

Yasmine Lopes

DIREITO E PROCESSO COLETIVO

PARA CONCURSOS DA
ADVOCACIA PÚBLICA

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



TEORIA GERAL DOS DIREITOS E DO PROCESSO COLETIVO

Neste capítulo estudaremos a teoria geral dos direitos coletivos, bem como as normas gerais que regem o processo coletivo.

Antes de imergir nos citados temas, faremos uma breve análise acerca das gerações dos direitos fundamentais, a fim de localizar os direitos coletivos e a evolução de sua tutela no ordenamento jurídico.

A doutrina clássica aponta a existência de 3 (três) gerações de direitos fundamentais. A moderna, por sua vez, chega a mencionar que estas são 5 (cinco).

Esquematizando os entendimentos, temos:

- 1ª geração: direitos ligados ao valor de liberdade, oponíveis ao Estado, o qual é destinatário do dever de abstenção (direitos civis e políticos);
- 2ª geração: igualdade material, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais;
- 3ª geração: fraternidade e solidariedade, direitos transindividuais (como o direito ao meio ambiente).

Bonavides¹, acrescenta mais duas gerações:

- 4ª geração: globalização política, direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (Norberto Bobbio, citado por Pedro Lenza,² acrescenta os direitos decorrentes dos avanços na engenharia genética relacionados à manipulação do patrimônio genético);
- 5ª geração: direito à paz.

1. BONAVIDES, Paulo (1996). Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros.

2. LENZA, Pedro (2016). Direito constitucional esquematizado. 20. ed. São Paulo: Saraiva.

Nesse sentido, onde podemos localizar os direitos coletivos que estudaremos neste livro?

A Constituição Federal faz expressa referência, em diversos dispositivos, aos direitos coletivos. O Título II, Capítulo I, por exemplo, traz os “direitos e deveres individuais e coletivos”.

Neste rol podemos localizar alguns direitos liberais clássicos (considerados de primeira geração), os quais traduzem a proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal (direitos de defesa ou resistência), tais como a liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI) e de associação (CF, art. 5º, XVII a XXI). Mas podemos considerar que há direitos coletivos?

Embora pressuponha a atuação de uma pluralidade de indivíduos, a titularidade do direito permanece individual, logo, considera-se coletivo apenas os instrumentos de exercício e não os direitos e seus sujeitos³.

No Capítulo II, do citado Título I, da CF, encontram-se direitos sociais, de abrangência coletiva, tais como a liberdade de associação profissional e sindical (CF, art. 8º), o direito de greve (CF, art. 9º), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (CF, art. 10) e a representação de empregados junto aos empregadores (CF, art. 11).

Todavia, é preciso ter cuidado com o seguinte ponto: Direito social não é direito coletivo!

O direito fundamental considerado social é individual ou individualizável, logo, nem sempre há obrigatória correlação entre os conceitos.⁴

De titularidade, verdadeiramente, coletiva ou difusa, encontramos os direitos de terceira e quarta (e para quem defende a existência, quinta) gerações de direitos fundamentais, como o direito à autodeterminação dos povos, à paz e ao progresso da humanidade (CF, art. 4º, III, VI, VII e IX); do direito dos consumidores e direito de receber informações de interesse coletivo (CF, art. 5º, XXXII e XXXIII); do direito de comunicação (CF, arts. 220 e ss.); e do direito ao meio ambiente (CF, arts. 225 e ss.)

Podemos concluir, portanto, que os direitos coletivos em sentido amplo, podem estar inseridos nas 3ª, 4ª e 5ª gerações de direitos fundamentais.

3. NOVELINO, Marcelo Curso de direito constitucional- 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

4. NOVELINO, Op. Cit.

1. ESCORÇO HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO DA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO

1.1. Evolução da tutela coletiva no mundo

É possível identificar instrumentos destinados à tutela dos interesses coletivos em tempos mais remotos, antes mesmo do contexto pós-revolução industrial, período que deu abertura para o reconhecimento de tais direitos⁵.

