esta ação prevista no texto constitucional<sup>34</sup>. Nos dias correntes, a previsão normativa na Constituição Federal encontra-se no art. 5º, inciso LXXIII e é regulamentada pela Lei nº 4.717/65.

Teve e tem a ação popular uma dignidade ímpar no sistema, e o bem por ela protegido, ou os bens por ela protegidos, o são através de rigidez normativa bastante grande, i. e., por normas cogentes, com o que se evidenciou um grande descortino do legislador. O legislador cuidou, também, de afeiçoar a disciplina processual ao valor do bem protegido<sup>35</sup>.

No entanto, a ação popular disciplinada pela Lei nº 4.717/1965 não é propriamente a única modalidade de ação popular existente entre nós<sup>36</sup>, e a ação popular constitucional é tradição do nosso direito republicano<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Estava prevista no seu art. 113, inciso 38: “38) *Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios*”. Na Constituição Imperial de 1824 havia a previsão da seguinte ação popular: “Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”.

<sup>35</sup> O legislador, pioneiramente, *então*, previu hipótese de julgamento antecipado (quando não requerida prova testemunhal ou pericial), ainda que sem esse *nomen iuris* (art. 2º, V), o que revela o intuito de solução rápida; no parágrafo único, do art. 7º, estabeleceu-se uma pena, tanto em relação ao merecimento, quando em relação à antiguidade, em relação ao juiz, quando demorasse para proferir sentença além do prazo (art. 6º, VI), o que, igualmente, ostenta que o legislador quis solução rápida; sujeita a pena de desobediência, aos que especifica (art. 8º), quando deixarem de atender, sem justificação, a determinação do juiz em relação ao fornecimento de documentos necessários à instrução da causa; ainda, pelo disposto no art. 9º, se houvesse *absolvição de instância* (hoje, *extinção do processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, II e II, do CPC*), o processo não seria extinto, senão que se daria publicidade ao fato e, dentro do prazo de 90 dias, qualquer outro legitimado (cidadão) poderia prosseguir, ou, então, o Ministério Público, que, nessas circunstâncias seria, também, legitimado. Por fim, idêntica legitimação se verifica – inclusive para o Ministério Público – na hipótese de o autor popular não apelar, quando, então, qualquer cidadão e o Ministério Público podem recorrer (art. 19, § 2º), sendo que o texto legal refere-se a “sentenças e decisões proferidas contra o autor”, no que estão incluídas, também, as decisões interlocutórias.

<sup>36</sup> Encontramos, por exemplo, a ação popular para anulação de ato de naturalização, prevista na Lei 818 de 1949 (art. 35, § 1º) e, bem assim, a ação popular para sequestro e perdimento de bens por atos praticados, em detrimento da Fazenda Pública, isto é, preordenada, esta última, à defesa do patrimônio da Fazenda Pública, estando esta disciplinada pela Lei 3.502 de 1958, no seu art. 5º, § 2º. Todas essas leis referidas e, bem assim, a Lei 4.717 encontram um denominador comum, qual seja, o consistente em que qualquer *cidadão* tem legitimidade para acionar o Poder Judiciário e pleitear a obtenção dos efeitos previstos nessas leis.

<sup>37</sup> Sucessivamente à Constituição Federal de 1946, seguiu-se o texto do art. 150, § 31, da Constituição Federal de 1967: “§ 31 – Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”; e, sucessivamente, o do art. 153, § 31, da Constituição Federal de 1967, Em. 1/69, no seu art. 153, § 31, com a mesma redação.

Se passarmos topicamente os olhos pela história do direito, constataremos que a ação popular não se constitui propriamente numa novidade recente dos sistemas jurídicos contemporâneos e, bem assim, não é ela uma novidade no próprio sistema jurídico brasileiro.

No que diz respeito, por exemplo, ao direito romano, verificaremos que já existia, digamos assim, a possibilidade de dissociação entre o titular da ação e do alegado direito subjetivo colimado, pois que o alegado direito subjetivo podia não dizer respeito ao autor.

Portanto, o autor acionava a Jurisdição, impulsionado por um interesse que não era sinônimo ou coincidente com um interesse pessoal seu, que deste não decorria ou que a este não se sobrepunha, isto é, defluente de um agir necessário à proteção do seu patrimônio (no seu patrimônio no sentido “bens” ou no seu “patrimônio” moral). Por exemplo, a ação para que se limpasse a via pública, a ação para que se modificassem determinadas construções, etc., eram expressões concretas de descoincidência entre a ausência de maior *interesse pessoal* do autor e a situação concreta em nome da qual agia, e, se assim era e se assim podia fazê-lo, esta circunstância (ausência de simetria entre a situação de fato pessoal e o direito de agir) não obstava que se admitisse, em hipóteses determinadas, o reconhecimento, pelos sistemas jurídicos, de interesse de agir em juízo por alguém apenas tênue ou topicamente relacionado com tal situação fática.

A ação para fazer com aquele que tivesse tirado pedras divisórias de prédios, ou seja, quando se tivesse, objetivado por isso, confundir limites entre eles, ensejava legitimidade a qualquer um do povo, o que evidencia que, nesses casos, se entendia que a limitação dos edifícios era representativa de um bem público, no sentido de que a delimitação da propriedade transcendia ao interesse daquele proprietário, que, eventualmente, tivesse sido prejudicado.

Ainda há que se recordar o chamado interdito de *homine libero exhibendo*, que guarda uma certa semelhança com o *habeas corpus* contemporâneo, e que, portanto, encontra a sua etiologia ou o seu ponto histórico mais remoto no direito romano.

Várias teorias explicativas da ação popular haurem sua inspiração no direito romano. No sentido de se tentar categorizar, sob um denominador comum, qual seja o significado dessas ações que, evidentemente, fugiam à regra geral (legitimidade só de alguém quando estivesse pessoal ou materialmente envolvido numa situação concreta), verifiquemos quais as principais construções. Encontramos ações populares pretorianas, que eram ações criadas, e *criadas*, no sentido pleno e real da expressão, pelo Pretor, sabidamente em decorrência do grande poder que lhe era outorgado, inclusive com respeito à própria criação de institutos jurídicos. Coexistiam com essas criações pretorianas as chamadas ações populares legais, decorrentes, portanto, de textos legais romanos.

Ainda distinguiam-se as ações populares das demais ações no que tange ao modo do seu exercício. Coexistiam com essas ações populares, que tinham uma feição e uma fisionomia similar à nossa ação cominatória, as *interdicta populares* (BONFANTE, 1934, p. 464), que guardavam certa similitude com as ações possessórias, embora classicamente reportadas estas às coisas corpóreas.

No que diz respeito à natureza jurídica das ações populares no direito romano, poderíamos apontar as seguintes opiniões: 1. alguns as entendiam como tendo natureza penal, dado que, geralmente, acompanhava a procedência dessas ações a imposição de uma pena (BONFANTE, 1934, p. 412; SCIALOJA, 1954, p. 477-478); daí possivelmente ter esse autor pinçado esse aspecto e cunhado essa natureza jurídica, naquilo que entendeu como descritivo do significado maior da ação popular romana; 2. outros lembram que o interesse residia na proteção de uma lesão do interesse público, e era esta a opinião do romanista italiano Fadda (1894), e 3. outros, como Bruns, historiador alemão, entendiam que, na verdade, o que se objetivava era a defesa do interesse público.

Verifica-se que pela própria *ratio* do instituto, basicamente, quer pelo enunciado ou pela descrição de tais ações, quer pela sua própria natureza jurídica, e pelas teorias que procuram explicar essa mesma natureza jurídica, que gravitam em tomo do tema, existe, realmente, uma similitude entre tais instrumentos históricos e a ação popular, de que estamos a tratar.

O que se pode dizer, ainda num plano histórico, é que no direito intermédio houve como que um “recesso” desse tipo de ação. Trata-se de uma consequência histórica, correlacionável com o despotismo e a ausência de maior institucionalização que existiu na Idade Média, como, ainda, pela atomização do poder político, o que conduziu à inexistência de Estados.

O pressuposto sócio-cultural para que se possa disciplinar a ação popular é o de que o povo possa se manifestar por canais jurídicos. Em tempos mais recentes, principalmente a partir do século XIX, e, especialmente, a partir de uma democratização – utilizada aqui a palavra no sentido de democratização já emergente da Revolução Francesa –, encontramos ações populares no direito comparado que apresentam uma fisionomia, agora efetivamente bem mais próxima à da nossa ação popular.

Assim, na Bélgica, ter-se-ia estabelecido uma modalidade de ação popular em 1836; na França, em 1867; na Inglaterra existem as ações populares; na Itália também, desde 1859. Então, rigorosamente, desde antes da própria criação política da Itália até hoje, têm tido aí as ações populares o escopo de discutir problemas de eleições e de ensejarem o caminho jurisdicional contra atos praticados por organismos de natureza administrativa, através de uma ampla abertura do espectro da legitimidade.

No direito brasileiro do século retrasado, entendia-se que valiam algumas regras romanas, ou seja, algumas daquelas regras a que há pouco nos referimos.

No século retrasado, ainda, a ação popular foi objeto do art. 157 (v. nota 34) da Constituição Imperial de 1824. Esse artigo criou uma ação popular dirigida contra a prevaricação de juízes, e poderia ela ser proposta por qualquer um do povo. O texto constitucional brasileiro convivia, segundo a lição dos historiadores, com parte dos textos romanos, que se reputavam vigentes entre nós durante a época das Ordenações.

Com o advento do Código Civil de 1916 – sabidamente marcado por um profundo individualismo, o qual, no tema da legitimidade cristalizou a noção no seu art. 75 – negava a doutrina a possibilidade de ações populares, calcadas no Código Civil, o que significou que, a partir do Código Civil até a Constituição de 1934, negou-se a possibilidade deste tipo de ação, e só com a Constituição Federal de 1934 veio a ser consagrada a ação popular. Esta consagração se insere no fenômeno de que significativas mudanças no sistema jurídico brasileiro e em outros vieram a ocorrer a partir do direito constitucional, lembrando, ainda, que a Constituição Federal de 1934 inseriu em nosso sistema, também, a função social da propriedade e o mandado de segurança (com caráter de proteção de direito individual).

Tratava-se, todavia, e na verdade, de uma inteligência extremamente individualista do sistema jurídico, praticamente *excludente* de um significado transindividualista, dado que, nem pelo fato de constar do art. 75, do Código Civil de 1916, que a todo direito correspondia uma ação que o assegura, ficar-se-ia necessariamente inibido de se disciplinar a ação popular, cujo regramento conviveria – *como veio a conviver* –, com a regra do art. 75, citado. Não era um mandamento que, *per se*, excluísse a ação popular, curialmente; e, depois da Constituição Federal de 1934, o argumento ficou destituído de qualquer valor, pois um código não poderia interferir em mandamento constitucional.

Pode-se apontar, todavia, nessa linha histórica, a Lei baiana nº 1.384, de 1920, elaborada e promulgada quando aos estados federados cabia competência para legislar sobre processo, e que era uma lei ensejadora de que qualquer município poderia acionar o seu município, servindo-se do direito de ação, em nome e por causa de interesse dos negócios municipais.

Com a Constituição de 1934, no seu art. 113, § 38, afirmou-se essa tendência e ganhou ela sede e dignidade constitucionais. Previu-se a ação popular para a anulação e decretação de nulidade de atos que dissessem respeito à União, aos Estados e ao Município. Vale dizer, referiu-se a CF de 34, exclusivamente, às pessoas políticas, diversamente do que passou a ocorrer com vários textos sucessivos, inclusive constitucionais, eis que estes últimos

alargaram a amplitude de legitimidade passiva no que diz respeito à possibilidade de ação popular, pois que, no início, tinha-se um campo de abrangência ainda relativamente pouco amplo; como, ainda, os outros organismos que vieram a ser objeto da ação popular, na década de 30, não tinham a importância que vieram a ter.

Quando da discussão do projeto constitucional que se cristalizou nesse art. 113, se debateu muito no Brasil a respeito de utilidade do remédio. Clóvis Beviláqua foi um dos que contra o projeto se manifestou, pois entendeu que suficiente seria a fiscalização pelo Ministério Público, e que significado ou sentido não tinha o estabelecimento de uma ação com esta esfera de legitimidade tão ampla. Manifestamente, era um homem marcado por uma profunda e radical visão individualista da ordem jurídica, contra a qual evidentemente se insurge todo um sistema que enseje o aparecimento da ação popular, exatamente porque se insere num quadro ou num contexto nitidamente não ou não tão individualista.

Sucessivamente, foi a ação popular prevista na Constituição de 1946, no art. 141, § 38, e, em 1967, no art. 150, § 38, não mais se especificando os sujeitos passivos, mas, em se utilizando o legislador constitucional da expressão *entidades públicas*; essa última dicção permaneceu como redação, na Constituição Federal de 1967, Em. 1/69, constante do seu art. 153, § 31. E a especificação das entidades em que se possa vislumbrar a prática de atos que acarretam lesividade à coisa pública somada à anulabilidade ou decretação de nulidade de atos administrativos, se encontra disciplinada no art. 1º da Lei 4.717. A vigente Constituição, nessa parte, refere-se à anulação de atos lesivos ao “... patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe...”.

De maneira que, na evolução do nosso direito, inclusive ao nível constitucional, a contar de 1934 e até hoje, se hipertrofiou o espectro dos legitimados passivos dessa ação. O que, acentue-se, é significativo de um maior enriquecimento do instituto, no que diz com o fortalecimento da tendência para que se dê cada vez mais uma maior proteção ao patrimônio público, embora sempre ao depois da prática do ato que se tenha por anulável e/ou nulo e igualmente lesivo ao patrimônio público.

No que diz respeito a um ponto, que se há de considerar já, agora, à luz do texto legal e à luz da exegese e da dogmática ação popular, poderíamos dizer o seguinte: prevê a Lei nº 4.717 a possibilidade de *anulação* e decretação de *nulidade* de atos *lesivos*. Então parece que se colocam dois elementos fundamentais, como requisitos básicos à configuração do interesse processual, para propositura da ação popular: a) a lesividade; e b) o vício do ato.

A *injuridicidade* do ato jurídico (ato administrativo), assim, se desdobra em anulabilidade e nulidade, e há de estar somada ao fato da *lesividade*. Constam, de outra parte,

do art. 1º, *caput*, todos os legitimados passivos, cuja leitura do texto extravasa até mesmo do âmbito da autarquia, empresas públicas, para compreender também as sociedades de economia mista.

Verifica-se que cresceu, por disposição de lei ordinária, o espectro de abrangência da legitimidade passiva, no que diz respeito à possibilidade de controle dos negócios públicos, tendo em vista o remédio da ação popular.

E evidente – retomando algumas ideias – que não diz, essa ação, com uma pretensão em que se retrate ou em que se objetive um direito subjetivo, ou em que se colime fazer valer uma pretensão individual, mas na realidade o seu escopo é a defesa do patrimônio público. Essa defesa, na verdade, tal como instituída a ação em nível constitucional e infraconstitucional, objetiva fornecer, a todos nós, cidadãos, um remédio para que a administração seja proba e que se consiga através e também da atividade direta dos cidadãos, o quanto possível, uma conduta da administração pautada dentro da moralidade administrativa e informada pelo princípio da legalidade, que não de se refletir em cada ato administrativo que seja praticado.

Pela vigente Constituição Federal a administração há de estar, igualmente, informada pelo princípio da moralidade administrativa.

Do ponto de vista das garantias existentes no sistema brasileiro, poderíamos lembrar que várias modalidades de garantia existem em nosso sistema constitucional. Garantias políticas, cívicas e jurídicas, dentre as quais se insere, ao nosso ver, a ação popular. Ao lado disto há outras garantias constitucionais, como as institucionais, tais como as em que se garante a família, garantias tributárias, no sentido de que se observe a legalidade na imposição do tributo, etc.

Do ponto de vista do enfoque do tipo de controle dentro do qual se insere a ação popular, lembraríamos que, no sistema constitucional brasileiro, encontramos dentro da mecânica e do organograma estatal a possibilidade de vários tipos de controle dos órgãos, como o controle interno, ou seja, os próprios órgãos são controlados pela própria pessoa jurídica de direito público em que se incrustam, a qual se controla a si própria, o que ocorre, por exemplo, com uma autarquia, através de sua própria direção; e há, também, o controle externo, ou seja, *v.g.*, através do qual uma autarquia é controlada externamente por aquele ente da administração “direta”, ao qual ela “geneticamente” está ligada.

Trata-se, portanto, de um controle da legalidade, realizado externamente pelo ente político ao qual pertence a autarquia. Um tem lugar *dentro* da própria pessoa jurídica, tendo em vista órgãos que a constituem; é o controle interno da legalidade; e, o outro, o da pessoa

jurídica (pessoa política) à qual está ligada uma pessoa jurídica de direito público, porque se encontra esta autarquia no campo de gravidade de tal pessoa política.