Citam-se os seguintes instrumentos:

- Ações populares do direito romano, que permitiam ao cidadão a defesa de logradouros públicos e coisas de uso comum e domínio do povo;
- Bill Of Peace inglês, do século XVII, que consistia numa autorização, a pedido do autor da ação individual, para que ela passasse a ser processada coletivamente, ou seja, para que o provimento beneficiasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, e evitando a multiplicação de processos.

1.2. Evolução da tutela coletiva no Brasil

As ações populares do direito romano chegaram a ser recepcionadas pelo direito português e viger no Brasil⁶.

A origem das ações coletivas no país, portanto, remontam às Ordenações Filipinas, promulgadas pelo Rei Filipe em 1603. E mesmo após Proclamação da Independência, as normas continuaram a vigorar no país em razão do Decreto de 20 de outubro de 1823.

De origem puramente brasileira, as ações coletivas surgiram e o processo coletivo iniciou sua história no Brasil com a promulgação da Lei de Ação Popular, em 1965.

A ação se tornou o primeiro instrumento voltado à tutela de interesses coletivos em juízo, e duas importantes alterações processuais ocorreram com a promulgação da LAP⁷:

- legitimação ativa – permitiu-se ao cidadão a defesa em juízo, em nome próprio, de direito pertencente à toda coletividade;

5. ANDRADE, Adriano, MASSON Cleber Masson e ANDRADE Landolfo - Interesses difusos e coletivos esquematizado - 6. ed. rev. atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

6. ANDRADE, Adriano, MASSON Cleber Masson e ANDRADE Landolfo. Op. Cit.

7. JUNIOR, Hermes Zaneti e GARCIA, Leonardo de Medeiros Direito. Coleção Leis Especiais para concursos: Volume 28 - Direitos Difusos – 8ª. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Juspodivm, 2017.

- coisa julgada – que foi ampliada e passou a produzir efeitos *erga omnes*, salvo quando a ação fosse julgada improcedente por insuficiência de provas, oportunidade na qual qualquer cidadão teria a faculdade de propor novamente a ação, desde que fundada em nova prova (estudaremos em detalhes, oportunamente).

Em 1934, a ação popular foi incluída expressamente na Constituição Federal, chegando a ser suprimida pela Constituição de 1937, e restabelecida pelo art. na Constituição de 1946, mantendo-se em todas as Constituições subsequentes.

Apesar da existência da Lei da Ação Popular desde 1965, o **SURGIMENTO DO PROCESSO COLETIVO** se deu, efetivamente, com a promulgação da **Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) em 1981**.

A **CONSOLIDAÇÃO**, por sua vez, ocorreu com a promulgação da **Lei de Ação Civil Pública, em 1985**.

Por fim, o processo coletivo teve sua **POTENCIALIZAÇÃO** com a promulgação do **CDC, em 1990**, pois o diploma possibilitou a tutela do direito das massas, atendendo bens e direitos cuja tutela individual é inviável ou não recomendável.

E é válido destacar que avanços sobrevieram com a promulgação de diversas leis infraconstitucionais, tais como os Estatutos da Criança e do Adolescente, do Idoso, da Cidade, dentre outros diplomas.

A evolução da tutela coletiva no país pode se deu, portanto, da seguinte forma:

- **Primeiro instrumento** de tutela coletiva: Lei da **Ação Popular** (Lei nº 4717/1965)
- **Surgimento** do processo coletivo: Lei da **Política Nacional do Meio Ambiente** (Lei nº 6938/81);
- **Consolidação** do processo coletivo: Lei da **Ação Civil Pública** (Lei nº 7347/85);
- **Potencialização** do processo coletivo: **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078/90).

2. PROCESSO COLETIVO

2.1. Conceito de tutela coletiva

Faz-se necessário diferenciarmos a tutela individual da tutela coletiva. Isso porque os direitos individuais podem até ser defendidos de maneira conjunta através de litisconsórcio, por exemplo, mas essa forma de exercício não configura ação/tutela coletiva, como veremos adiante.

Tutela individual é a que se volta à proteção de direitos materiais individuais, em regra regulamentada pelo Código de Processo Civil, mas também em algumas leis

extravagantes, tais como as Leis dos Juizados Especiais, de Execução Fiscal, de Locações, dentre outras.

A tutela coletiva, por sua vez, não está atrelada à natureza do direito material. Isso quer dizer que pode existir tutela coletiva em relação a direitos de natureza individual.

Podemos compreender que **a tutela coletiva é uma espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de determinadas espécies de direitos materiais**. E compete ao legislador determinar quais são esses direitos, não havendo, portanto, uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva⁸.

Assim, direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, se o legislador, expressamente, determinar a aplicação desse tipo de sistema processual a tais direitos.

Em nosso ordenamento jurídico isto ocorre com os **direitos individuais homogêneos, que, apesar da natureza individual, são objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor**. O mesmo ocorre com os direitos individuais indisponíveis do idoso, criança e adolescente, desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público.

O exercício conjunto da ação por titulares distintos, todavia, não configura ação coletiva. Como dissemos outrora, a pluralidade de sujeitos nos polos de uma demanda configura litisconsórcio.

Surge uma ação coletiva quando há relação entre o direito material litigioso e a coletividade, que exige tutela para resolução do litígio. Permite-se, embora existentes interessados distintos, identificáveis ou não, que possa ser ajuizada uma ação coletiva, por iniciativa de uma única pessoa.

Nesse sentido, **processo coletivo é aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva**. Objetiva-se, através dele, obter decisão judicial que irá atingir uma coletividade ou um grupo de pessoas, determinadas ou não⁹.

2.2. Fundamentos da tutela coletiva

Segundo a doutrina¹⁰, a tutela coletiva pode ser analisada sob dois pontos de vista: o **sociológico e o político**; e é justificada por dois princípios, quais sejam: **economia processual e acesso à justiça**.

8. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo: volume único – 4ª ed. atual, e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

9. JUNIOR, Fredie Didier e JUNIOR, Hermes Zaneti. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo. Vol. 4, 10ª ed., 2016, Salvador: Ed. JusPodivm.

10. JUNIOR, Fredie Didier e JUNIOR, Hermes Zaneti. Op. Cit.



AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública. Mas antes de estudar seus institutos, faremos uma análise sobre o contexto que antecedeu a promulgação do diploma para compreender algumas expressões e as razões pelas quais esta lei é utilizada de forma ampla, regendo uma gama de outras ações de natureza coletiva.

Antes do advento da LACP, ação civil pública era a ação de natureza não penal, ajuizada pelo Ministério Público. Havia, portanto, a utilização de um critério residual: seria civil, aquilo que não fosse penal.

Após o advento da lei, com a instituição de um rol de legitimados para a propositura da ação (retirando a legitimidade exclusiva do Ministério Público) e a ampliação do seu objeto, o emprego da expressão ‘ação civil pública’ passou a ser utilizado para designar ações coletivas voltadas para à defesa de diversos interesses difusos e coletivos stricto sensu¹.

Destarte, como estudado anteriormente, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), introduziu-se a possibilidade de as ações coletivas tutelarem, também, os interesses individuais homogêneos.

1. AÇÕES COLETIVAS EM SENTIDO AMPLO E SUAS ESPÉCIES

Não há consenso doutrinário acerca da distinção (ou mesmo a utilidade da existência de distinção) entre as expressões “ações coletivas” e “ações civis públicas”.

Majoritariamente, adota-se o entendimento segundo o qual são ações coletivas a ação popular, o mandado de segurança coletivo, e as ações civis públicas (ou coletivas em sentido estrito)².

1. ANDRADE, Adriano, MASSON Cleber Masson e ANDRADE Landolfo - Interesses difusos e coletivos esquematizado - 6. ed. rev. atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

2. ANDRADE, Adriano, MASSON Cleber Masson e ANDRADE Landolfo Op. Cit.

Ação coletiva, portanto, é locução ampla, que significa o conjunto de ações que podem tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Esquematizando o entendimento, temos:

- Ações coletivas (em sentido amplo):
 - Ações civis públicas em geral (chamadas de ações coletivas em sentido estrito, abrangendo, por exemplo, a ação de improbidade administrativa);
 - Ação popular;
 - Mandado de segurança coletivo;
 - Mandado de injunção coletivo.

Estudaremos a seguir, o regramento da LACP, que tem natureza predominantemente processual, pois apenas dois dispositivos tratam de direito material (art. 10, que tipifica um crime; art. 13, que trata do Fundo para o qual são revertidas as indenizações por danos aos objetos que a lei tutela).