Temos também o controle político, como é o caso do *impeachment*. E, ainda, o controle jurisdicional dos atos da administração pública; aqui poderíamos lembrar o mandado de segurança, o direito de representação e, transcendendo ao âmbito do controle da administração, ainda, a própria inconstitucionalidade das leis, embora este não diga propriamente respeito à administração em si mesma, senão que a um controle mais genérico da *legalidade* do sistema jurídico, ou seja, a da constitucionalidade das leis, submisso o sistema infraconstitucional à Constituição, fonte *formal e material* de validade primária daquele.

A ação popular, em nosso entender, se insere como o mais amplo instrumento de controle jurisdicional dos negócios e do tráfego do dinheiro público. Abrange, *lato sensu*, todo o patrimônio público<sup>38</sup>. A referência, já em 1977, através da Lei nº 6.513, a bens de valor “artístico, estético, histórico ou turístico” revela a inserção no âmbito da ação popular de bens que, tipicamente, se constituem hoje em bens também defensáveis por ação civil pública – sem prejuízo do cabimento de ação popular –, encartáveis que são na categoria jurídica de interesses ou bens difusos e coletivos (Lei 7.347/85, art. 1º)<sup>39</sup>.

Do ponto de vista da classificação das ações nas conhecidas categorias existentes, diríamos que a ação popular, tendo em vista a perspectiva classificatória ancorada na hipótese de sua procedência, é uma ação mista, no sentido de ser (= poder ser) uma ação constitutiva negativa (ou desconstitutiva) e uma condenatória. Isso porque se trata de ação, quando procedente, que poderá levar à condenação de reposição de pecúnia aos cofres públicos, em razão de ter sido anulado ou decretada a nulidade do ato administrativo que tenha dado margem à lesão.

Sob uma outra classificação, assentada agora no escopo colimado, dizem alguns que as ações populares podem ser preventivas<sup>40</sup>, característica essa que, ao nosso ver, não existe na Ação Popular, tal qual prevista pelo nosso ordenamento jurídico-positivo; supletivas, quando

<sup>38</sup> Ao lado da noção fornecida no art. 1º, *caput*, da Lei 4.717, estendeu-se essa noção para valores que originariamente não se encontravam no texto. Reza o parágrafo único, do art. 1º: “§ 1º Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. (*redação dada pela Lei nº 6.513, de 20/12/77*).

<sup>39</sup> A Lei 7.347/85, poucos anos depois da Lei 6.513, veio a referir-se no seu art. 1º a bens de interesse “... artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

<sup>40</sup> A circunstância do que está previsto no art. 5º, § 4º, da Lei da Ação Popular parece não ser suficiente para entendê-la, ontológica ou essencialmente, como uma *ação preventiva*. Reza o texto: “4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado (incluído pela Lei nº 6.513, de 20/12/77).

alguém propõe subsidiariamente a ação, quando outrem poderia, ou, deveria tê-lo feito, mas não o fez; e, finalmente corretiva.

Entre nós a ação popular é uma *ação corretiva*, porque, por seu intermédio, se objetiva decretar a nulidade ou anulabilidade do ato administrativo, no qual se encontra imantada tal ou qual invalidade, e do qual decorreu uma lesão ao patrimônio público. O fato de o juiz poder mandar suspender o ato impugnado não é suficiente, como se disse – de resto, porque, para as demais ações, em que há essa possibilidade, nem por isso se alojam em tal categoria –, para caracterizar a ação como *propriamente preventiva*.

Do ponto de vista do objeto, encarado o tema em face das categorias do direito processual, e desdobrando, da perspectiva do objeto imediato, isto é, aquele tipo de eficácia que deve imediata e diretamente nascer da sentença (em função do que se pediu), ela é constitutiva ou constitutiva-negativa, ou, como sinônimo da precedente, ainda desconstitutiva<sup>41</sup>. Diga-se que são expressões diferentes, mas atinentes à mesma realidade, pois, ou se anulará, e ou decretará a nulidade, e será condenatória na medida em que determine a restauração do patrimônio público lesado, condenado o réu a tal reposição.

Um problema que impende desenvolver, nesta altura de nossas considerações, é o de se saber se, além da lesividade, é necessário que o ato seja nulo e/ou anulável. A nossa impressão é a de que se colocam essas duas realidades sempre como pressupostos necessários, com fulcro até no próprio texto constitucional. A leitura da Lei 4.717, deixa bastante claro, em seu art. 1º, que haverá de ocorrer a lesão e que o objetivo da ação será o anular e/ou o de decretar a nulidade.

De tal forma que nos parece ser inaceitável que haja uma lesividade sem que o ato que tenha levado a essa lesão seja nulo ou anulável. Por outras palavras, a injuridicidade do ato é indissociável da lesão, não podendo haver lesão sem que o ato padeça de nulidade ou de anulabilidade, salvo na hipótese do art. 4º, da Lei 4.717, porquanto este entendimento decorre da própria lei. Essa nos parece a opinião corrente, e é a nossa opinião. Recentemente, em causa de que fomos advogados, o Superior Tribunal de Justiça, em embargos de divergência, pela maioria de 8 votos a favor e 1 contra, confirmou, com várias declarações de voto esse

---

<sup>41</sup> Originariamente a ação popular era sempre constitutiva e condenatória, se julgada procedente. Em relação à ‘imoralidade’ praticada pelo administrador e que poderá vir a ser anulada ou decretada a nulidade do ato imoral (ainda que não explicitamente prevista a submissão da imoralidade a um *quadro normativo* próprio), é possível que não haja o que indenizar.

entendimento<sup>42</sup>. Esta decisão, em nosso sentir, julgada pela Primeira Seção do STJ vale como sólida confirmação desse entendimento.

Creemos não ser correto o entendimento de que pode haver ato administrativo lesivo e, todavia, jurídico ao mesmo tempo. Isso seria em nosso sentir uma *contraditio in terminis*. Essa posição foi muito bem e exaurientemente examinada numa sentença que, justificadamente, fez fortuna, do então Juiz José Frederico Marques, a qual se encontra publicada na RT 181/836<sup>43</sup>. De maneira que se nos afigura que a anulabilidade ou a nulidade são os vícios fundamentais (essenciais), que, somados, evidentemente, à lesividade, virão a configurar as circunstâncias que ensejem a propositura de ação popular<sup>44</sup>. Recentemente, no já mencionado caso de que fomos advogados<sup>45</sup>, o STJ confirmou essa compreensão dos requisitos para a ação popular, por expressiva votação.

Sob uma ótica submissa ao sistema jurídico positivo, compreensivo do constitucional e do que lhe está abaixo, e que somente tem validade na medida em que com o constitucional for compatível, e que há de ser o enfoque do jurista, *enquanto aplicador da lei*, a anulabilidade ou a nulidade são indissociáveis da *lesividade*. Já os próprios textos

---

<sup>42</sup> Embargos de Divergência nº 260.821-SP, de que foi relator sorteado o Min. João Otávio de Noronha, julgada em 23 de novembro de 2005 e publicada na RSTJ vol. 201/p. 36.

<sup>43</sup> O Prof. José Frederico Marques foi dos mais sólidos juristas brasileiros e, também, um juiz excepcional. Em sentença proferida antes da edição da Lei 4.717/65, analisou magistralmente o texto constitucional, então vigente, e, depois de densa argumentação, conclui, no particular: “Donde inferir-se o seguinte: o controle judiciário, nas ações populares contra atos lesivos, apenas pode ser exercido se esse ato for também nulo ou anulável” (MARQUES, 1949, p. 843). Sucessivamente, diz, ainda: “Não há em nosso direito positivo remédio jurídico para rescindir ou declarar nulo ato administrativo apenas lesivo” (MARQUES, 1949, p. 844). Entendeu-se nessa sentença – que foi proferida em 20 de dezembro de 1948 – que faltava ao autor, por esse fundamento e outros, possibilidade jurídica do pedido, tendo considerado ter havido mesmo “erro grosseiro na propositura da ação” (MARQUES, 1949, p. 845).

<sup>44</sup> Em obra recente e de mérito, Gomes Júnior (2004, p. 32 e ss.), depois de alinhar algumas decisões opostas a esse entendimento, coloca-se ao lado desta posição, que se pode dizer tradicional em nosso direito. Essa obra é referida no voto do Min. Castro Meira, nos Embargos de Divergência 260.821, mediante citação de Mancuso (2003, p. 118).

<sup>45</sup> No caso, o acórdão restou assim ementado: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. 3. Embargos de divergência providos”.(EREsp 260821/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 1ª Seção, j. 23/11/2005, DJ de 13/2/2006, p. 654).

constitucionais precedentes<sup>46</sup> revelam – em relação à proteção do patrimônio público – que esse é o entendimento correto.

Dentro desse quadro lógico-sistemático, não será possível se entender como *lesivo* o que não seja anulável ou nulo, isto é, o ato que seja *válido*. Se o ato foi praticado em estrita conformidade com a ordem jurídica, qual seria a justificativa aceitável para entendê-lo como lesivo?

Do ponto de vista do comprometimento do ato administrativo em face da teoria dos vícios dos atos jurídicos, há três correntes na doutrina. Uma delas, por exemplo, é a do Prof. e Des. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que os entende como atos inexistentes, nulos e anuláveis. Outros os têm por nulos e anuláveis. No outro extremo se encontra o Prof. Hely Lopes Meirelles, o qual afirma que os atos administrativos ou são válidos ou inválidos, o que significa que se elimina a categoria da anulabilidade. Aqui não nos parece que tenha acertado esse último ilustre jurista. Cremos que a única lei, pelo menos a lei fundamental – para a hipótese –, que define os vícios dos atos jurídicos com referibilidade ao direito administrativo é exatamente a Lei da Ação Popular. E a Lei da Ação Popular, com uma nitidez absoluta, estabelece em seu art. 2º: “são *nulos* os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos: (...)”. E, no art. 3º, a mesma lei refere-se à anulabilidade.

Na verdade, focou o legislador os elementos constitutivos dos atos administrativos “às avessas”, isto é, esses elementos aparecem já sob a forma de que se revestem após estarem eivados de vício.

Ou seja, tendo em vista a competência, a forma, o objeto, a motivação e a finalidade, vemos no texto a incompetência, o vício da forma, a ilegalidade do objeto, a inexistência de motivos e o desvio da finalidade. Então, se qualquer um dos elementos constitutivos do ato administrativo estiver viciado, ou inexistir mesmo, nas letras *a* e *e* do art. 2º da Lei 4.717/65, configurar-se-á um caso de nulidade do ato. Todavia, o art. 3º da mesma lei prescreve: “os

---

<sup>46</sup> Em relação às Constituições Federais precedentes à de 1988, os respectivos textos sempre permitiram identificar como requisitos necessários à admissão e à procedência da ação, os quais sempre haviam de estar simultânea ou cumulativamente presentes, quais sejam, os de: (i) ilegalidade e de (ii) lesividade. A Constituição de 1934 referia-se à *declaração de nulidade* ou a *anulabilidade de ato lesivo*; a de 1946 aludia ao cabimento da ação para *anular atos lesivos*; a de 1967 e a de 1969, ou a de 1967 com a redação da Em. 1/69, referiam-se também a *anular atos lesivos*. A de 1988 – neste particular da lesividade – dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo (...)”. Ora, se há, como sempre houve, referência a *anular* ou a *declarar nulidade* de *ato lesivo*, e tendo-se em mente que a *anulabilidade* ou a *declaração de nulidade* pressupõem necessariamente infração à lei, é certo que, em relação à proteção do patrimônio público, este sempre foi havido como lesado, desde que comparecessem *lesividade*, *em si mesma* e *também a ilegalidade*. Ou seja, só é possível entender-se como *lesão*, no plano do direito, se ocorrer infração à lei. Se a conduta do administrador houvesse sido pautada pela lei, é certo que não se poderia reputar-se *lesividade* a prática de ato dentro da legalidade. Dessa hipótese refogem as que estão referidas no art. 4º, da Lei da Ação Popular.

atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, (...) *serão anuláveis*, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles”. Ou seja, para essas hipóteses é assumido o regime do direito privado.

Ora, se diz a lei, claramente, aludindo a hipóteses outras que não as de nulidade, vale dizer, “(...) cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior (que foi o que acabamos de ter presente) serão anuláveis esses outros atos administrativos, segundo as prescrições legais”.

Vê-se que nestes arts. 2º e 3º se discrimina nitidamente entre *nulidade*, definindo-as ou tipificando-as, e, no art. 3º, se reporta o legislador à anulabilidade, naquilo que for aplicável. As anulabilidades, no caso, ao nosso ver, serão as daqueles casos de anulabilidades, tais como previstas no Código Civil e outro diploma que as preveja, *na medida em que sejam compatíveis* com o sistema dos atos administrativos, e nesse particular devemos dizer que a nossa literatura é extremamente escassa na exegese e análise deste aspecto da Lei 4.717<sup>47</sup>.

Nessa ordem de ideias, justamente por ser impossível afirmar-se a lesividade de um ato juridicamente válido, é que se pode dizer que a lesão à *moralidade administrativa* não constitui fundamento dissociado da *anti-juridicidade* do ato no âmbito da ação popular. Prova disso é que, mesmo nas hipóteses concretas em que não haja infração a conduta expressamente defesa em lei, a imoralidade, do ponto de vista jurídico, somente se configura se constatada contrariedade aos objetivos da administração pública. Verifica-se, em tais casos, a figura do *desvio de finalidade* ou *abuso de direito* que, tanto no âmbito do direito administrativo (art. 2º da Lei 4.717/1965) como na seara do direito civil (art. 187 do Código Civil) é considerada ato nulo e ilícito.

Assim, o próprio critério de *moralidade administrativa*, para o jurisconsulto-aplicador da lei, é aquele retratado pelo sistema positivo, vale dizer, o princípio da legalidade que

---

<sup>47</sup> Mas, ao nosso ver, poderíamos fixar duas premissas: 1º) que os fundamentos da anulabilidade são os do direito comum, porque diz a lei: “segundo as prescrições legais”, “enquanto compatíveis com a natureza deles”; e 2º) faríamos aqui uma segunda observação, pois os vícios dos atos jurídicos, erro, dolo, coação, anulação, eram, pelo sistema do Código Civil de 1916, prescritíveis em quatro anos, ao passo que a ação popular é prescritível em cinco. Quer-nos parecer que se haverá de aplicar o prazo de “prescrição” maior desta lei, justamente porque, no particular, o direito comum não é compatível com o disposto na Lei 4.717/65. Atualmente, o erro, o dolo, a fraude contra credores, o estado de perigo ou a lesão, ficam sujeitas à decadência (art. 178, do Código Civil). E, na realidade, o regime jurídico do prazo há de ser, não o de prescrição, senão que o de decadência, pois a Lei 4.717/65 remete ao direito comum e este prevê decadência e não prescrição. Existindo outra lei em que se tipifique nulidade ou anulabilidade, essa terá aplicação. Ou seja, compareceram os motivos de anulabilidade do Código Civil, enquanto compatíveis com os possíveis motivos de anulabilidade dos atos administrativos; mas, já quanto ao prazo, o do Código Civil, *v. g.*, será ele inaplicável, eis que é de quatro anos o prazo decadencial, ao passo que o da ação popular da Lei 4.717/65 é de cinco anos e é prazo de decadência. Prevalecerá, a nosso ver, este prazo, ou seja, o tipo do prazo, de decadência e o sua dimensão temporal, embora os motivos (erro, dolo, coação) devam ser os do Código Civil, se configurados na seara do direito administrativo, os pressupostos respectivos, tais como definidos no Código Civil.

haverá de informar e enformar os atos da administração, a seu turno é o espelho da moralidade existente, tal como eleita pelo legislador, que se sobrepõe à administração e ao juiz.

Resolve-se dessa forma o problema de se responder se a parte do texto do inc. LXXIII, onde se lê “(...) moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, (...)”, especialmente em relação à *moralidade administrativa*, há de prescindir-se da ilegalidade<sup>48</sup>. Como, ainda, impende responder a outra implicação – na hipótese de admitir-se a *lesão à moralidade administrativa* como *causa petendi isolada* ou *suficiente* –, ou seja, quais serão as possíveis implicações dessa anulação, no plano patrimonial do que seja condenado.

Como assinalado, não nos parece correta a posição consistente em pretender que a *mera imoralidade* possa ser fundamento suficiente para dar pela invalidade do ato administrativo, mormente na hipótese de poder ser demonstrado que a prática do ato está baseada em lei. Não é razoável supor que se possa anular ato que tenha sido praticado com esteio na legislação vigente pelo mero fato de estar em desconformidade com parâmetros morais indefinidos.