2. AS CLASS ACTIONS NORTE-AMERICANAS E AS VERBANDSKLAGES ALEMÃS: INFLUÊNCIA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

Alguns modelos de tutela jurisdicional dos direitos coletivos adotados em outros países possuem características comuns ao modelo de processo coletivo brasileiro. Vamos analisar tais modelos e verificar as semelhanças, distinções e a influência desses procedimentos no atual sistema de tutela coletiva aplicada no Brasil.

2.1. Modelo norte-americano: As *Class Actions* (ações de grupo)

Os países que adotam o sistema jurídico do *common law*, utilizam ações coletivas chamadas de *class actions* (ações de grupo), criadas com o objetivo de tutelar integralmente os direitos supraindividuais, diante da ineficácia do modelo clássico de processo individual.

No direito norte-americano a *class action* cuida-se de procedimento por meio do qual um indivíduo ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou uma classe de pessoas.

O cabimento da *class action* fica restrito a situações nas quais a união de indivíduos em um mesmo processo não seria plausível, ensejando dificuldades ao bom andamento processual. Assim, a classe representada deve ser extensa de modo que a reunião de todos os titulares do direito lesado não se mostre conveniente.

Por fim, é necessário que a questão de direito ou de fato posta em juízo seja comum para toda a classe, bem como o legitimado ativo deve demonstrar que é representante típico daquela³.

A instauração da *class action*, requer, portanto, o preenchimento dos seguintes requisitos:

1. **Comunhão de questões de fato ou de direito (commonality);**
2. **Legitimidade ativa de um indivíduo ou grupo - sujeita a controle da “representação adequada”;** - (“o juiz deve verificar se o autor tem ou teve capacidade para defender adequada e eficazmente o interesse do grupo”⁴);
3. **Sistema de coisa julgada com força vinculante para toda a classe, seja beneficiando, seja prejudicando (no caso de improcedência);** - Coisa julgada *pro et contra*;
4. **Adequada notificação (*fair notice*) para permitir aos representados o chamado *opt-out* e *opt-in*;**
5. **Atribuição de amplos poderes ao juiz (defining function).** - O que distingue esse modelo do modelo tradicional de litígio (vinculado predominantemente a atividade das partes e a uma radical neutralidade judicial);

A respeito da citada notificação (*fair notice*), válido fazermos uma análise específica, pois esta, como veremos adiante, também existe no processo coletivo brasileiro, embora ocorra de forma distinta.

No direito norte-americano, existem *class actions* chamadas de *class actions for damages*, que objetivam tutelar direitos individuais homogêneos. Através da notificação feita aos interessados, permite-se que esses optem por “colocarem-se a salvo” e não serem, futuramente, atingidos pelos efeitos da coisa julgada. Exercem, assim, o chamado *opt-out*.

O *opt-out* é, nesse sentido, o direito que o interessado possui de requerer, tempestivamente, sua exclusão dos efeitos que a sentença produzirá.

Como funcionam, na prática, esses institutos?

Caso a ação coletiva obtenha a certificação (*certification*) e seja admitida na forma de uma *class action*, os interessados serão notificados acerca da existência do processo (*fair notice*). Aquele que não se opõe EXPRESSAMENTE, ficará sujeito à futura sentença e os efeitos da coisa julgada (adoção tácita – *opt in*). Pode ocorrer, todavia,

3. BUENO. Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo, São Paulo, v. 82.

4. Leonardo Andrade, Cleber Masson e Ladolfo Andrade. Op. Cit.

que o indivíduo requeira, de forma tempestiva, sua exclusão desses efeitos (*opt-out*) ou passe a integrar a lide coletiva como litisconsorte⁵.

Podemos constatar a importância da notificação. O interessado não pode ser tratado como membro da classe representada na ação, enquanto não tenha sido notificado da existência desta, e optado por participar da relação processual bem como pode optar por sair da relação e não ser atingido pela vinculação da coisa julgada.

Observa-se, ainda, que a inércia do titular do direito em exercer de forma expressa o *opt-in/opt-out* acarreta sua integração à demanda, de forma tácita, bem como a vinculação aos efeitos da sentença. Veremos em capítulo próprio que, no processo coletivo brasileiro, ocorre o inverso.

Ainda sobre as *class actions*, válido destacar mais dois pontos:

- a) **Legitimação passiva:** o direito norte-americano admite a legitimidade passiva coletiva (ponto que é objeto de divergência no direito brasileiro, como veremos em capítulo próprio). Nos Estados Unidos é possível, pois, que o representante (grupo ou classe) atue no polo passivo. Tais demandas são conhecidas como *defendant class actions*.
- b) **Fluid Recovery:** A reparação fluida ou *fluid recovery*, trata-se de instituto que permite que, na execução das sentenças das *class actions*, o resíduo da indenização não reclamado pelos membros da classe representados na demanda, seja destinado a outros fins, também relacionados com os interesses da coletividade lesada. No Brasil há previsão semelhante, veremos em breve.

O que podemos então extrair do modelo norte-americano como ponto(s) de influência das ações civis públicas do direito brasileiro?

A doutrina esquematiza as semelhanças e diferenças entre os modelos⁶:

- a) **Pontos comuns:**
 - 1) Requisito de comunhão de fatos ou direitos entre os interessados;
 - 2) Atuação dos autores sem necessidade de autorização expressa dos interessados⁷;

5. Leonardo Andrade, Cleber Masson e Ladolfo Andrade. Op. Cit.

6. Leonardo Andrade, Cleber Masson e Ladolfo Andrade. Op. Cit.

7. Há exceção relacionada à Fazenda Pública, futuro Procurador: Lei 9494/97: Art. 2º-A. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) (grifo nosso)

- 3) Os efeitos da coisa julgada podem atingir os membros da classe, categoria e grupos de pessoas que não participaram pessoalmente do processo;
 - 4) Adoção de um sistema de *fluid recovery* nos casos de interesses individuais homogêneos, embora com algumas diferenças em relação ao sistema americano.
- b) Distinções:**
- 1) Ao contrário do sistema norte-americano, nossos cidadãos não têm legitimidade para propor as *class actions* brasileiras, mas apenas certos entes públicos e privados;
 - 2) Nas *class actions* a coisa julgada gera efeitos pro et contra; nas ações civis públicas, os efeitos são secundum eventum litis;
 - 3) Nas *class actions*, a representatividade adequada é verificada ope judicis; nas ações civis públicas pátrias, ela é ope legis;
 - 4) O Brasil, ao contrário do que ocorre nas *defendant class actions*, não admite a legitimação passiva coletiva.

2.2. Modelo alemão: As *Verbandsklage* (ações associativas)

Diferente do modelo das *class actions*, difundindo em países que adotam o sistema do *common law*, as *Verbandsklage* (conhecidas como ações associativas), tem origem europeia, mais ligada ao sistema do *civil law*.

Esse tipo de ação coletiva caracteriza-se pela legitimação especial conferida às associações. Estas são escolhidas para tutelar em nome próprio o direito que se entende considerado como próprio.

O modelo se distingue dos sistemas norte-americano e brasileiro, pois na maioria das *Verbandsklage* exige-se autorização do titular do direito posto em juízo para que a associação atue.

As ações associativas alemãs possuem campo de aplicação reduzido, sendo utilizadas, em regra, na luta contra a concorrência desleal e nas cláusulas gerais dos negócios previstos em determinados contratos⁸.

Trata-se de ações marcadas pela imprestabilidade para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos, sendo utilizadas para pleitear o cumprimento de obrigações de fazer/não fazer. Não se encontra no modelo de processo coletivo citado, instrumento processual voltado para as providências condenatórias em relação às obrigações de pagar⁹.

8. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

9. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit.

Há número limitado de associações que estão autorizadas ao ajuizamento de uma *Verbandsklage* (exemplos: associações de consumidores, associações ambientais).

Apesar das distinções citadas, a escolha de um sujeito supraindividual para representar os interesses de uma coletividade, tem semelhanças como o modelo de processo coletivo atualmente adotado no Brasil.

Em provas de concursos é possível encontrar o termo “**litígios agregados**”, para designar as ações associativas alemãs.