Por outro lado, mesmo nas hipóteses em que a própria lei tipifica os atos ofensivos à moralidade administrativa, como é o caso da Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992)<sup>49</sup>, deve persistir o entendimento no sentido de que a moralidade constitui *princípio jurídico*, desprezando-se, para fins de ação popular, os atos que sejam imorais sob a ótica meramente subjetiva, e considerando, apenas, aqueles que sejam imorais do ponto de vista *jurídico* e *legal* também. A partir de tal entendimento, e da utilização de parâmetros *jurídicos* – legais ou constitucionais – para aferir a imoralidade, pode-se descortinar a antijuridicidade do ato<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> A esse questionamento, Moreira (1991, p. 192) respondeu que, também na hipótese de alegação de imoralidade, é igualmente necessária a alegação de vício do ato jurídico: “(...) só prevalecem para os casos em que se pode alegar, no ato que se impugna, algum vício de ilegalidade (...). O ato só pode ser anulável quando contenha algum defeito jurídico. Não basta ao autor popular afirmar que o ato atenta contra a moralidade administrativa; é preciso que se configure isso com a indagação de alguma infração à disposição de lei – lei em sentido lato, qualquer norma jurídica; do contrário, cairíamos aqui num subjetivismo total, evidentemente, não desejável, porque daria margem a aventurar jurídicas”. No mesmo sentido Gomes Júnior (2004, p. 24-26), que fundamenta seu entendimento, principalmente, na separação de poderes. Parece-nos que essa compreensão do assunto é a correta, pois não colhe o argumento de que, se todos são obrigados a fazer ou não fazer o que a lei determina (art. 5º, II, CF), e se a lei se refere à *imoralidade*, esta, ainda que conceito vago, seria suficiente para vulnerar o ato administrativo imoral. Parece-nos, ademais, que se à *lesividade* é necessário somar-se a *ilegalidade*, o mesmo raciocínio há de ser feito em relação à *imoralidade*.

<sup>49</sup> Seguindo a trilha da Constituição Federal, referida lei arrola a moralidade como princípio da Administração Pública (art. 4º) para, em seguida (art. 11), caracterizar como “improbidade administrativa” o ato que “atenta contra os princípios da Administração Pública” (*caput*, parte inicial).

<sup>50</sup> Acerca dos atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.492/1992, o Superior Tribunal de Justiça, muito embora divirja sobre a possibilidade de se apenarem os atos meramente *culposos*, não deixa de

Um outro problema, e que ainda se refere ao ato administrativo – pois não se pode realmente tratar deste assunto sem fazer algumas referências ao ato administrativo, pois que é exatamente esse ato que há de ser comprometido, eventualmente, pela ação popular –, diz respeito à classificação citada por quase todos os autores e que consiste em dividir os atos em função da rigidez do modelo legal como atos administrativos vinculados e discricionários.

No que diz respeito à *eficácia*, pode dizer-se que os atos cuja eficácia não ultrapassa o âmbito da pessoa de direito público seriam atos administrativos internos; e, se transcendem os limites da pessoa de direito público, externos. E quanto ao *fim*, serão atos constitutivos de direitos, ou, além de constitutivos, serão também atos administrativos executórios. Portanto, os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários, internos ou externos e, finalmente, constitutivos de direito (apenas constitutivos) ou executórios.

Aos *elementos* constitutivos do ato, poderíamos acoplar a classificação comum dos autores relativamente aos *vícios*. É necessário que compareça no ato administrativo, essencialmente, a *vontade* do órgão dentro dos limites de sua competência, ou seja, dentro daquelas atribuições e dentro do círculo dos atos, cuja prática esteja afeta ao órgão; é necessário que exista um *motivo* para a prática do ato administrativo, e, na grande maioria dos casos, esse motivo é o que serve exatamente como padrão ou paradigma concreto ao controle da legalidade, eis que a motivação concreta será confrontada com a desejada pelo legislador, cristalizada no modelo legal; é necessário que o ato tenha um *objeto* que diz com a sua eficácia; que tenha ele uma *forma* que é exatamente a maneira através da qual se exterioriza; e que tenha ele uma *finalidade específica*, que é, evidentemente, duma perspectiva empírica, o resultado prático a ser realizado, o qual deve coincidir com os desígnios do legislador.

---

sinalizar a necessária cautela nas hipóteses de imputação de ilegalidade ou imoralidade, por se tratarem de conceitos amplos. De qualquer forma, o fato é que a imoralidade, mesmo que objetivamente considerada (para aqueles que assentem com essa hipótese) deve guardar, ao menos, um desvio de finalidade, o que, em última análise, poderia configurar um ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil, que cuida da utilização abusiva do direito. Está-se, pois, diante de uma ilegalidade e, não, de inobservância à moralidade *subjetiva*. Sobre esse tema, o STJ ponderou, no REsp 480.387/SP, de Relatoria do Min. Luiz Fux, que “*a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo*” e, sendo a imoralidade uma espécie de improbidade, não há que se prescindir da má-fé para sua configuração; acrescentando ainda que, “[n]o caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa” (STJ, REsp 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, j. 16/3/2004, DJ de 24/5/2004, p. 163). Assim, também, o julgado a seguir: “Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa” (STJ, REsp 604.151/RS, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T, j. em 25/4/2006, DJ de 8/6/2006, p. 121).

Voltem-se, agora, os nossos olhos para a distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários, *discrîmen* a que já nos referimos. Nos vinculados existe um modelo legal pormenorizado, com elementos definitórios dirigidos a moldar a conduta do administrador na prática do ato, através do qual o legislador fornece ao agente da administração, *i. e.*, àquele que há de praticar o ato administrativo, com uma minudência extremamente grande, todos os elementos que deverão constar do ato.

Nos casos dos atos de imposição tributária, que receberam do direito administrativo o seu modelo, *v. g.*, basta que se coloquem, lado a lado, o modelo legal e o fato empírico (ato de imposição tributária concretamente praticado), e que se verifique, normalmente, a perfeita adequação deste àquele (= subsunção), ou não, de tal forma que, em matéria de tributação e em face de uma determinada atuação, é fácil constatar o ato praticado no mundo empírico com o do modelo legal. É facilmente verificável, pois, a ilegalidade que possa atingir um ato vinculado, vinculação esta que deve ser entendida como a correspondência concreta do ato aos elementos normativos. Trata-se de verificar se há adequada subsunção do ato realizado no mundo empírico àquele modelo previsto na norma, em que se disciplinam os requisitos de um ato válido. E, à não ocorrência possível desta subsunção, dir-se-á que o ato está viciado, e, ao vício do ato administrativo vinculado, se dá o nome de ilegalidade.

Todavia, como a administração, para concretizar os seus objetivos, necessita de liberdade-flexibilidade em largos espaços de sua ação, através de critérios ou dados talvez mais relevantes do ponto de vista prático, do que estar ela jugulada à geométrica e fria subsunção a um tipo legal rígido – útil para outros setores do seu agir –, e, por isso, não se pode confinar a praticar somente atos defluentes da obediência a modelos legais rígidos, tais como os dos atos vinculados; e, então é inevitável que exista entre nós, e, em todos os países, uma área reservada em que se adjudica mais liberdade de agir para a administração, embora e também disciplinada pela ordem jurídica.

Assim, essa liberdade – ainda que imprescindivelmente dentro de um ambiente jurídico – consiste em se ofertarem critérios funcionais de opção, caminhos-parâmetros ou referenciais, para o administrador, que se caracterizam pela possível avaliação da oportunidade e da conveniência da prática, do modo, do momento, etc., dos atos administrativos, porque sem essa flexibilidade, em inumeráveis hipóteses, seria impossível o próprio administrar. O administrador, evidentemente, se não estiver investido dessa liberdade, seria um verdadeiro autômato, sem que a lei pudesse fornecer referenciais, pois há situações de fato – que precisam ser controladas pelo direito – previamente irreduzíveis a um esquema legal, em todas as suas minúcias e pormenores. Desta forma, ao lado dos atos vinculados,

existem os chamados atos discricionários, que, na verdade, investem aquele que os há de praticar de uma margem legítima (legal) de liberdade.

Estamos diante de uma questão extremamente difícil na teoria do direito administrativo e mesmo na própria teoria geral do direito. Por quê? Se, de um lado, se tem que conferir essa liberdade ao administrador, de outra parte, o interesse público é a categoria-limite e a razão de ser da própria discricionariedade. De maneira que a discricionariedade há de ser operada no mundo empírico sempre com vistas, *sempre* colimando a realização e a concretização do interesse público. É, portanto, uma liberdade jurídica necessariamente emergente da lei, existente no espaço por essa aberto à deliberação do titular do poder discricionário e limitado por ela; com isto, não pode ser confundida com o arbítrio.

Aqui é que se instalam os grandes problemas. O vício do chamado ato discricionário é representado pelo chamado desvio de poder. É exatamente no ato discricionário, quer nos parecer, que ganha particular delicadeza o problema do exame da legalidade, que é assunto complexo, ou, pelo menos, da identificação da juridicidade que embasa o ato, ou, ainda, por outras palavras, nesta esfera mais ampla de liberdade, o papel da justificação à luz do sistema jurídico, em relação à legitimidade dos motivos que devem sustentar o ato discricionário.

Exatamente porque a lei, digamos assim, é “completada” por um ato do administrador, pois se lhe confere quase que um “cheque semi em branco”, é que aquele, para justificar o recebimento desse “cheque”, há de justificar, a seu turno, os motivos que o tenham levado a agir desta ou daquela maneira. De forma que o vício do ato discricionário é representado pelo desvio de poder, e nos parece que a sede de exame da legalidade, digamos, é mais difícil numa perspectiva quase que de refração visual e de não tanta nitidez, já diversamente de quanto ocorre no ato administrativo vinculado, onde a ilegalidade é facilmente detectável.

Assunto ou tema especialmente difícil é o relativo ao problema do mérito do ato administrativo, ou seja, daquilo que se configura como *oportunidade* e daquilo que representa *conveniência* para a administração, tais como projetados uma e outra no âmbito do poder discricionário adjudicado ao administrador (e não ao Judiciário). A posição do Judiciário, dos administrativistas e demais juristas, é convergente no sentido de não se viabilizar o exame de mérito. Esta posição encontra mesmo a sua raiz na própria Constituição Federal. Lê-se no art. 2º que “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e esta separação é da tradição do nosso direito republicano. Os Poderes, porque são independentes, devendo conviver em harmonia, leva a que cada um deles há de exercer a sua função, por isso que o Judiciário não pode substituir-se ao administrador, em relação ao juízo de conveniência e de oportunidade que presidam a prática de ato

administrativo, justamente porque ao Judiciário não foi atribuído esse poder discricionário; ou seja, o Judiciário não tem – na hipótese – poder da mesma qualidade que o administrador.

Já escrevemos sobre esse assunto o seguinte:

Na discricionariedade, propriamente dita, o que ocorre é a *intencionalidade*, constante da lei, no sentido de proporcionar efetivamente dualidade, ou pluralidade de soluções, na ordem prática, cuja solução eleita haverá de ser devidamente motivada, e cuja motivação tem por fim demonstrar a legalidade do exercício do poder discricionário, no caso concreto; ou seja, que o caminho eleito é o adequado à situação posta (e, pois, que o outro ou outros, ofertados pela norma não o são). A adequação do caminho, ou a solução escolhida como a correta são da exclusiva competência do administrador. Ainda que pudesse o Judiciário entender que a melhor solução não haja sido a eleita, ainda assim, isto representará, apenas, um juízo de valor diferente quanto à conveniência e oportunidade da solução. É área, todavia, em que não é lícito ao Judiciário adentrar, pois refoge isto da esfera do poder do Judiciário. Este somente examina a solução para verificar se ela era possível, diante do quadro normativo posto. Só poderá alterar se impossível a solução, porque ilegal ou estribada em abuso de poder, cujo tema, agora, se assenta na esfera da “legalidade”.

Parece-nos que, na discricionariedade, propriamente dita, podem estar postos pelo Legislador quadros fáticos próximos, mas algo diferentes, e a tarefa de identificá-los fica adjudicada ao titular do poder discricionário. Daí a possibilidade de, então, dar-lhes soluções eventualmente diferenciadas (ALVIM NETTO, 1987, 1ª parte).

À administração fica afeta a consecução das atividades concretas do Estado à luz dos fins por esse propostos, e, se a ela é outorgado, via poder discricionário, o direito-dever de verificar se há oportunidade e conveniência, que são os referenciais presentes para o legislador, quando estabelece a discricionariedade. Atribui o legislador o poder discricionário ao administrador, exclusivamente, e, esse, à luz daqueles parâmetros, para resolver a situação objeto da disciplina normativa e da situação de fato que se lhe apresenta.

É evidente que o Judiciário não pode ingressar no mérito e se colocar no lugar do administrador, vindo a dizer que não é conveniente ou que não é oportuno, ou que o é *de forma diferente* daquela havida como adequada pelo administrador; ou seja, desdizendo o que o administrador afirmou conveniente ou que asseverou ser oportuno, pois isto não diz com a tarefa do Judiciário que se há de confinar no exame do ato da administração ao problema da legalidade, *stricto sensu*, em relação ao ato discricionário; *lato sensu*, digamos assim, poderá o Judiciário verificar se o ato discricionário foi praticado circunscritamente à esfera do poder discricionário deferida ao administrador, e não fora dela.

É certo que a ilegalidade do ato discricionário poderá ser surpreendida pelo “abuso” ou pelo desvio de poder, caso em que, certamente, o Judiciário tem o dever de invalidar o ato, pois de assunto de legalidade se trata. Por outras palavras, o extravasamento das fronteiras de norma instituidora do poder discricionário é redutível ao tema da legalidade.

Isso significa que, diante de um ato discricionário, onde fique patenteada, pelo exame da motivação do ato, a constatação do desvio de poder perpetrado, *i.e.*, pela utilização do ato para outros fins que não o norteado pela consecução do interesse público, pela manipulação, digamos, de um ato que, na verdade e em última *ratio*, não corresponde nem consubstancia ato inserido nos quadros da realização do interesse público, isto não significa que não possa e não deva o Poder Judiciário dar pela sua nulidade, em função do exame dos motivos ilegítimos que não sustentam juridicamente esse ato.

De outra parte, se levado ao Judiciário um ato administrativo, em relação ao qual se afirme desvio de poder, o Judiciário deverá dar pela invalidade do ato, mas não poderá praticar outro, no lugar daquele, que viria a ser destituído – no entender do Juiz – daquele vício.

E, ainda, de outra banda, se o Judiciário entender que o ato *não foi o mais conveniente*, ou, então, *que não foi propriamente oportuno*, mas, de qualquer forma, a sua prática, pelo administrador, não transbordou da esfera que a ele pela lei foi reconhecida como área de liberdade, deverá, o Judiciário, em tais hipóteses, reconhecer a legitimidade do ato, *quase que agindo por um critério do não exercício da jurisdição*, em relação ao mérito desse ato.

No reexame do ato administrativo pelo Poder Judiciário ocorrerá uma “cognição para fins negativos”, no sentido de, delimitado pelo Judiciário o âmbito da discricionariedade, situar-se, quando decidir fora de tal espectro, que a este poder não diz respeito. Ou seja, abster-se de se pronunciar sobre a discricionariedade, enquanto tal, salvo se verificar que ocorreu extravasamento das fronteiras da discricionariedade, tendo o administrador praticado desvio de poder.

Vale dizer, em face do mérito do ato administrativo, não existe jurisdição do Judiciário – porque a prática de tal ato não é ato jurisdicionalmente suscetível de revisão – cabendo, apenas, identificar a área ou âmbito do mérito, abdicando de a respeito desse sobrepor seu entendimento ao do administrador. Somente poderá alterar o ato administrativo, se comparecer ilegalidade (desvio de poder).

O quadro que se apresenta ao administrador, exatamente por causa dessa margem de liberdade, é ensejador, muitas vezes, de um panorama que se pode apresentar algo confuso, e parece que dificilmente poderia deixar de ser complexo, envolvendo um problema bastante delicado quando trazido ao Poder Judiciário um ato discricionário, onde se impute ao agente a prática de desvio de poder.

Uma outra questão que impende referir, é a de indagar se os atos legislativos comportam a ação popular. A nossa jurisprudência, através de um acórdão publicado na RDA

56/262, tendo como Relator o egrégio jurista e administrativista de escol que foi o Professor e Des. Bandeira de Mello, admitiu-o, e porque se estava diante de uma lei *de efeitos concretos*, ou seja, uma lei, do ponto de vista formal, emanada do Legislativo, mas que não se compadecia com a Constituição e que, no caso concreto, era uma Resolução da Câmara de Vereadores que lesava o patrimônio público; entendeu-se que podia o cidadão se valer da ação popular. Se se tratar de lei abstrata, propriamente dita, a tendência correta é a de inadmissibilidade, porque enquanto não aplicada a Lei, impensável e inconfigurável é a ocorrência de uma *lesão* propriamente dita.

Quanto aos atos jurisdicionais mesmos não cabe a ação popular.

Um outro aspecto que merece referência é aquele que diz com os tipos de conduta do administrador. Devemos recordar que a ilegalidade ou a injuridicidade (anulabilidade ou nulidade), ao lado da lesão, pode decorrer de um ato comissivo ou de um ato omissivo. Encontramos bastante nítida essa distinção no art. 6º da Lei nº 4.717/65, que se refere a uma atividade comissiva ou, então, a uma omissão de quem deve obstar a lesão e não o fez.