3. REGRAMENTO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

A Lei nº 7.3447 de 24 de julho de 1958 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados a um rol de bens jurídicos.

Mas a ACP tutela não apenas o rol que a lei prevê. Esta ação tem previsão em outros diplomas, como já estudamos no tópico microssistema de tutela coletiva. Há menção à ACP, por exemplo, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nos Estatutos da Criança e do Adolescente, das Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais (que possui status de emenda constitucional), do Idoso, dentre outros.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que é perfeitamente cabível na ação civil pública, por exemplo, pedido de reparação de danos causados ao erário pelos atos de **improbidade administrativa**, tipificados na Lei 8.429/92¹⁰.

3.1. Pedido

3.1.1. *Rol legal*

Dispõe a Lei de Ação Civil Pública (LACP):

LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (7.347/85)

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de **responsabilidade por danos** morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

10. REsp 735424/SP, Rei. Min. Eliana Calmon, DJ 18/05/2007.



AÇÃO POPULAR

A Ação Popular é um instrumento de democracia participativa previsto na Constituição Federal, que permite o controle dos atos da Administração Pública por parte do cidadão.

Destaca-se que a ação popular está em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Imperial de 1824, e foi regulamentada em 1965 com a promulgação da Lei nº 4.717/65. Trata-se de mecanismo de tutela de interesses transindividuais, espécie do gênero “ação coletiva em sentido amplo”.

Por compor o microsistema de tutela coletiva, aplica-se, subsidiariamente, ao seu procedimento, as regras da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Passemos ao estudo do regramento dessa importante forma de controle popular dos atos praticados pela Administração Pública.

1. CABIMENTO (OBJETO)

A ação popular possui objeto é menos amplo que o das outras espécies de ação coletiva, pois se limita a determinadas espécies de **direitos difusos**.

O art. 1º da Lei 4.717/65 prevê o cabimento da ação popular para a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao **patrimônio** de determinados órgãos e entidades, mas a Constituição Federal de 1988 ampliou esse objeto. Prevê o texto constitucional:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 5º LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a **anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural**, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (grifos nossos)

Considera-se patrimônio, inclusive, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico¹.

Pergunta-se: quais órgãos/entidades possuem o patrimônio protegido por meio de AP?

Dispõe a LAP:

LEI DA AÇÃO POPULAR (4.717/65)

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio **da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista** (Constituição, art. 141, § 38), **de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.**

(...)

§ 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as consequências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos. (grifos nossos)

Da leitura do dispositivo depreende-se que patrimônio público compreende o patrimônio da(s):

- **Administração Pública Direta e Indireta;**
- **Sociedades mútuas de seguro** nas quais a União **represente** os segurados ausentes;
- Empresas **incorporadas** ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios;
- Instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com **mais** de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual;

1. Art. 1º, §1º, da LAP.

- Pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos e instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com **menos** de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, apenas em relação às contribuições dos cofres públicos feitas a tais pessoas jurídicas.

Em relação à esta última categoria, deve-se ter atenção. Nestes casos, a invalidez do ato lesivo com repercussão patrimonial terá um limite: a parcela de contribuição dos cofres públicos. Os valores de natureza privada, portanto, não serão afetados.

Por fim, salienta-se em relação ao cabimento, que, como estudado alhures, a ação popular veicula um pedido declaratório de nulidade ou anulatório de um ato. Ocorre que tal pedido não se aplica a qualquer tipo de ato.

Consideram-se sindicáveis por meio de ação popular os **atos administrativos**, inclusive os que assumem a forma de norma (exemplos: decretos e resoluções).

1.1. Atos nulos e anuláveis

O art. 2º da LAP prevê um rol (exemplificativo) de vícios que podem inquirar de nulidade o ato administrativo, constando em seu parágrafo único o conceito de cada espécie de vício:

| SÃO NULOS OS LESIVOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO NOS CASOS DE: |
|--|
| A) INCOMPETÊNCIA - fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; |
| B) VÍCIO DE FORMA - consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; |
| C) ILEGALIDADE DO OBJETO - o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; |
| D) INEXISTÊNCIA DOS MOTIVOS - se verifica quando a matéria de fato ou de direito , em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; |
| E) DESVIO DE FINALIDADE - se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência . |

Trata-se de conceitos bastante explorados em provas de concursos.

QUESTÃO DE CONCURSO

FCC – 2011 - PGE/RO- Procurador do Estado Substituto - No que se refere à disciplina da Ação Popular é correto afirmar que é considerado nulo o ato lesivo ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, e das outras entidades previstas na Lei no 4.717/65, por motivo de ilegalidade do objeto, quando:

- A) o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

COMENTÁRIO: Incorreta. Aponta o conceito de desvio de finalidade.

B) o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

COMENTÁRIO: Incorreta. Aponta o conceito de incompetência.

C) há observância incompleta de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

COMENTÁRIO: Incorreta. Aponta o conceito de vício de forma.

D) o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.

COMENTÁRIO: Correto. Aponta o conceito de ilegalidade do objetivo, como questionado no enunciado.

E) a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

COMENTÁRIO: Incorreta. Aponta o conceito de inexistência dos motivos.

GABARITO: D

O art. 3º da LAP, por sua vez, indica que os atos lesivos “cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles”.

Válida a análise, ainda, de algumas situações específicas.

1.2. Lei de efeito concreto

A ação popular não pode fazer as vezes de uma ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, não é possível que o cidadão busque por meio deste tipo de demanda a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de lei de efeitos gerais e abstratos.

Permite-se, contudo, a análise de atos lesivos decorrentes de leis que regulam situações que produzem efeitos concretos. Nesse sentido já decidiu o STJ:

JURISPRUDÊNCIA

É possível juridicamente a ação popular contra lei de efeitos concretos, como soi ser a que prevê dispêndios realizáveis com o dinheiro público, ainda que uma das causas de pedir seja a inconstitucionalidade da norma por contravenção ao art. 36, do ADCT e 165, 9º, da Constituição Federal de 1988. O que se revela incabível é o STJ, guardião da legislação infraconstitucional, analisar essa suposta lesão ao ordenamento maior, no âmbito do recurso especial, sob pena de usurpação da competência constitucional do E. STF. 3. Deveras, a anulação dos atos administrativos subsequentes calcados nestas premissas é juridicamente possível em sede de ação popular, tanto mais que, nesses casos, a análise da inconstitucionalidade



DEFESA DOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

Em 6 de julho de 2015 foi instituída a Lei nº 13.146, **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**.

Vale lembrar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova York, em 2007, é detentora do status de Emenda Constitucional, tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro com o quórum especial previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88.

Além desta, o Tratado de Marraqueche, firmado com o objetivo de facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades foi assinado pelo Brasil em 27 de junho de 2013.

O Tratado também foi aprovado pelo Congresso Nacional conforme os requisitos do art. 5º, § 3º da CF/88, de forma que ele é incorporado ao Direito brasileiro com status de norma constitucional.

1. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1.1. Conceitos

A Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) traz diversos conceitos importantes, os quais são objeto de cobrança em provas de concursos.

Quem o diploma considera pessoa com deficiência? A resposta está no art. 2º da lei, que dispõe:

LEI 13.146/2015

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem **impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.**

§ 1º A **avaliação** da deficiência, quando necessária, será **biopsicossocial**, realizada por **equipe multiprofissional e interdisciplinar** e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

§ 2º **O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.** (grifos nossos)

QUESTÃO DE CONCURSO

VUNESP - 2019 - Prefeitura de São José dos Campos - SP – Procurador - Maria foi acometida de uma grave doença que resultou na amputação dos dedos de suas mãos e parte dos pés. Era uma pessoa saudável, que após a alta médica do hospital assume uma nova condição de vida. Maria está lúcida e tem ciência das adaptações que terá que fazer no seu cotidiano. Nessas circunstâncias, é correto afirmar que Maria não é considerada pela lei como pessoa totalmente deficiente, pois apenas perdeu as funções motoras de alguns membros, sendo que não teve comprometida sua capacidade cognitiva.