De maneira que, entre os motivos ou causas da nulidade ou anulabilidade que podem ocasionar a lesão, pode comparecer também juridicamente a própria omissão de quem deveria ter praticado, dentro da administração, um ato comissivo preordenado a impedir a perpetração da lesão. Ou, muito mais comumente, a lesão origina-se de ato comissivo. No que diz respeito à *causa petendi*, devemos dizer que esta, na ação popular, é representada pela necessidade jurídica da *supressão* de um ato administrativo conjugada, evidentemente, à reparação do dano ou da lesividade causado por esse ato aos cofres públicos.

De outra parte, se se objetivar evidenciar um desvio de poder, ter-se-á de demonstrar que o ato administrativo pretendeu atingir um fim discrepante daquele idônea e idealmente identificável, com raiz na lei e realizável pelo administrador no âmbito do poder discricionário de que este foi investido para atingir a finalidade determinada amplamente pelo bem público, não se verificou na ordem prática. Seria atingir um fim diferente e não efetivamente representativo do bem público, para cuja finalidade, e, só para tal consecução, foi o agente investido desse poder discricionário .

Segundo Queiró (1946), ilustre administrativista português, temos que há desvio de poder ou abuso de poder, como denominam a essa figura os autores franceses, quando se verifica um fim, divergente daquele que a lei, explicitamente por esta assumido ou implicitamente dela perceptível, determina ao agente. Constata-se que é um conceito quase que coincidente com o da letra *e*, do art. 2º, da Lei 4.717/65.

Quanto ao problema da identificação dos pressupostos da responsabilidade, pergunta-se: é necessário o dolo? Não. Parece que é suficiente o erro e mesmo diante da hipótese de ausência de culpa pode haver responsabilidade, pois o que é relevante verificar é se houve, ou não houve, uma injuricidade, representada pela anulabilidade ou pela nulidade, e, cumulativamente, pela lesão mesma.

Portanto, parece que o tema da culpa fica colocado fora do âmbito da ação popular, no sentido de não se constituírem em possíveis defesas das pessoas que tenham praticado o ato para elidir a sua responsabilidade. Relevante é o interesse do autor, legitimado nesta perspectiva de “interesse difuso” seu e relacionado com a preservação do patrimônio público, para tentar o comprometimento do ato administrativo nos termos do art. 2º, hipóteses de nulidade, ou art. 3º, casos de anulabilidade e a demonstração de ter ocorrido a lesão ao patrimônio público.

Outros problemas, para os quais alguns autores chamam atenção, são os de se saber se algo apreciado no Tribunal de Contas pode ser objeto de ação popular.

A nossa impressão – e já há decisões nesse sentido –, é a de que sim. No caso de haver uma “coisa julgada” formal, será *interna corporis*, isto é, se um determinado procedimento administrativo chega ao seu termo no Tribunal de Contas, *esse Tribunal* não mais poderá rever a matéria, mas isso não significa que essa “coisa julgada” administrativa, a seu turno, extravase do Tribunal e se constitua ela, agora, em óbice ao acesso do Poder Judiciário, através do caminho da ação popular.

O ponto que diz com o esgotamento da via administrativa também representa um aspecto a ser considerado. Parece-nos que não há necessidade de esgotamento da via administrativa, em regra, embora haja uma decisão isolada, confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e publicada na RT 186/650, onde se entendeu tal espera como necessária.

No que diz respeito à legitimidade, o requisito especial que se impõe é o de que se trate de cidadão (mesmo não estando em dia com suas obrigações eleitorais), *i.e.*, deve ser eleitor, para que esse possa figurar no pólo ativo da relação processual. O requisito de ser *eleitor* é dessumível do texto constitucional, quando se refere a *cidadão*; mas isso que restringe o universo dos *cidadãos*, o que, todavia, parece ser inteiramente aceitável.

Também alude a lei a cidadão, e, evidentemente, aqui surgia um problema, no sistema do Código Civil de 1916: saber se o menor de idade, relativamente incapaz, entre 18 e 21 anos, pelo Código Civil de 1916, dado que o art. 7º do CPC se reporta ao Código Civil, para configurar o perfil do possível exercício do direito de estar em júízo, se se haverá de ficar com

os parâmetros desse Código Civil e do Código de Processo Civil ou, então, se este menor relativamente incapaz de 18 anos, pois que é eleitor, pode, por isso mesmo, comparecer em juízo. A nossa impressão é a de que podia. Se se trata de cidadão, e se ele pode votar, quer nos parecer que tem, em nosso sistema, o direito à ação popular, antes mesmo de ter o direito *per se* à ação civil, de acordo com a maneira como o CPC, no art. 7º regrou o tema, ou seja, somente aos 21 anos de idade, *em regra*.

Com o vigente Código Civil, a menoridade cessa aos dezoito anos (art. 5º). Na forma da letra *c*, do inc. II, do § 1º, do art. 14, da Constituição Federal, para os menores entre 16 e 18 anos o alistamento é facultativo. Parece, então, que a solução fica a depender do alistamento. Se o menor de 16 anos for eleitor e ainda não tenha cessado a sua menoridade, no regime civil (art. 5º, referido), nem por isso lhe falecerá legitimidade para a propositura da ação popular.

O assunto da ação popular, na realidade, inseriu-se na temática do processo, um dos aspectos do que hoje vem sendo extremamente desenvolvido no direito processual civil moderno, ou seja, o estabelecimento de uma dissociação entre aquele que postula em juízo e seu alegado direito de ser possível a alguém ter legitimidade no plano e no nível do processo, sem que esteja, propriamente, pretendendo o seu direito alegado e de que se afirme tenha sido lesado.

Para essas hipóteses, há que refugir-se da noção, propriamente, de direito subjetivo, porquanto essas possibilidades, decorrentes da lei, são muitas, mas se assentam ou proliferaram no âmbito do que se denomina de *direitos e interesses difusos* ou *coletivos*.

Por definição, o legitimado que postulará não é o titular da situação jurídica, e, no caso da ação popular, poderá sê-lo em parcela infinitesimal; em termos práticos, não o é. Porém, os benefícios que decorrerão da procedência da ação são de caráter social, pois beneficiarão a todos da sociedade, em vista da ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada (e da eficácia da sentença) prevista no art. 18 da Lei 4.717/65, disposição essa precursora de diversos outros textos que lhe seguiram o modelo<sup>51</sup>.

Esta questão se coloca – como se disse –, no direito processual civil, naquilo que se designa habitualmente como representativo da defesa de “interesses difusos”. Nessa temática, o que ocorre é um aumento do próprio espectro de legitimidade (legitimidade ativa).

Confere-se legitimidade a pessoas que, na verdade, não estão propriamente a postular uma pretensão representativa só do seu interesse, ou do seu alegado direito subjetivo, mas sim

---

<sup>51</sup> Reza esse art. 18: “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

de uma pretensão que, efetivamente, diz respeito a uma situação e a uma finalidade que transcendem à figura do autor, isto é, daquele que é parte no processo; ou uma pretensão que àquele que postula não diz respeito.

Quanto à função primordial exercida, e tendo em vista fim objetivado pelo autor da ação popular, diversas posições existem. Há quem diga que é o defensor de um patrimônio autônomo, à semelhança de um curador na falência, opinião essa que não nos parece aceitável. Outros entendem que seja um órgão da comunidade, o que também não nos parece de todo correto, porque, na verdade, não há qualquer afetação específica e prévia de competência da comunidade a este ou àquele autor, e, portanto, discriminatória, conferindo-se a A ou a B – e não a todo e qualquer cidadão, num espectro da máxima abrangência, que é o da Constituição Federal e o da lei – uma legitimidade, diretamente emergida da comunidade. Outros aludem a representante ou mandatário de entidade pública, posição essa que também é rejeitável, até porque, se essa figura existisse entre nós, seria ilegal. Outros, como Zanobini, se referem a sujeitos privados no exercício de uma função pública, posição essa que também não nos parece ser a encampável, pois não se trata de uma função pública, senão que uma expressão de cidadania.

A posição que nos parece correta – tendo em vista as categorias que gravitam em torno da noção ampla de parte – é a de se entender o autor da ação popular como um substituto processual, em que o substituído processual é a comunidade, ainda que em parcela mínima a situação também lhe diga *ou* possa lhe dizer respeito.

Essa posição é aceita por muitos, e colhe na lei os seguintes argumentos para ser aceita: (i) estabelece a Lei 4.717/65 no § 5º do seu art. 6º que a qualquer cidadão é lícito habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor. Então, todos aqueles que forem cidadãos, isto é, forem eleitores, têm legitimidade, não só para propor a ação, que haverá de ir para o juízo prevento (o § 3º, do art. 7º, prescreve que a propositura de uma ação popular previne a competência para todas as outras, desde que intentadas pelos mesmos fundamentos), como também para se habilitarem no juízo prevento, coadjuvando o autor primitivo<sup>52</sup>. Ora, *a contrario sensu*, se não houve essa habilitação os atos praticados por aquele que é autor e está levando à frente o processo, processo esse e sentença que irá produzir efeitos, acabará fazendo

---

<sup>52</sup> Há, na disciplina desta lei, uma diferença em relação ao regime da substituição processual, tendo em vista o fenômeno da *litispêndencia* e o da *coisa julgada*. Existe uma simetria – raramente deixa de existir – entre esses dois institutos. Em face da litispêndencia, entendida aqui como o conteúdo postulatório do processo – a lide –, é sobre esse conteúdo que ocorrerá coisa julgada. E, a seu turno, essa possibilidade, quando se verifica na hipótese em que o autor é um substituto processual, normalmente, impede o ingresso de outros. No caso, em face da disciplina da Lei da Ação Popular é precisamente o contrário que ocorre. Ou seja, conquanto haja substituição processual, e, o resultado da coisa julgada, nos termos do art. 18, da Lei 4.717/65 atinge a todos, nem por isso inibe a postulação de alguns substituídos, i.e., de outro ou outros cidadãos.

com que a eficácia de procedência dessa sentença, nos termos do art. 18 da Lei, prevaleça para todos, o que comprova que substituiu os demais membros da comunidade e agiu por todos, cujo resultado, como dito, afeta a todos. Se a eficácia for de improcedência, igualmente afetará a todos, salvo se o tiver sido por insuficiência de prova.

Se assim é, ou seja, se a atividade de alguém afeta outros e a legitimidade para isso decorre de lei, o que esse alguém está fazendo é substituir-nos, no plano processual, praticando atos que são válidos e eficazes, sem que os outros nada tenham feito. E a lei ainda, no art. 18, ao nosso ver, completa o perfil dessa substituição processual.

A sentença que julgue procedente a ação popular terá eficácia revestida por coisa julgada oponível *erga omnes*, o que quer dizer que, se um cidadão promover a ação, o resultado emergente dessa eficácia e a qualidade que vai se agregar a essa eficácia valem *erga omnes* de tal forma que ele nos terá, por inteiro, substituído.

Isto é, há coisa julgada obstativa da propositura dessa outra ação popular, depois de precedente ação popular, idêntica, houver sido julgada procedente. Ressalva a lei apenas – e, ao nosso ver, bem – e com prudência que, salvo a hipótese da ação vir a ser julgada improcedente, por deficiências de provas<sup>53</sup>; neste caso será possível repetir a ação, inclusive com idênticos fundamentos e pelo mesmo cidadão (ou outro), desde que haja prova não produzida anteriormente. Aqui, o cuidado do legislador foi o de não fazer com que, nesta hipótese, por deficiência de prova, ocorresse coisa julgada, pois, se se verificasse, como

---

<sup>53</sup> O disposto no art. 18 da Lei 4.717/65 *inaugurou* um modelo de eficácia das ações coletivas, e, bem assim, a ocorrência da coisa julgada respectiva, *secundum eventus litis*. Esse modelo veio a ser seguido pela Lei 7.347/85 (art. 16), como, ainda, pelo Código de Proteção e de Defesa do Consumidor (art. 103). A solução normativa consistente em que se a ação for julgada improcedente, *tendo isto ocorrido por deficiência de prova*, bem evidencia que no processo coletivo os bens jurídicos por este protegidos, ao lado de o serem por normas de ordem pública, levaram a que essa proteção repercutisse no plano do processo, encontrando nesse sistema uma forma significativa de resguardo. Vale dizer, a improcedência – sem ter sido por deficiência probatória – somente ocorrerá quando o juiz houver ficado, efetivamente convencido, de que não houve lesão a um desses bens. Ou seja, está provada a legitimidade do ato praticado. Se, ao contrário, entender que a lesão não resultou provada, *mas que eventualmente poderá vir a ser provada*, fará constar isso da fundamentação de sua decisão, em virtude desse fundamento, ao afirmar que a improcedência decorreu de “deficiência de prova”. O modelo da ação popular, além de ter sido o adotado na LACP e no CDC, consta de outras leis que, fundamentalmente seguem o modelo, tais como as Leis nº 7.853/89 (destinada à defesa de pessoas portadoras de deficiência); 7.913/89 (atinentes à responsabilidade por danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários). Por fim, recordemos a Lei de nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que também perfilhou o “modelo” de mais intensa eficácia do processo (possibilidade de tutela específica liminar) e no pertinente às facilidades para o acesso à justiça do Código do Consumidor, e, em certa escala, no que diz respeito à ‘concepção’ das ações coletivas (art. 201, inciso V), tanto bastando, entre outros textos, lembrar o art. 210 (quanto aos legitimados) ainda que no art. 212, esteja determinada a aplicação do Código de Processo Civil para as ações previstas na lei 8.069; esta lei, entre outros textos, refere-se no parágrafo único, do seu art. 212, à configuração de interesses difusos e coletivos, e, isto ocorrendo, aplicar-se-á o mesmo sistema da eficácia da sentença e da coisa julgada. Reza esse texto: “Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei”.

muitos processualistas já opinaram há algumas décadas passadas, fácil seria para a administração pública encontrar um testa-de-ferro que promovesse mal a ação, que seria julgada improcedente, e, com isto obviamente, estaria em termos práticos, através de uma eficácia da coisa julgada irrestrita – isto é, sem a solução de o ser *secundum eventus litis* –, definitivamente tamponada a via estabelecida, pelo legislador constitucional e ordinário para fiscalização dos atos do administrador público.

Deve-se, ainda, acrescentar que a prova que possa vir a ser produzida em nova ação poderia mesmo ser contemporânea ao ajuizamento da ação popular que veio a ser julgada improcedente, por insuficiência probatória. O art. 18 da Lei da Ação Popular não faz qualquer restrição, e a ausência dessa justifica-se em face das finalidades da ação popular: proporcionar em grau amplo a identificação de ilegalidade lesiva ao patrimônio público.

Parece verificar-se uma tendência sistemática, inclusive no direito privado, para a hipótese de que o agir de um legitimado aproveite àqueles que se encontram em idêntica situação, ou mais precisamente, quando desse agir resultar por sentença a identificação de um ilícito<sup>54</sup>.

É nesse contexto que se insere a ação popular. E é exatamente na defesa do patrimônio público e objetivando que a administração pública se pautar pelo estrito princípio da legalidade e com vistas à defesa da moralidade administrativa, praticando-se atos legítimos, e, por isso, moralmente respeitáveis, destinados à consecução do bem comum, que existe a ação popular, disciplinada pela Lei 4.717/65, de tal forma que qualquer cidadão possa “fiscalizar eficientemente”, através da via jurisdicional, o comportamento da administração pública.

Podemos, portanto, dizer que o interesse processual e, conseqüentemente, a legitimidade, defluem da própria causa pública e da própria defesa que os cidadãos podem fazer do patrimônio público, alavancados pela iniciativa do cidadão, submetidos

---

<sup>54</sup> Veja-se o que se passa em relação a ações de sócios contra ilegalidades cometidas em sociedades. O Código das Sociedades Comerciais, de Portugal, disciplina, entre outras, as sociedades por quotas de responsabilidade limitadas. Esse Código das Sociedades Comerciais foi aprovado pelo Decreto-Lei 262/86, de 2 de setembro. Acerca do histórico da lei, v. Ventura (1989, p. 15 e ss). A obra de Furtado (1993) integra a mesma coleção, tendo sido desta última a transcrição do texto da lei. Dispositivo similar ao do art. 61, n<sup>os</sup> 1 e 2, do CSCs, de Portugal, é o do art. 122, da lei espanhola de sociedades anônimas (Real Decreto 1564/1989, versão corrigida em 1.1.1990): “art. 122. 1. A sentença que julgue procedente a ação de impugnação produzirá efeitos em relação a todos os acionistas, mas não afetará os direitos adquiridos por terceiros de boa fé em consequência da deliberação impugnada”, determinando-se o n<sup>o</sup> 2, o registro da sentença que declare a nulidade de uma deliberação registrável, no registro do comércio, e o Boletim Oficial do Registro Mercantil publicará um extrato. O n<sup>o</sup> 3, desse art. 122, dispõe que “3. No caso de a declaração impugnada ter sido registrada no registro comercial, a sentença determinará também o cancelamento de sua inscrição, assim como a dos assentos posteriores em contradição com ela”. O Código Civil italiano, a seu turno, no seu art. 2.377, dispõe: “A anulação da deliberação tem efeito relativamente a todos os sócios e obriga os administradores a adotar todas as providências conseqüentes, sob a responsabilidade própria. São, em todos os casos, ressalvados os direitos adquiridos de boa fé por terceiros com base nos atos realizados em execução

evidentemente aos requisitos do modelo legal da Lei 4.717/65 por cujo intermédio se encarregou o Legislador de disciplinar essa ação, a qual, como se disse, se encontra hoje prevista na CF, no art. 5º, inc. LXXIII, na esteira do direito constitucional desde 1934.

No que diz respeito ao Ministério Público, funciona ele, seja no processo de conhecimento da ação popular, seja no da execução que àquele se siga. E os livros mais antigos aludem, inclusive, ao próprio processo cautelar. Apenas lembramos hoje que o § 4º, do art. 5º, que foi colocado na Lei 4.717/65, pela Lei nº 6.513 de 1977, estabelecendo que, na defesa do patrimônio público, caberá a suspensão liminar do ato impugnado. Esse texto, inserido no da Lei 4.717/65, revela, também, uma posição do legislador em acudir a situações de urgência, ao prever a possibilidade de suspensão do ato impugnado, i. e., não permitindo que produza efeitos ou que não produza mais do que aqueles que já possa ter produzido, impedindo ou minimizando a dimensão do ilícito.

Assim, salvo excepcionalmente, não há necessidade de um processo cautelar autônomo, uma vez que existe a possibilidade de tal suspensão liminar, que é um tipo de medida cautelar embutida na própria lei. Quer nos parecer apenas que o processo cautelar há de ser considerado em função dos pressupostos comuns do direito à cautela, a saber o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, mesmo porque um dos textos finais, que é o art. 22 da Lei 4.717/65, estabelece que o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente à lei, naquilo que for com ela compatível.

Contemporaneamente, afiguram-se-nos, no particular, aplicáveis também ou precipuamente aplicáveis, no tema da urgência, disposições processuais do CDC e da LACP, diante da proximidade e sintonia da ação popular com essas ações coletivas. É óbvio que, se se for suspender um ato administrativo porque lesivo, neste caso, então, se aplicarão os pressupostos gerais do procedimento cautelar do livro respectivo do Código de Processo Civil. Nesse sentido e nessa medida, ou seja, na dimensão em que seja possível se determinar a suspensividade para evitar uma lesão maior, a ação popular revela ter no seu próprio corpo essa possibilidade, indicativo de ter parcialmente caráter preventivo (sem que isso permita que seja classificada como *preventiva*). Em princípio, não há a necessidade de formulação de pedido cautelar autônomo.

O Ministério Público funciona, no processo, do começo ao fim. Estabelece o § 4º, do art. 6º, que lhe é vedado assumir, em qualquer hipótese, a defesa do ato impugnado. Ele tem que funcionar sempre atacando o ato, ou seja, coadjuvando a posição do autor. É evidente

---

da deliberação”. A Lei Alemã das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada foi a inspiradora da lei portuguesa (FURTADO, 1993, p. 528).

que, no particular, o zelo do legislador foi o de exigir a presença da atividade do Ministério Público, de tal forma, e, em tal posição, e, através da sua dialética, somada à do autor, ou autores, se consiga, via percuciente argumentação, demonstrar, o quanto possível, a lesão ao patrimônio público, e, portanto, colocando-se aqui a Instituição como um agente defensor também da moralidade que deve presidir os atos gestores do patrimônio público.

Ainda cabe frisar, nesta perspectiva processual, que a figura de litisconsórcio a que se refere o § 5º do art. 6º, é a do litisconsórcio unitário, ou seja, se alguém entra ao lado do autor, no juízo prevento e nos moldes do § 3º da art. 5º, entra em regime de litisconsórcio unitário, porquanto comunga, em tudo e por tudo, com aquele autor, dado que no litisconsórcio unitário o que ocorrerá é que, no plano do direito material, a sorte há de ser idêntica para todos. É uma possibilidade que se aplica pela figura do litisconsórcio facultativo-unitário, uma vez que o ingresso no processo de outro cidadão é faculdade sua. E há de ter-se presente que a sentença pode produzir efeitos que afetem a comunidade toda, ou seja, afetando os que não foram partes.

Se se está atacando o ato administrativo pelos mesmos fundamentos, tendo em vista o(s) mesmo(s) objetivo(s), de duas uma: ou o ato vale ou o ato não vale em face de tais fundamentos, e nos parece, pelo que foi dito, que quando o texto, sem adjetivar, no § 5º do art. 6º, se refere a assistente, em realidade de assistência litisconsorcial se trata. Porque, na verdade, o outro cidadão que ladeia o autor, se foi rotulado de assistente, na verdade tem igual interesse em comprometer o ato administrativo. De tal forma não se trata de uma assistência simples, como a define a Código de Processo Civil, mas se trata de assistência litisconsorcial, tal como do mesmo CPC consta, onde comparece um antagonismo da assistente em relação à parte, ou às partes contrárias.

No que diz respeito ao problema da competência, diríamos que a competência, nos termos da art. 5º da Lei, se estabelece no sentido de que, se o ato tiver sido praticado por agente público da União, caberá a causa à Justiça Federal. Se praticado por agente público do estado e houver juízo privativo, a este caberá, e assim também tendo em vista o município. E no que diz respeito à administração “indireta” ou desconcentrada, como é o seu *nomen juris* mais adequado, tendo em vista a União, o estado e o município, a competência se aferirá igualmente, ou seja, para se saber a competência do juízo onde se aciona uma autarquia federal, no que diz respeito a uma ação popular, ver-se-á que ela se encontra no círculo ou esfera agregados à União e a competência, então, será da Justiça Federal. E identicamente se diga com a Justiça Estadual na que diz respeito a uma autarquia estadual, e, da mesma forma, na que diz respeito à municipal.

Ainda no tema da competência, o § 2º do art. 5º estabelece uma preferência pelo fato da União, na hipótese de o ato dizer, simultaneamente, respeito à União, ao estado e ao município. Dá-se, então, prevalência à União, depois ao estado e finalmente ao município, de tal maneira que, se houver uma convergência de atividades desses entes políticos, então, para um mesmo ato, a competência será levada para a União, para o estado e, finalmente, para o município, que se coloca como o terceiro nesta linha hierárquica.

No que respeita ao procedimento, a nossa doutrina tem chamado ou classificado o da ação popular, de procedimento ordinário, modificado. E isso porque, na realidade, em grande parte é um procedimento que em tudo e para tudo se assemelha ao procedimento ordinário, tal como era disciplinado no Código de 1939 e tal como o é no Código vigente. Estabelecem-se, todavia, penas bastante severas conducentes ao dever de fornecimento de documentação e, inclusive no art. 8º, se alude à pena de desobediência, que, a seu turno, se reporta ao delito do art. 330 da CP.

O prazo para contestação é de 20 dias, ou de 40 dias, a requerimento. Previa-se, já no inc. V do art. 7º da Lei 4.717, o que então era uma certa novidade (em face do ulterior sistema do Código de Processo Civil, de 1973, que generalizou o julgamento antecipado), a possibilidade desse julgamento antecipado da lide, no que resultou sua congruência com a sistema geral que veio a ser instalado com o CPC/73.

Há, ainda, uma diferença no procedimento, a ser remarcada, no que diz com a posição do juiz, na aferição da prova. Pensamos que, pelo sistema do Código, o juiz não deve ter iniciativa tão ampla na determinação oficiosa da atividade probatória, embora reconheçamos que, de um modo geral, os magistrados extravasem um pouco os limites do Código de Processo Civil, os quais, ao nosso ver, são mais estreitos porque informados pelo princípio dispositivo, à luz do que consta no art. 333, CPC.

Mas no caso da ação popular o problema se passa de forma patentemente diferente. No Código de Processo, o juiz tem de ser absolutamente imparcial, não determinar provas a não ser que tenha dúvidas, pois, se determinasse, desequilibraria a figura de ônus da prova, aí prevista (art. 333, CPC). De tal forma que, ao nosso ver, no sistema do Código, bem ou mal – embora reconheçamos que, em nossa literatura e no direito comparado, a tendência é diferente – existe avultadamente o ônus de prova, e a única maneira de funcionar o ônus da prova de forma útil é o juiz ficar inerte e só determinar prova quando ele tiver dúvida. Em comparecendo dúvida, no espírito do juiz, é evidente que ele não pode resolver, pelo ônus da prova, senão depois de determinar a produção de prova.

Nesta lei, examinada a letra *b*, do art. 7º, nº 1, verificamos serem bem amplos os poderes do juiz, pois, além do solicitado na petição inicial e na defesa, o juiz tem poderes outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento do fato. E temos o texto que outorga em nome do interesse público e da defesa do patrimônio público, maiores poderes para o juiz, que aqui, em nosso entender, pode agir com maior liberdade, diversamente do que ocorre no Código de Processo Civil.

Coloca-se o juiz, na ação popular, numa postura mais envergadamente inquisitória. Tanto assim que as hipóteses de inércia ou concordância com o pedido por parte da pessoa jurídica ré (art. 6º, § 3º da Lei da Ação Popular) não implicam as consequências necessárias da incidência dos efeitos da revelia ou da homologação do reconhecimento da procedência do pedido. É dever do juiz apurar os fatos e as consequências jurídicas relativas ao ato ou omissão impugnados, tendo em vista o interesse público de que se reveste a matéria.

Por se tratar a hipótese de ação coletiva ajuizada pelo cidadão em substituição processual, fica inviabilizada, na ação popular, a utilização da reconvenção (aplicação subsidiária do art. 315, § 3º, do CPC).

A sentença proferida em ação popular produz, como já assinalado, efeitos *erga omnes*, com a ressalva da possibilidade de repositura em caso de improcedência por insuficiência de provas, quando se aplica a regra da coisa julgada *secundum eventum probationem*.

No tocante à verba sucumbencial, o art. 13 da Lei 4.717/65 libera as partes da condenação a tal título, salvo em casos de comprovada má-fé, o que costuma ocorrer nas hipóteses de lides temerárias, propostas com o exclusivo e deliberado intuito político e despidas de fundamentação jurídica.

Apenas lembraríamos que, entre nós, a ação popular se marca e se marcou por ser um remédio que, dotado de dignidade constitucional, espelha termos um sistema avançado, pois participa essa lei da rigidez e das vantagens do sistema constitucional. Pensamos que tem dado bons frutos, o que depende, em larga escala, da independência do Poder Judiciário, uma vez que as leis não valem por si, mas valem, na verdade, pelos homens que as aplicam e em função da conscientização de todos os cidadãos de que têm em sua mãos uma forma para colaborar com a moralidade da administração pública.

Quanto maior for a independência do Poder Jurídico, sob o seu aspecto substancial e real e não meramente formal, e quanto mais intensa e mais nítida seja a consciência dos cidadãos de que possam coadjuvar em que a administração se pautem pelos princípios da legalidade e moralidade administrativa, tanto mais eficiente será este *remedium iuris*.

## B) Mandado de Injunção

Entre os instrumentos novos da CF/88 encontra-se o mandado de injunção. Cuida-se do “meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (MEIRELLES, 2002, p. 243).

Seu objeto consiste na tutela de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição, antes inviabilizada por inação do Poder Público em expedir as normas regulamentadoras pertinentes<sup>55</sup>.

Foi criado para conferir efetividade às normas constitucionais que não possuíam eficácia plena por depender de regulamentação infraconstitucional, de forma que o indivíduo (ou a coletividade, no caso da injunção coletiva) não pudesse usufruir desse direito. Através do mandado de injunção, permite-se o exercício do direito conforme reconhecido judicialmente.

Na jurisprudência tradicional do STF, o mandado de injunção limitava-se a constituir em mora o órgão legislativo ao qual incumbia e continuará incumbindo, apesar do uso do mandado de injunção, a edição da lei. Não tinha, porém, o mandado de injunção, o condão de atribuir ou reconhecer a eficácia do dispositivo da constituição, *i.e.*, criar uma regra concreta para o caso, equiparando-se, por isso, à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Mais recentemente, inclina-se o STF por entendimento mais eficaz, porquanto tem atribuído a esse instrumento de processo existente na Constituição Federal a própria possibilidade de o STF colmatar a lacuna, editando a norma para reger a hipótese trazida a julgamento. Essa mudança acaba por ler, na CF, um instrumento que mais plenamente responde à efetiva proteção dos direitos que podem ser objeto de mandado de injunção. É aspecto que deve ser sublinhando, porquanto representativo de alteração de entendimento que se podia dizer tradicional do STF.

---

<sup>55</sup> No sentido de que o mandado de injunção também se prestaria à regulamentação de prerrogativas constitucionais previstas na legislação infraconstitucional e não apenas para regulamentar as normas constitucionais, veja-se a observação de Barbosa Moreira: “*No tocante especialmente às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania poderá acontecer que a falta da norma regulamentadora esteja impedindo o exercício de alguma prerrogativa deste gênero contemplada em lei, e não na própria constituição. Faltaria norma de nível inferior ao da própria lei*” (MOREIRA, 1989, p. 12).

É certo que, se o STF tiver editado a *regra para o caso*, se o Poder Legislativo, até então omissivo, vier a editar a norma jurídica, esta é que passará a reger os casos<sup>56</sup>, inclusive o que tenha sido objeto do mandado de injunção, o que evidencia o caráter tendencialmente provisório da decisão. É entendimento mais sintonizado com uma maior realização da plenitude do ordenamento jurídico, porquanto supre – ainda que temporariamente – a ausência de legislação “constitucionalmente prometida”.

### C) Mandado de Segurança Coletivo

Como instrumento novo, oriundo do mandado de segurança de caráter individual, cumpre considerar o mandado de segurança coletivo. Ambos estão previstos na Constituição Federal<sup>57</sup>, sendo que o instrumento coletivo distingue-se do já conhecido mandado de segurança individual pela natureza do objeto, pelo caráter coletivo da legitimação e pela extensão da eficácia da sentença e da coisa julgada.

A previsão do mandado de segurança coletivo no art. 5º da CF, sucessivamente à previsão constitucional, também, do mandado de segurança individual, torna inviável o seu atrofimento por lei ordinária<sup>58</sup>.

Abordaremos mais especificamente o mandado de segurança impetrado por associação em prol dos seus membros ou associados, com pequena introdução sobre as linhas gerais do processo coletivo e considerações em relação à coisa julgada no mandado de segurança coletivo, em que seja autora uma associação.

Não há possibilidade de estabelecer-se uma disciplina ordinária que não seja prestável para a defesa “dos interesses” dos associados ou membros da associação impetrante. A

<sup>56</sup> Sirva de exemplo o Mandado de Injunção nº 721-7, Distrito Federal, relator Min. Marco Aurélio, j. em 30 de agosto de 2007, onde, à falta de norma regulamentadora, indicou o STF o regime jurídico para a hipótese: “MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. **Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada**”. (STF, Tribunal Pleno, MI 721 / DF; Rel. Min. Marco Aurélio; j. 30/8/2007, DJe-152, pub. em 30/11/2007, DJ de 30/11/2007, p. 29, RDDP n. 60, 2008, p. 134-142). Na mesma linha, o MI 758/DF, j. 1/7/2008, também relatado pelo Min. Marco Aurélio.

<sup>57</sup> Estão previstos no art. 5º, da CF: “LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

<sup>58</sup> Daí dizer-se – em consonância com afirmação assente na doutrina e na jurisprudência – que a Constituição é o “berço primário” do mandado de segurança (FERRAZ, 1993, p. 12).

disciplina infraconstitucional não pode mutilar, alterar ou modificar o que, com clareza e elementos suficientes, decorre do texto constitucional.

A eficácia subjetiva de decisões em processos coletivos e a noção de coisa julgada diferem radicalmente daquela do processo individual, e essas diferenças dizem, precisamente, com a própria razão de ser do processo coletivo.

No caso do mandado de segurança coletivo – ainda não disciplinado especificamente em legislação infraconstitucional –, extrai-se do texto constitucional a extensão dos efeitos da decisão e, quando vier a ser regrado em legislação ordinária, esta não poderá desconhecer o perfil constitucional da extensão subjetiva da decisão.

Atribui a Constituição – na esteira e em consonância com princípio do processo coletivo – a legitimidade a quem não fica materialmente sujeito à eficácia da sentença, diferentemente do que ocorre com os sistemas individualistas, como o do Código de Processo Civil, como regra absolutamente geral deste último diploma, e, correlatamente, nos sistemas coletivos, são outros os que ficam sujeitos (resultam beneficiados) por essa eficácia – se favorável a decisão. São aqueles em prol de quem se age; esses é que são os beneficiários dos efeitos favoráveis da sentença e beneficiários da imutabilidade de tais efeitos, ficando recobertos com a chamada imutabilidade da coisa julgada.

Negar isso é negar a razão cardeal de ser do processo coletivo. Essa estrutura é inteiramente coincidente com a da Lei da Ação Civil Pública e a do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Do lado ativo, quem atua no processo – *v. g.*, no caso de uma associação, como autora coletiva – do seu resultado não se beneficia. Quem não atua no processo, mas é ligado à associação (seus associados e seus membros, integrantes da classe ou da categoria) é que são os sujeitos a serem alcançados pelos efeitos do processo e, sendo favoráveis esses efeitos, são os que serão beneficiados, em definitivo, com a coisa julgada.

Essas premissas são aceitas sem discrepância no direito brasileiro, e o são, em rigor, universalmente, nos países que cuidam de ações coletivas.

Do lado passivo – em mandado de segurança coletivo, tal como no individual –, a parte não é o órgão coator<sup>59</sup>, senão que a pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado, delegatária de serviço público). *Ad absurdum*, se fosse o órgão coator, nunca haveria coisa

---

<sup>59</sup> Nesse sentido, entre inumeráveis outros autores, *v. Didier Junior (2002, p. 369)*.

julgada que submetesse a pessoa de direito público<sup>60-61</sup>. Esta afirmação é uniformemente aceita no direito brasileiro.

O processo individual do CPC fixa como regra a de que deve haver identidade entre o que postula e o direito a respeito do qual se postula; dizem respeito – tanto a postulação quanto o beneficiário dessa –, em função desse princípio geral, à mesma pessoa. É a regra que está no art. 6º, do CPC:

Há muito o professor Mauro Cappelletti já observara – e suas palavras fizeram eco e foram assumidas entre nós e fora do Brasil:

Era inevitável que a tradicional concepção privatística do processo civil se refletisse ainda na participação do juiz no processo, e, mais particularmente, sobre tipos de remédios e de sanções remetidas ao poder do juiz, *e também sobre efeitos dos provimentos judiciais*. De um lado, segundo aquela concepção, a tarefa do juiz é, sobretudo, de reintegrar a parte em Juízo no gozo de seu próprio direito; de outro lado, os efeitos da coisa julgada se limitam, essencialmente, às partes na causa”. Mas, ‘no caso de ações para tutela dos interesses coletivos (que, por brevidade, podem chamar-se ‘ações coletivas’), tais esquemas resultam, evidentemente, inadequados. A parte presente no processo não age por si, mas para a coletividade: é a coletividade inteira que deve ser reintegrada no gozo de seu ‘direito coletivo’. E, como isso comporta, obviamente, o aprimoramento das exigências de lealdade e colaboração das partes e do interventor e controle do juiz sobre o processo; e, comporta, outrossim, que os efeitos das decisões devam estender-se também aos sujeitos não presentes na causa (CAPPELLETTI, 1977, p. 151/152).

Autor que tem se dedicado intensamente ao estudo das ações coletivas – Prof. Antonio Gidi, professor hoje na Universidade de Houston, Estados Unidos, onde leciona também o direito coletivo do Brasil –, estudando com densidade as ações coletivas do Brasil em relação à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, observa que:

A sentença [coletiva] deve ter efeitos obrigatórios *ultra partes*, para além das partes. O caráter *erga omnes* (contra todos) da coisa julgada é elemento essencial do processo de ação coletiva (GIDI, 2004, p. 98).

Enfim, deve-se sublinhar que a marca da tutela coletiva dos direitos – e aí se insere, evidentemente, o mandado de segurança coletivo – diz respeito aos beneficiários do resultado do processo e, assim, aos limites subjetivos da eficácia da decisão e da sua coisa julgada em que, diversamente da coisa julgada tradicional, o rol de pessoas que deverá ter as suas esferas

<sup>60</sup> É o que observa Souza (2000, p. 13); o pensamento desse autor é acolhido por Lopes (2002), o qual conclui que “O sujeito passivo no mandado de segurança é a **pessoa jurídica** a cujos quadros pertence a autoridade de quem emanou o ato impugnado. A autoridade pública **não pratica o ato em nome próprio**, mas como representante da pessoa jurídica, e, por isso, não ostenta titularidade para funcionar no pólo passivo da ação. A coisa julgada no mandado de segurança opera-se em relação à pessoa jurídica, e não à pessoa física” (LOPES, 2002, p. 419-420).

<sup>61</sup> Especificamente considerando o mesmo assunto, no plano do mandado de segurança em relação ao direito tributário, Costa (2002, p. 734-735) firma o mesmo entendimento, qual seja, o órgão não é a parte; ele, apenas, representa ou apresenta a pessoa jurídica de direito público, que é a parte, fazendo menção expressa aos ensinamentos de Arruda Alvim (1998, p. 49 e 64-74), onde se aborda com largueza o assunto.

jurídicas afetadas será mais amplo, de molde a atingir a coletividade substituída pelo impetrante<sup>62</sup>.

Precisamente porque o mandado de segurança coletivo é uma garantia constitucional, tal como assegurado pelo inc. LXX, do art. 5º, é que os beneficiários dos efeitos da coisa julgada da sentença que venha a ser nele proferida não podem ser aqueles contemplados nos arts. 467 e 472, do CPC (CAIS, 2004, p. 399 e 2007, p. 413):

A bem da verdade, os efeitos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo impetrado pelas entidades descritas na alínea *b*, do art. 5º, LXX, da CF (“organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”) alcançam todos os membros ou associados, como expressamente assegura o texto constitucional.

Quanto aos partidos políticos, cuja legitimação se depreende da alínea *a*, a titularidade para o mandado de segurança coletivo não se encontra expressamente vinculada aos interesses de seus filiados. Contudo, pelo só fato de a alínea *a* não se referir aos interesses que podem ser tutelados por esta via, não se pode entender que a legitimação é irrestrita. Os limites da legitimidade dos partidos políticos encontram-se circunscritos ao programa, às propostas defendidas pelo mesmo, uma vez que o partido político deve exercer suas atividades em conformidade com seu estatuto e programa (art. 5º, Lei 9096/95). Orientação diversa é a ostentada por Barbi (1993), que, após relatar os diversos posicionamentos a respeito da legitimação dos partidos políticos, termina por compreendê-la da forma mais ampla possível. Veja-se:

Estabelecido pela Constituição quais as pessoas legitimadas, surge o primeiro problema: quando os partidos políticos são legitimados para requerer mandado de segurança coletivo? Dentro dessa mesma linha liberal que sempre adotei, penso que os partidos políticos, desde que tenham representação no Congresso Nacional, podem requerer Mandado de Segurança coletivo para proteger quaisquer interesses difusos ou direitos subjetivos de pessoas. Essa posição ampla, defendida por mim e por Ada Pelegrini Grinover, baseia-se em princípios mais liberais e também no fato de que a Constituição não restringe, não cria nenhuma limitação. Essa interpretação, no entanto, não é esposada por outras pessoas: Calmon de Passos limita e expressa seu pensamento da seguinte

---

<sup>62</sup> Esse ponto foi remarcado pela doutrina: “Entre as peculiaridades da coisa julgada coletiva, a primeira delas está, naturalmente, na extensão da imutabilidade do *decisum* [ao lado dos seus efeitos, além das partes, também] para além das partes formais do processo – o que não ocorre nas ações estritamente individuais.” (MAZZILLI, 2005, p. 11). Os colchetes são nossos.

A esse respeito, José Roberto dos Santos Bedaque assevera que “a coisa julgada *erga omnes*, portanto, nos processos cujo objeto seja um interesse difuso ou coletivo, decorre de circunstância inerente à própria natureza do direito, isto é, sua indivisibilidade. Também nos chamados interesses individuais homogêneos, ou seja, aqueles direitos subjetivos, divisíveis, que, por circunstâncias, receberam tratamento coletivo, a coisa julgada atinge terceiros, mas *secundum eventum litis*. Tais observações visam demonstrar que o regime da coisa julgada tem peculiaridades nas demandas coletivas, em virtude da natureza da relação jurídica material, mormente do objeto dessa relação.” (BEDAQUE, 1995, p. 96).

forma: ‘Não, o partido político só pode agir, só tem legitimação para agir, quando não houver uma entidade de classe, sindicato ou associação; só age supletivamente.’

Não vejo razão para essa limitação. Diz Calmon: ‘se não for assim, os partidos políticos vão sair requerendo mandado de segurança a esmo’. Esse é argumento *ad terrorem*. Pode parecer que realmente o Poder Judiciário brasileiro iria ficar tumultuado, sufocado por milhares de demandas dos partidos políticos. Na verdade, isso não acontece. Acho perfeitamente defensável a tese de uma legitimação ampla dos partidos políticos, porque os mesmos, ainda que agindo por interesse eleitoral, atuam; e, na prática, não estão abusando desse direito de requerer o mandado de segurança. Se eventualmente houver algum abuso, cabe ao Poder Judiciário reprimir, indeferindo mandados incabíveis...

Alguns autores procuram uma interpretação intermédia, nem tanto na posição mais liberal, nem tanto na posição mais limitativa do professor Calmon de Passos. Encontramos aqui a posição intermédia de Barbosa Moreira e Athos Gusmão Carneiro. Barbosa Moreira entende que os partidos políticos são legitimados em duas hipóteses: primeiro, quando se trata de direitos de seus filiados. Nesse caso quase nunca será utilizado, porque os filiados de partidos políticos, na verdade, são muito poucos, uma vez que a maior parte da população vota, mas não se filia. Segundo, quando as pessoas interessadas forem destinatárias de pontos do programa partidário. Já o Ministro Gusmão Carneiro considera legitimados os partidos se os direitos questionados forem aqueles sob direta e imediata tutela constitucional, acima de considerações pertinentes a classe, profissões, etc. E exemplifica: seria então o direito à liberdade de culto, de pensamento, etc. Quer dizer, só estes direitos mais amplos, mais gerais, que dizem respeito à liberdade de pensamento, liberdade de palavras, liberdade de culto, é que seriam reclamados pelos partidos políticos. Confesso que, nessa parte, não comungo com o Ministro Gusmão, não vejo razão para essa limitação. (...)

Apesar do respeito que tenha pela opinião do Professor Barbosa Moreira e do Ministro Gusmão, continuo na tese liberal: deve-se reconhecer aos partidos políticos, principalmente pela amplitude do campo em que agem, uma liberdade muito grande para reclamarem, através do mandado de segurança coletivo, quanto à ilegalidade de lese direitos ou interesses difusos (BARBI, 1993, p. 288-290).

No caso dos partidos políticos, parece-nos, na linha do que sustenta José Carlos Barbosa Moreira, justificável a pertinência *mínima* entre o programa do partido e o interesse veiculado pela via do mandado de segurança, à vista do próprio sistema partidário previsto na Constituição Federal e essencial à concretização do Estado Democrático de Direito. Por conta disso, não se afigura razoável que um partido político possa impetrar mandado de segurança em defesa de interesse coletivo ou difuso que se encontre em dissonância com sua plataforma política. Isso não significa que se esteja a exigir autorização estatutária expressa para a impetração ou defesa dos interesses exclusivos dos filiados<sup>63</sup>, porquanto a Constituição Federal não prevê tal possibilidade; também não se está a defender uma interpretação

---

<sup>63</sup> Em sentido diverso, o STJ entendeu pela necessidade de autorização estatutária e configuração do interesse dos filiados do partido no julgamento do MS 197/DF Rel. Ministro José de Jesus Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Garcia Vieira, 1ª Seção, j. 8/5/1990, DJ de 20/8/1990 p. 7.950. Conquanto atualmente a jurisprudência do STJ não exija autorização dos substituídos para a impetração de mandado de segurança por associação, não há notícia de julgados que tenham infirmado esta interpretação restritiva da legitimidade partidária, mormente quanto a sua restrição às questões políticas que envolvam os filiados.

restritiva dos programas partidários<sup>64</sup>, mas, isto sim, que não se pode conceber o ajuizamento desse *writ* por partido político em defesa de interesses que colidem com seu programa.

No caso das entidades associativas e dos sindicatos (alínea *b*), contudo, a vinculação da eficácia aos respectivos membros encontra-se prevista no texto da Constituição. E é por isso que não é possível que qualquer norma infraconstitucional venha a alterar-lhe – menos ainda restringir – o seu alcance. Como bem observa FERRAZ (1993), na afirmação de que o mandado de segurança coletivo foi erigido à estatura de garantia fundamental pela Constituição da República, está implicado que “[a] Constituição é um patamar mínimo de direitos; sua incidência, e seu elenco mesmo, podem ser ampliados; o que não se admite é sua restrição ou estreitamento; (...)” (FERRAZ, 1993, p. 27)<sup>65</sup>.

Por outro lado, em relação ao sujeito passivo, impetrado que tenha sido contra pessoa jurídica de direito público, através da autoridade coatora, é aquela que será o sujeito passivo e que suportará a eficácia da decisão.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é precisamente nesse sentido, ou seja, que “a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem.”<sup>66</sup> Com esse mesmo entendimento, reconheceu-se que “[o] Estado do Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica de direito público a que pertence o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do presente mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para se insurgir contra a decisão que deferiu a ordem.”<sup>67</sup> Igualmente, é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Como a que se pôde verificar no MS 1252/DF (Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, 1ª Seção, j. 17/12/1991, DJ de 13/4/1992, p. 4968).

<sup>65</sup> De acordo: Fagundes (1957, p. 332).

<sup>66</sup> STF – RE-AgR 233319 – PB – 2ª T. – Relª Min. Ellen Gracie – DJU de 12/9/2003 – p. 43. (destaques nossos).

<sup>67</sup> STF – RE-AgR 368715 – MS – 2ª T. – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU de 22/8/2003 – p. 00047. No mesmo sentido, ainda, a respeito da jurisprudência do STF, Souza (2000); e, na doutrina, Figueiredo (1991, p. 36).

<sup>68</sup> V. jurisprudência do STJ, no mesmo sentido, coletada por Souza (2000, p. 17). E, especialmente, ver, ainda: “PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCURADOR DO ESTADO – PUBLICAÇÃO – DIÁRIO OFICIAL – ART. 169, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – OFENSA – INEXISTÊNCIA – 1. Em publicação de sentença em mandado de segurança, mesmo que o nome da parte venha expresso por abreviatura pela qual ela é conhecida, não ocorre ofensa ao parágrafo único do art. 169 do CPC, **porquanto o pólo passivo da relação processual é ocupado sempre pela pessoa jurídica de direito público (ou pela pessoa jurídica de direito privado que exerça funções delegadas do poder público a que se vincula a autoridade coatora)**, estando expressos na publicação o número do processo, os nomes do autor e dos advogados, facilmente identificáveis. Precedentes. 2. Recurso não conhecido.” (STJ – REsp – 279419 – MA – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU de 10/9/2001 – p. 00426).

“(...) 3. A autoridade coatora, no mandado de segurança, é notificada para prestar informações, cessando sua intervenção, quando oferecidas estas, razão pelo qual a legitimatio *ad processum* para recorrer da decisão deferitória do mandamus é do representante da pessoa jurídica a que pertence o órgão supostamente coator. 4. Outrossim, é cediço em sede clássica doutrinária que: “a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa

Cumpra-se aprofundar o assunto da abrangência da coisa julgada coletiva no mandado de segurança coletivo, na hipótese de ter sido impetrado por associação.

Se a parte no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado, delegatária de serviço público), disso se segue que, num mandado de segurança impetrado, *v.g.*, contra autoridade coatora integrante dos quadros da União, quem ficará vinculada à eficácia da decisão será a União. Se o órgão que presta informações não é a parte, disso se segue que não há de ser considerado para o estabelecimento da identidade da lide contida no mandado de segurança, senão que a parte passiva é a pessoa jurídica e é esta que conta para a identificação da ação (lide).

A autoridade coatora, ou a autoridade em relação à qual se teme a coação, igualmente designável como autoridade coatora, é órgão integrado na pessoa de direito público, e esse órgão não é o sujeito passivo, senão que apresenta ou representa a pessoa de direito público prestando informações e, sucessivamente, quem atua é a própria pessoa de direito público. Quem passa a agir, sucessivamente, é a pessoa de direito público.

Se a parte no mandado de segurança coletivo é a pessoa jurídica de direito público, é em relação a esta que se produzem os efeitos decorrentes da concessão, sendo, por isso, absolutamente irrelevante considerar-se esta ou aquela autoridade, este ou aquele órgão público, que representou a pessoa jurídica de direito público, para o fim de saber se a pessoa

---

*jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora.(...) o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem 'capacidade de ser parte' do nosso direito processual civil".* E continua o referido autor: “A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a ‘pedido de informações à autoridade coatora’ significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como ‘representante’ daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte” (BARBI, 2000, p. 125). E “a abertura de vista ao apelado é formalidade essencial” (MOREIRA, 1998, p. 456). No mesmo sentido, o entendimento do STF: (RE-AgR 412430 / MS . Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 13/12/2005; DJ de 17/03/2006, p; 40) 5. “Em tema de mandado de segurança, o coator é notificado para prestar informações. Prestadas estas, sua intervenção cessa. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do mandamus. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada’ (Acórdão unânime da 1ª T., Rel. Min. Soares Muñoz, RE 97.282-9-PA , DJU de 24/9/92)” (Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, 20ª Ed., p. 97) 6. Precedentes: REsp 619461/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 6/9/2004; ROMS 14.176/SE, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 12/8/2002; REsp 601.251/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 4/4/2005; REsp 646.253/MA; Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7/3/2005; REsp 647.409/MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/2/2005; EDcl no REsp 647.533/MA, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27/9/2004. 7. A nova redação dada pela Medida Provisória nº 2.180/2001, ao § 4º, do art. 1º, da Lei nº 8.437/92, determinando que “Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado”, revela evidente a necessidade de intimação pessoal das liminares concedidas em sede de mandado de segurança e, com muito mais razão, reforça a imperatividade da intimação da sentença. 8. Precedentes da Primeira Seção: EREsp 785.230/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, julgado em 10/10/2007, DJ de 22/10/2007 p. 188; EREsp 647.366/MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, julgado em 14/3/2007, DJ de 9/4/2007 p. 221; REsp 649.019/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 27/4/2005, DJ de 21/5/2007 p. 531. 13. Recurso Especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão da sentença concessiva da segurança.” (REsp 842.279/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., j. 3/4/2008, DJe de 24/4/2008 )

jurídica de direito público está ou não submetida à eficácia da decisão e à coisa julgada. A consideração do órgão é relevante, no entanto, para se identificar a pessoa jurídica de direito público, pois entre aquele e esta há de haver relação, dado que aquele deve estar alojado nesta.

O fato de a lei determinar a notificação da autoridade coatora para a prestação de informações e exigir sua indicação no pólo passivo não a torna, tecnicamente, ré no mandado de segurança, já que, em última análise, quem irá suportar a eficácia de eventual sentença desfavorável será a pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado, delegatária de serviço público); como, ainda, denegado a segurança, pelo mérito, é a pessoa jurídica que disso será beneficiária. Tanto assim que, atualmente, é exigida a intimação desta última em casos de concessão de medida liminar, sendo a pessoa jurídica a única legitimada para a interposição de recursos contra decisões desfavoráveis no mandado de segurança.

Se a pessoa jurídica de direito é uma das partes, a outra parte processual, é a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; os beneficiários são os associados ou os sindicalizados. São aqueles em prol de quem a parte processual age ativamente que serão os beneficiários dos efeitos da decisão, cobertos pela coisa julgada.

Desta forma, a eficácia da decisão e sua coisa julgada, pois, atingem a pessoa jurídica de direito público, e, de outra parte, se direciona beneficentemente – no caso de procedência – para os membros da organização sindical, entidade de classe ou associação civil ou a coletividade substituída pelos partidos políticos. A finalidade colimada e suscetível de ser obtida em mandado de segurança coletivo é, precisamente, a proteção dos membros ou associados e, no caso da legitimação dos partidos políticos, a própria coletividade afetada.

À semelhança do que ocorre – raramente, diante da escassez das previsões de substituição processual no processo individual – em que o substituído processual é aquele em relação ao qual se opera o efeito da coisa julgada e, se favoráveis os efeitos da decisão, é este, o substituído, o beneficiário do resultado, em decorrência do agir do substituto, no mandado de segurança, em relação à atividade da impetrante em prol da coletividade (alínea *a*) ou de seus membros e associados (alínea *b*), a configuração é a de substituição processual<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Nesse sentido, já se pronunciou o Pleno do Superior Tribunal de Justiça:

“I – **A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.**

II – Não se exige, tratando-se de **segurança coletiva**, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.” (STJ, Pleno, MS 22.132/RJ, relator Min. Carlos Velloso, DJU de 18/11/1996, p. 39.848) (Destques nossos).

Tratando-se de substituição processual, a legitimidade para o processo decorre da lei, por isso que não há de cogitar-se de autorização. Quando, por exemplo, uma associação atua em relação àqueles pelos quais essa atuação é realizada, são estes os beneficiários dos efeitos favoráveis, que resultem protegidos pela coisa julgada<sup>70</sup>.

A esse respeito, Meirelles (2000, p. 101) preleciona que “a coisa julgada afeta toda a coletividade representada ou substituída pelo impetrante se o pedido for julgado procedente (no caso do mandado de segurança coletivo, se a ordem for concedida.” Corroborando esse entendimento:

O primeiro ponto tem que ver com o sujeito ativo da ação, mais particularmente, com a extensão de sua representatividade. Assim, e por exemplo, sendo o *writ* ajuizado por sindicato, não só os seus associados, mas toda a categoria econômica ou operária, por ele tutelada, é atingida pelos efeitos da coisa julgada. (...) Por isso, a decisão concessiva da segurança aqui terá cunho declaratório amplo, normativo mesmo, e beneficiará toda a gama de componentes do universo que o sindicato, por força legal, tutela, e não apenas seus efetivos associados. (FERRAZ, 1993, p. 144-145).

Neste norte enfileiram-se inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando que a orientação deste Tribunal é consolidada no sentido de que a eficácia da coisa julgada se estende a todos os associados – indistintamente – da entidade autora da impetração<sup>71</sup>. Sendo indivisível o direito tutelado, já decidiu o STJ, em Acórdão de relatoria

---

E, mais recentemente, com o mesmo sentido: “CONSTITUCIONAL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – ASSOCIAÇÃO – ATUAÇÃO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL – AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS – DISPENSÁVEL – ART. 5º LXX, DA CF – 1 – Já é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência no sentido de que as associações não precisam estar autorizadas pelos seus associados para impetrarem Mandado de Segurança Coletivo em defesa de seus respectivos direitos e interesses. Trata-se de legitimação extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual, com base no art. 5º, LXX, da CF. 2 – Precedentes (RE nº 193.382/SP, RMS nºs 3.298/PR e 12.748/TO). 3 – Recurso conhecido e provido para, anulando o V. Acórdão de origem, conhecer da impetração, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para exame do mérito.” (STJ, ROMS 14849/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 4/8/2003, p. 00333).

Identicamente ainda o Supremo Tribunal Federal: “– **A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual.** CF, art. 5º, LXX.” (STF, 2.ª Turma, RE nº 212.707-DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 20.2.1998). (negritos nossos). Neste norte, aliás, a STF veio a editar duas Súmulas com referência ao tema, a saber: **Súmula 629/STF**: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.” – **Súmula 630/STF**: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”

<sup>70</sup> É o que observa Thereza Alvim, para quem “Em havendo a legitimação extraordinária, aquele que não participou do processo é alcançado pela decisão judicial e pela coisa julgada material, que, sobre ela, recairá.” (ALVIM, 1996, p. 89).

<sup>71</sup> “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO POR ASSOCIAÇÃO. EFEITOS DA COISA JULGADA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. I – A ausência de prequestionamento da matéria relativa ao quantum fixado a título de honorários advocatícios, embora opostos embargos declaratórios, impede sua admissibilidade, a teor da Súmula nº 211 do STJ. II – Quando se tratar de mandado de segurança coletivo impetrado por associação de classe, os efeitos da coisa julgada são estendidos aos seus associados, bastando a comprovação de que são filiados à referida entidade, o que restou configurado nos autos. Precedentes: AgRg no AG nº 435.851/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 19/5/03 e RMS nº 9.624/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 6/9/99. III – Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 672810/PR, Ministro Francisco Falcão, DJ de 1/7/2005 p. 410).

do Min. Luiz Fux, que a coisa julgada aproveita a todos os que integrem a classe titular do direito coletivo<sup>72</sup>.

### 3.3.2. Dos instrumentos direcionados à proteção do Direito Objetivo (Controle de Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos pelo Supremo Tribunal Federal)

Ganham relevo os instrumentos destinados ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, visto que devem ser considerados instrumentos de tutela do direito objetivo constitucional. Sua evolução revela, por si só, a grande influência das normas constitucionais sobre o direito nos dias atuais.

É possível, pois, afirmar que, ao lado dos instrumentos que tutelam os direitos subjetivos fundamentais (de índole coletiva e individual), a Constituição Federal de 1988 previu instrumentos destinados ao próprio controle e salvaguarda do direito objetivo, mormente constitucional, muitos dos quais são tradicionais no direito constitucional brasileiro e que atualmente estão no art. 102, da CF; a saber: no seu inciso I<sup>73</sup> e no seu inciso III<sup>74</sup>.

Inovou o constituinte ao prever, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, instrumento destinado à declaração de inconstitucionalidade por omissão (ação direta de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º, CF)<sup>75</sup> e a arguição de

<sup>72</sup> Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 435.851-PE, 1ª Turma, j. em 6.maio.2003, rel. Min. Luiz Fux, v. u., onde se frisou: “Por ser indivisível o interesse coletivo é que a coisa julgada no *writ* a todos aproveita, sendo filiados à entidade associativa impetrante, sejam aos que integram a classe titular do direito coletivo, dizendo-se, aliás, possuir eficácia ultra partes” (p. 5 e 6, do acórdão), aí referida doutrina no mesmo sentido do fundamento do acórdão.

<sup>73</sup> Cabe ao STF processar e julgar originariamente: art. 102, I: “a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)”. A eficácia do resultado deste processo encontra-se disciplinada no § 2º, do art. 102 e na Lei 9.868/99.

<sup>74</sup> Dispõe esse texto, que cabe ao STF processar e julgar: art. 102,..... “III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/3/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>75</sup> Cuida-se de ampliação do objeto da ação direta, assim instituída pela CF/88: “§ 2º – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º)<sup>76</sup> – este último instrumento verdadeiramente inovador no direito brasileiro, por se tratar de controle concentrado e, ao mesmo tempo, concreto, que parte de caso específico para permitir ao Supremo declarar, em primeira e última instância, a inconstitucionalidade de determinada conduta, com efeitos *vinculantes e erga omnes*.

O entendimento que prevalece no STF é o de que não cabe a arguição de preceito fundamental se existirem outros meios para solucionar o que se pretenderia resolver através da arguição de preceito fundamental.

Embora o STF admita que a subsidiariedade da utilização da arguição de preceito fundamental não pode servir de impedimento ao ajuizamento da ADPF nas hipóteses de ofensa ampla a preceito constitucional que mereça uma resposta imediata, o Supremo Tribunal Federal já negou cabimento a ADPF por esse fundamento por diversas vezes, conforme se exemplifica a seguir: ADPF 03 (CE); ADPF 12 (DF); ADPF 13 (SP); ADPF 15 (PA); ADPF 17 (AP); ADPF 18 (CE); ADPF39 (DF); ADPF 56 (DF); ADPF 63 (AP); ADPF 64 (AP); ADPF 74 (DF); ADPF 76 (TO); ADPF 78 (RJ); ADPF 84 (DF); ADPF 85 (CE).

Há, todavia, autorizada interpretação, mais ampla, relativizadora da subsidiariedade no tocante às decisões judiciais, por vozes autorizadas. Trata-se do entendimento no sentido de que “[a] subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatidade e amplitude que a própria ADPF. Em se tratando de decisões judiciais, não seria possível o manejo de qualquer ação de nosso sistema de controle concentrado. Da mesma forma, o recurso extraordinário não daria resolução de maneira definitiva como a ADPF” (ADPF 79 MC (PE), Ministro Cezar Peluso).

A noção dessa interpretação ampliativa da Constituição permite concluir que o descumprimento que autoriza o ajuizamento da ADPF não se refere a preceito constante da CF, mas também a preceito fundamental dela decorrente. Sob essa perspectiva, a violação poderia se referir à lei, desde que acarretasse descumprimento a preceito fundamental da Constituição, ainda que pela via reflexa. Esse entendimento é bastante abrangente, mas deve ser conciliado ou somado ao requisito da “relevância da matéria constitucional”.

---

<sup>76</sup> “§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/3/93)”. Este dispositivo foi regulamentado pela Lei 9.882/99. É a lei 9.882/99, no seu art. 10, § 3º, que estabelece eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”, como, ainda, é nesta lei que se estabelece a possibilidade de modulação da eficácia.

Além disso, de acordo com o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a gravidade da violação à lei, a que se há de agregar a importância da matéria constitucional a que geneticamente se liga a lei, autoriza o entendimento de que foram descumpridos preceitos fundamentais. Embora admita as dificuldades decorrentes da orientação no sentido de que “toda violação à norma infraconstitucional configura também violação à Constituição”, Mendes (2007) preconiza a adoção desse entendimento para fins de se delinear o conceito de preceito fundamental nos casos de ADPF ajuizada com base em decisões judiciais sem base legal ou com falsa base legal.

Esse entendimento não exclui, portanto, a necessidade de se demonstrar que **o grau de intensidade da violação, ainda que reflexa, a preceito fundamental autoriza a ADPF.**

A análise do enquadramento do caso à hipótese de cabimento da ADPF dependerá, portanto, da avaliação do STF acerca da gravidade do descumprimento à legislação infraconstitucional e, por consequência (contaminação), à própria Constituição (MENDES, 2007, p. 72 e ss.).

Todas essas matérias encontram-se na Constituição Federal por ser o Brasil uma federação. Assim se passa com o Recurso Extraordinário (e com o Recurso Especial), à semelhança do que ocorre com os Estados Unidos, Alemanha e Argentina, também federações, ainda que nem todos esses países prevejam o cabimento de um recurso, análogo ao extraordinário, em suas Constituições. A Constituição Federal deve ter uma unidade de entendimento (STF), e, igualmente, o direito federal ordinário (STJ).

Considerado o assunto no plano da constitucionalidade das leis federais e estaduais em relação à CF, há de ser referido o que está previsto em relação ao âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, da competência do STF, ao abrangerem também as leis estaduais havidas como contrárias à Constituição Federal. Acresce ter presente, ainda, estar previsto pedido de medida cautelar em tal modalidade de ação (art. 102, I, letra *p*, da CF; art. 10 e ss. da Lei nº 9.868, de 10/11/1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal).

O controle concentrado da constitucionalidade é, por excelência, o instrumento destinado à guarda e prevalência da Constituição Federal sobre a legislação infraconstitucional, abrangida pelo espectro deste processo objetivo,<sup>77</sup> que, com aquela, material ou formalmente colida, colimando expungir do ordenamento norma inconstitucional;

---

<sup>77</sup> Do âmbito dessa ação refoge o exame das leis municipais em relação à Constituição Federal.

ou, imprimindo a uma norma a interpretação possível à luz da Constituição Federal – interpretação conforme; ou, ainda, declarando a constitucionalidade de lei.

Na chamada *nulidade parcial sem redução de texto*, não há fratura no texto normativo, senão que se trata de atividade de identificação de algum ou alguns significados em face da Constituição, em que, se atos fossem lastreados nesses sentidos, o significado seria inconstitucional. A orientação do STF não inclui no âmbito de controle o confronto de lei anterior com a Constituição posterior, por isso que entende tratar-se de assunto relacionado com a revogação de norma.

A competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou de Estado federado – e mesmo para declarar a inconstitucionalidade por *omissão legislativa* –, em relação à CF, é competência **exclusiva**<sup>78</sup> e nenhum outro órgão do Poder Judiciário do País a tem em identidade de condições; i.e., na esfera federal, em que se inclui o controle das leis estaduais contrárias à Constituição Federal.

O mesmo se há de dizer respeitadamente à ação declaratória de constitucionalidade, com objeto análogo, mas com resultado perseguido às avessas<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> O Ministro Moreira Alves observa lúcida e judiciosamente que “O controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, a forma *incidenter tantum* é de natureza excepcional, se só se permite nos casos expressamente previstos na própria Constituição, como consecutório, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado” (cf. no REExt. 91.740-RS, publicado na RTJ vol. 93, p. 461-462). Idêntica ideia é sublinhada novamente pelo Ministro em sede doutrinária (ALVES, 1993, p. 7).

<sup>79</sup> Dispõe a CF que aos Estados federados caberá criar esta modalidade de ação (art. 125, § 2º, CF), em relação às leis estaduais e municipais com referência às respectivas constituições estaduais. Interpretando este dispositivo (art. 125, § 2º), já teve oportunidade de entender o Supremo Tribunal Federal que a Constituição Federal somente admite o controle em abstrato de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça do Estado, pelo que incabível, por via da ação direta, o contraste de leis emanadas destes componentes da Federação perante a Constituição da República, seja diante o STF, seja diante os Tribunais de Justiça locais. Neste sentido, cf. *RTJ* 147/404 e ADIn 1.268-1/MG, rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.4.1995, *DJU*, I, de 26/4/1995, p. 10.727. Já se decidiu, no entanto, em julgado mais recente, que, havendo propositura simultânea de ADIn contra lei estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça, deve-se determinar a suspensão do processo no âmbito da justiça estadual, até a deliberação definitiva do STF (STF, Pet. 2.701-AgR, rel. para o ac. Min. Gilmar Mendes, DJ de 19/3/2004). Diferente é a questão atinente à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça dos Estados, alegando que determinadas leis municipais violam dispositivos das Constituições Estaduais, que nada mais sejam que repetições de dispositivos constantes da Constituição Federal. Em longo e erudito voto, o Min. Moreira Alves acabou por firmar o entendimento, acolhido por maioria no Plenário do STF, de que é possível, nestes casos, a ação direta perante a Corte *local*, sendo resguardada a competência do STF pela possibilidade de interposição de recurso extraordinário quando a interpretação dada pela Corte Estadual contrariar o dispositivo constitucional símile (Reclamação 383-3/SP, j. 11/6/1992, acórdão inserto em RAMOS, 1994, p. 147-178). Esta orientação tem sido seguida em julgados mais recentes: “Parâmetro único de controle: a Constituição do próprio Estado-membro ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal. Impossibilidade, contudo, tratando-se de jurisdição constitucional *in abstracto* do Estado-membro (ou do Distrito Federal), de erigir-se a própria Constituição da República à condição de paradigma de confronto. A questão da incorporação formal, ao texto da carta local, de normas constitucionais federais de observância obrigatória. ‘Estadualização’, nessa hipótese, de tais normas constitucionais, não obstante o seu máximo coeficiente de federalidade. Legitimidade desse procedimento. Hipótese em que as normas

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema atinente ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela via concentrada – através das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, *caput* e § 2º, CF), ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, § 4º, CF) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) –, seja pela via difusa – por meio do recurso extraordinário –, o que sobreleva notar é a importância da função do STF como guardião da Constituição Federal, que, inclusive, ensejou parte das inovações implementadas pela Emenda Constitucional nº 45/2002.

#### **3.4. Duas inovações oriundas da Emenda Constitucional 45/2002 voltadas à otimização da atividade do STF**

Por intermédio do disposto no art. 103-A da CF, se instituiu a chamada *súmula vinculante*, através da qual a interpretação dada pelo STF deverá irrefragavelmente prevalecer, sendo inviável outra, que não a vinculantemente sumulada.

A instituição da súmula vinculante afeta o disposto no art. 5º, II, da CF, no sentido de que se a lei era e é, normalmente, o comando *imediato* para os juízes, administrações públicas e jurisdicionados, na hipótese da súmula vinculante a lei continuará sendo esse comando, *mas tal como o haja interpretado e como tenha sido estabelecido vinculantemente pelo STF* e não comporta entendimento diferente desse. Isto é, a súmula vinculante afasta a lei como comando imediato. Pode-se dizer que, na hipótese de súmula vinculante, o comando imediato é o que dessa súmula consta. A certeza, entendida sob a ótica de um dos seus mais significativos aspectos em direito, o da previsibilidade, é um dos valores funcionais máximos dos ordenamentos; e é insuprimível – além de certo limite –, sob pena de gerar caos. A previsibilidade significa segurança em relação ao futuro.

Principalmente quando esse valor puder resultar seriamente comprometido, surge a situação ou o ambiente previsto para a possibilidade da edição de súmula. Afirma-se isso porque o art. 103-A, no seu § 1º, da CF, se refere a matérias que poderão vir a ser vinculantemente sumuladas quando “acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

---

‘estadualizadas’ poderão ser consideradas como parâmetro de confronto, para os fins do art. 125, § 2º, da Constituição da República” (STF, Rcl. 3.436-MC, rel. Min. Celso de Mello, *Informativo* 394).

De todo o modo, tal como ocorre com as ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade julgadas pelo STF, “a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual em face da Constituição estadual, quando se torna irrecorrível, tem eficácia *erga omnes*, vinculando, por isso, necessariamente o Tribunal local de que ela emanou, como corretamente salientou o acórdão recorrido” (STF, AI 255.353-AgR, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10/8/2000).

Como se disse, a previsão da súmula vinculante afasta a lei como comando direto ou imediato para os jurisdicionados, juízes, organismos administrativos, porquanto, ainda que se haja de aplicar a lei, esta somente poderá vir a ser entendida e aplicada tal como, vinculadamente, vier a fixar o STF a respeito do seu entendimento, já preexistente à edição da súmula vinculante, em decisões suas anteriores.

Nos casos em que haja súmula, o art. 5º, inc. II, da CF, haverá de ser lido através da interpretação estabelecida pelo STF. É certo que, revogada a lei, desaparecerá a súmula<sup>80</sup>. As normas são vocacionadas a comportarem uma única interpretação numa mesma quadra histórica. Como as normas são interpretadas e aplicadas por muitos magistrados, essa unidade de entendimento, ainda que num mesmo segmento temporal e à luz das mesmas circunstâncias, não incomumente se desfaz<sup>81</sup>. E, especialmente, essa circunstância (da norma ser aplicada por vários juízes) gera diversidade de entendimentos que, por sua vez, ocasiona insegurança jurídica<sup>82</sup>.

A insegurança que se constitui no ambiente em que pode ser editada uma súmula vinculante, como se disse, deve ser **grave**, e se expressará pela multiplicação de processos, em que se consubstancia essa colisão de entendimentos, que não atende à posição firmada pelo STF em outras decisões dele mesmo e precedentes à possibilidade de uma súmula vinculante. Há alusão a decisões precedentes porque parte do texto instituidor da súmula vinculante alude a ela como só podendo vir a ser editada “após reiteradas decisões [do STF] sobre matéria constitucional, (...)”.

---

<sup>80</sup> Em relação às súmulas *persuasivas*, às vezes, estas continuaram a ser invocadas, diante de revogação, *por lei que vinha dispor no mesmo e exato sentido que a lei anterior*; isto inclusive se passou com normas constitucionais, v. g., entre outras, com as súmulas 282 e 356, do STF. Alteraram-se Constituições Federais e estas súmulas *persuasivas* sobreviveram. Em outras hipóteses, *que serão as comuns*, havendo incompatibilidade da súmula com o regime jurídico superveniente à edição daquela, a súmula não poderá ser invocada. É o caso da súmula 228, do STF, que dispunha: “Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir”. Com a superveniência do CPC/73, isto se alterou diante da inequívoca clareza de que, em tal hipótese, a execução era provisória.

<sup>81</sup> “Vendo agora o *avesso* representado pela imensa fragmentação de julgados presente na realidade brasileira, tem-se que nos julgamentos repetitivos e absolutamente desvinculados residem fatores que podem comprometer cada um desses ideais da boa justiça, porque (a) somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça poderão afastar de si os julgamentos desfavoráveis suportados nas instâncias locais, (b) por isso mesmo ou por outros fatores, reinará sempre entre os jurisdicionados alguma incerteza sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos, (c) o Poder Judiciário prossegue envolvido em um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia liberar-se da carga da repetição e dedicar-se com maior proficiência e celeridade a outros casos, e (d) as decisões do órgão competente para dada matéria ficariam sempre prestigiadas, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos os casos.” (DINAMARCO, 2000, p. 169).

<sup>82</sup> Dinamarco (2000, p. 182) anota que “Toda ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da *segurança*, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado”.

Por isso, a súmula vinculante objetiva, especialmente, suprimir esses muitos entendimentos colidentes que comprometem seriamente a certeza jurídica. As súmulas *persuasivas*, normalmente, representam e representaram o resultado e síntese linguística de jurisprudência dominante, e no enunciado dessas súmulas consta a suma desse resultado de tais decisões, com descarte de peculiaridades que não interessem à essência ou ao núcleo da descrição, retratada no enunciado sumular, que deve ser o descritor de uma situação geral, usualmente em linguagem análoga à da lei. Parece que são criadas através de um processo *indutivo*, a partir de decisões iguais em sua essência – ainda que verbalizadas diferentemente – cuja “tradução” no enunciado da súmula deve ser o entendimento do que se pode dizer ser o *denominador comum e constante* dessas diversas decisões. Referimo-nos à indução no sentido de que apurado e verbalizado o resultado comum, este, ainda que não substitua a lei, por certo ilumina o entendimento dessa ou da questão sistemática que resultou sumulada. Em regra será inócuo pretender não se seguir o que desse enunciado consta, em se tratando de súmula *persuasiva*. E esse enunciado, a seu turno, virá a proporcionar que dele *se deduza, similarmente ao que faria se de lei se tratasse*, a solução. Valerá como uma premissa maior.

Já em relação à sumula vinculante, as decisões que se constituirão no conteúdo do enunciado serão as do STF, seja porque em relação ao conjunto de decisões dos demais Tribunais, seja porque em relação a estes e os organismos da administração grassou “controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” (CF, art. 103-A, § 1º e art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.417, de 2006, que regulamentou a aplicação do instituto), o respectivo enunciado valerá incontestavelmente, sendo vedado desrespeitá-lo.

A súmula vinculante deverá nascer “*após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*” (art. 103-A, *caput*, CF), o que é indicativo de jurisprudência já firmada dentro do STF, e com vistas a suprimir a incerteza existente entre órgãos judiciários e entre estes e os administrativos, e, também, finalisticamente, com vistas a vir a eliminar a multiplicidade de processos em que se manifesta essa incerteza. A escolha do instituto pelo cabimento da reclamação como meio *específico* destinado ao prevalecimento do entendimento vinculantemente sumulado, especialmente nas hipóteses de *negativa de vigência* ou de *contrariedade à súmula*, explica-se pela circunstância de que, a hipótese – no que diz respeito à sua interpretação – já se encontra vinculantemente decidida pelo STF, e, sendo vinculante essa decisão, há de ter sido integralmente respeitada. Diversamente das *súmulas persuasivas*, a *súmula vinculante* incide coativamente.

Acrescentou, ainda, a Emenda Constitucional nº 45, o § 3º do art. 102 exigindo-se que, para o cabimento do Recurso Extraordinário, além dos seus precedentes requisitos de admissibilidade, a questão objeto do recurso tenha *repercussão geral*.

A repercussão geral tem por objetivo – alterando quantitativamente o que deverá ser julgado pelo STF – que ao STF caiba apenas a apreciação de questões que tenham importância para o País, justamente porque transcendem as decisões a elas respeitantes ao interesse dos litigantes; e, paralelamente, colima desafogar o Tribunal, que tem suportado há anos carga imensa, que não tem cessado de crescer. Hão de revestir-se os recursos extraordinários de um interesse nacional.

É um requisito que completa o perfil que deve ter um Tribunal de cúpula, particularmente o STF, que é “o” Tribunal de cúpula do País, para apreciar detidamente o que a ele é atribuído, produzindo, com melhores condições, decisões paradigmáticas e amadurecidas, que irão melhor servir ao direito e ao País. A disciplina da repercussão geral completou-se com a Lei nº 11.418/2006 e com modificações no Regimento Interno do STF<sup>83</sup>.

#### **4. Considerações finais**

Numa análise evolutiva do papel das Constituições sobre o direito, os direitos e instrumentos instituídos – e desenvolvidos – ao longo das constituições, especialmente a Constituição Federal de 1988, tornam perceptível, no plano prático, o crescimento da importância das normas constitucionais, não só no direito processual, como também nos demais ramos do direito.

É sensível, no plano do direito pátrio, a ampliação da abrangência da atividade jurisdicional, guiada não mais pela literalidade das regras infraconstitucionais, mas, antes, iluminadas pelos próprios princípios constitucionais orientadores da hermenêutica jurídica hodierna, dentre eles o princípio da proporcionalidade, que sobressai como critério balizador da aplicação dos demais princípios e regras.

O princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo em que, por seu *status* constitucional, justifica a ampliação da atividade dos magistrados no cumprimento de seu mister de aplicar o direito, limita tal atuação à observância de dois critérios que, se não se podem dizer absolutamente objetivos, ao menos servem como parâmetros mínimos a serem observados pelo intérprete. Por este princípio, afasta-se o sacrifício excessivo ou desnecessário a direitos fundamentais que, numa determinada circunstância, possam entrar em

---

<sup>83</sup> Para um texto mais amplo, de nossa autoria, v. publicado Berizonce, Hitters e Oteiza (2006).

colisão com outros, de igual hierarquia, mas que se revelem menos importantes no caso específico.

Pode-se afirmar, assim, que o princípio da proporcionalidade termina por orientar tanto a interpretação das normas jurídicas como, também, o controle de sua validade – e, por que não dizer, de sua constitucionalidade – em determinadas situações. E, no contexto atual da *constitucionalização do direito* e da disseminação dos *conceitos jurídicos indeterminados*, a utilização do princípio da proporcionalidade revela-se de crucial importância na atividade interpretativa do julgador.

Ao lado da nova conformação da hermenêutica, as Constituições – de que é exemplo a nossa – têm evidenciado sua supremacia também mediante a criação de novos direitos fundamentais, sem, com isso, desprezar os direitos precedentes, e cuidando de viabilizar seus respectivos instrumentos de tutela.

Assim é que sobressaem os instrumentos constitucionais de defesa dos direitos fundamentais, alguns já existentes (como é o caso da ação popular, do mandado de segurança) e outros instituídos pela CF/88 ou por ela erigidos à categoria de garantias constitucionais (como ocorre com a *ação civil pública*, o *mandado de segurança coletivo*, o *habeas data* e o *mandado de injunção*).

O controle de constitucionalidade, por sua vez, que cuida da validade e eficácia do próprio direito objetivo, merece destaque pela manutenção de instrumentos tradicionais – ações diretas e ações declaratórias de inconstitucionalidade; recurso extraordinário – e pela criação de novos mecanismos de controle, que têm por objetivo garantir o cumprimento dos preceitos fundamentais (ADPF) e exercer um controle efetivo sobre a atuação do legislador na consecução das normas constitucionais (ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

A evolução que se observa, porém, não se restringe às normas postas na Constituição Federal, visto que são reflexo da aplicação mesma dos princípios e normas da CF/88.

Assim é que se pode perceber que o mandado de injunção já começa a ser utilizado como instrumento para garantir o efetivo suprimento da inação legislativa, como se noticiou alhures; e que a utilização dos instrumentos voltados à defesa dos direitos coletivos *lato sensu* conduzem ao laborioso trabalho interpretativo dos tribunais em matérias como a legitimação e a coisa julgada coletivas.

Ainda, todas essas modificações resultaram na preocupação do constituinte derivado com a viabilização de recursos estruturais e procedimentais à atuação dos órgãos estatais, em especial do guardião maior da Constituição Federal, cuja otimização das atividades constituiu um dos principais objetivos da Emenda Constitucional nº 45.

Numa visão panorâmica, verificam-se as consequências legais, jurisprudenciais e estruturais de uma mudança de paradigma que, no decorrer de três a quatro séculos, resultou na efetiva concretização da supremacia constitucional, de molde a se poder afirmar que a Constituição de 1988 encontra, nos dias atuais e no plano prático, prevalência *real e prática* sobre a legislação infraconstitucional.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derecho fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *As Garantias do Cidadão*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. Discurso de instalação proferido ao ensejo da instalação da Assembleia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, nº 83, jan.-mar. de 1987, ano 24.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1987.

\_\_\_\_\_. O recurso extraordinário brasileiro e o instituto da repercussão geral (EC 45/2004). Notícia de projeto para sua disciplina por legislação ordinária. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (coord). *El papel de los tribunales superiores – Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 2006. p. 301-351.

ALVIM, Thereza Celina de Arruda. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Antecipação da tutela*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança no Direito Tributário*. São Paulo: RT, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança coletivo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição, fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (coord). *El Papel de Los Tribunales Superiores – Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONFANTE, Pietro. *Storia del Direito Romano*. 4. ed. Vol. I. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934.
- BUENO, Cássio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança, 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O processo tributário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, vol. 5, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Le pouvoir des juges*. Paris: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1990.
- \_\_\_\_\_. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999.
- COSTA, Regina Helena. Sujeitos do mandado de segurança em matéria tributária. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança, 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Natureza das informações da autoridade coatora. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança, 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões. *Revista de Processo*, nº 100, 2000.
- DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard UP, 2002.

FADDA, Carlo. *Le azione popolare*. Torino: 1894.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): Aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A Autoridade coatora e sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 1991.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Deliberação dos sócios*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular – Aspectos polêmicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública (Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 3. ed. portuguesa, tradução da 6. ed. alemã (1991), 1997.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança, 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. Sentença publicada na *Revista dos Tribunais*, v. 181, p. 836-845, setembro de 1949.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. *Revista de Processo*, vol. 125, São Paulo, RT, julho de 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação*

*declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 24. ed., atualizada por Arnaldo Wald. Malheiros: São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*. 21. ed., atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 23/94, 1ª quinzena de dezembro de 1994.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, nº 61, p. 187-200, jan.-mar. 1991.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 12. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao CPC*. Vol. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. Mandado de injunção. *Revista de Processo*, vol. 56, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*. Roma-Bari: Laterza, 1999.

PERELMAN, Chaïm. *Logica giuridica – Nuova retórica*. Coleção Civiltà del Diritto, vol. 39. Milano: Giuffrè, 1979.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder no direito administrativo. *RDA*, v. 6, out-dez 1946.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1994.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954.

SOUZA, Gelson Amaro. Parte passiva no mandado de segurança. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. V, n. 15, Curitiba: Gênese, jan-mar 2000.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *As garantias do cidadão*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VENTURA, Raúl. *Sociedade por quotas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2008.