COMENTÁRIOS: Nos termos da lei 13.146/2015, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, sendo avaliados, dentre outros fatores, a limitação no desempenho de atividades e os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo. Interpretando a disposição pode-se afirmar que Maria é considerada deficiente. O não comprometimento da capacidade cognitiva não afasta a condição de pessoa portadora de deficiência, tendo em vista que há, no caso, um impedimento de longo prazo de natureza física (a perda de função motora de alguns membros), que prejudica o desempenho de diversas atividades.

GABARITO: ERRADO

O art. 3º do Estatuto, por sua vez, traz em seus incisos diversas expressões e seus conceitos, os quais devem ser considerados para aplicação do diploma:

I - **ACESSIBILIDADE:** possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

II - **DESENHO UNIVERSAL:** concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;

III - **TECNOLOGIA ASSISTIVA OU AJUDA TÉCNICA:** produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social;

| |
|--|
| <p>IV - BARREIRAS: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:</p> <p>a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;</p> <p>b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;</p> <p>c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;</p> <p>d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;</p> <p>e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;</p> <p>f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;</p> |
| <p>V - COMUNICAÇÃO: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações;</p> |
| <p>VI - ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;</p> |
| <p>VII - ELEMENTO DE URBANIZAÇÃO: quaisquer componentes de obras de urbanização, tais como os referentes a pavimentação, saneamento, encanamento para esgotos, distribuição de energia elétrica e de gás, iluminação pública, serviços de comunicação, abastecimento e distribuição de água, paisagismo e os que materializam as indicações do planejamento urbanístico;</p> |
| <p>VIII - MOBILIÁRIO URBANO: conjunto de objetos existentes nas vias e nos espaços públicos, superpostos ou adicionados aos elementos de urbanização ou de edificação, de forma que sua modificação ou seu traslado não provoque alterações substanciais nesses elementos, tais como semáforos, postes de sinalização e similares, terminais e pontos de acesso coletivo às telecomunicações, fontes de água, lixeiras, toldos, marquises, bancos, quiosques e quaisquer outros de natureza análoga;</p> |
| <p>IX - PESSOA COM MOBILIDADE REDUZIDA: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso;</p> |
| <p>X - RESIDÊNCIAS INCLUSIVAS: unidades de oferta do Serviço de Acolhimento do Sistema Único de Assistência Social (Suas) localizadas em áreas residenciais da comunidade, com estruturas adequadas, que possam contar com apoio psicossocial para o atendimento das necessidades da pessoa acolhida, destinadas a jovens e adultos com deficiência, em situação de dependência, que não dispõem de condições de autossustentabilidade e com vínculos familiares fragilizados ou rompidos;</p> |
| <p>XI - MORADIA PARA A VIDA INDEPENDENTE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: moradia com estruturas adequadas capazes de proporcionar serviços de apoio coletivos e individualizados que respeitem e ampliem o grau de autonomia de jovens e adultos com deficiência;</p> |
| <p>XII - ATENDENTE PESSOAL: pessoa, membro ou não da família, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;</p> |

XIII - PROFISSIONAL DE APOIO ESCOLAR: pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades escolares nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas e privadas, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;

XIV - ACOMPANHANTE: aquele que acompanha a pessoa com deficiência, podendo ou não desempenhar as funções de atendente pessoal.

QUESTÕES DE CONCURSO

VUNESP - 2018 - Prefeitura de Registro - SP – Advogado - São consideradas barreiras urbanísticas as existentes nos edifícios públicos e privados.

COMENTÁRIOS: Barreiras urbanísticas são as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo. A assertiva trouxe o conceito de barreiras arquitetônicas, quais sejam, as existentes nos edifícios públicos e privados.

GABARITO: ERRADO

VUNESP - 2018 - Prefeitura de Registro - SP – Advogado - Consideram-se barreiras atitudinais as atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

COMENTÁRIOS: A assertiva reproduz com exatidão o conceito de barreiras atitudinais previsto no Estatuto.

GABARITO: CORRETO

Vale destacar, ademais, que, nos termos do art. 6º da lei, a deficiência não afeta a plena capacidade civil do indivíduo para, dentre outros atos:

- casar-se e constituir união estável;
- exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

1.2. Tratamento prioritário

O Estatuto confere à pessoa com deficiência o direito de receber atendimento prioritário e elenca, no art. 9º, algumas situações nas quais haverá essa prioridade: