LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CONTROLE JUDICIAL COLETIVO DE ATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS PERPLEXIDADES¹

res judicata SUBJECTIVE LIMITS IN COLLECTIVE JUDICIAL ADMINISTRATIVE ACTS AND THEIR PERPLEXITIES

Esther Benayon Yagodnik²

RESUMO: Pretende-se trazer com o presente trabalho uma avaliação do conteúdo e do alcance da estrutura legislativa brasileira, no que concerne à possibilidade de impugnação judicial de atos administrativos via ação civil pública e ação popular, na defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Quando se cuida do manejo das ações coletivas que objetivam impugnar atos administrativos, certas perplexidades surgem, de modo que deve ser adequado o sistema de representatividade, bem como o de competência para julgamento dessas espécies de ações. Assim sendo, objetiva-se estudar os limites subjetivos da coisa julgada nas ações civis públicas e nas ações populares, como vias de impugnação de atos administrativos, na defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, aplicados a um modelo de representatividade adequada, que busque não só a manutenção da segurança jurídica e a igualdade de tratamento aos jurisdicionados, como também a maior efetividade das decisões judiciais.

Palavras-chave: limites subjetivos da coisa julgada; efetividade do processo; controle jurisdicional dos atos administrativos.

ABSTRACT: It is intended to bring to this work a review of the content and scope of Brazilian legislative framework, regarding the possibility of judicial review of administrative acts via civil action and popular action in defense of collective interests, diffuse and homogeneous. When it takes care of the management of collective actions that aim to challenge administrative acts, some perplexities arise, so that should be adequate representation of the system as well as the competence to judge these kinds of actions. Therefore, this study focuses on the subjective limits of *res judicata* in civil suits and actions popular as ways of challenging administrative acts in defense of collective interests, diffuse and homogeneous, applied to a model of proper representation, which seek not only the maintenance of legal certainty and equal treatment to jurisdictional, but also the greater effectiveness of judicial decisions.

Keywords: subjective limits of *res judicata*; effectiveness of the process; jurisdictional control of administrative acts.

¹ Trabalho apresentado no GT “Acesso à Justiça” do XXII Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – 2013.

² Professora auxiliar do Departamento de Direito Aplicado da Universidade Federal Fluminense (DDA/UFF), mestranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento dos direitos da coletividade, novas perspectivas processuais começaram a ser adaptadas, buscando sempre a efetividade do processo de forma a atender os interesses coletivos em um prazo razoável. Para tanto, encontra disciplina própria nas ações coletivas o regime de operabilidade da coisa julgada, principalmente sob a ótica subjetiva.

Indubitavelmente, somente diante de estudos concretos é que se vislumbra a necessidade de adoção de modelo de representação adequada às ações coletivas que buscam controlar os atos da administração pública, com o escopo de alcançar maior efetividade aos julgados, sem, entretanto, bloquear as garantias constitucionais individuais do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional e da extensão da coisa julgada.

De fato, quando o legislador conferiu caráter *erga omnes* aos decisórios prolatados em sede de ação civil pública (art. 16 da Lei 7.347/85) e ação popular (art. 18 da Lei 4.717/65), pretendeu não apenas o tratamento do ato lesivo de forma igualitária em relação aos prejudicados (que se encontram na mesma situação jurídica e fática), mas também conferir segurança jurídica à coletividade atingida com o dano, além da já aludida efetividade do *decisum* ao caso concreto, que, na hipótese de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, afigura-se *comum*, podendo apenas ser distinguido quantitativamente, no caso dos direitos individuais homogêneos.

Entretanto, quando essa aplicação ocorre no controle de atos administrativos normativos, certas perplexidades se revelam, que serão adiante esposadas.

Inicialmente, necessário traçar um paralelo entre a extensão dos efeitos da coisa julgada a pessoas que não participam efetivamente do processo judicial e que, por vezes, sequer poderiam participar, pois não são legitimadas ativas, e o modelo de representação hoje existente, visando a proposta de nova estrutura que não ofereça desvantagem a nenhuma parte que eventualmente possa alegar prejuízo por deficiência na representação, ou até, ausência de representação efetiva, o que causaria, sem dúvida, a renovabilidade da ação e o reexame daquele litígio, que não poderia ser afastado sob a alegação de coisa julgada, acarretando, em última análise, decisão divergente e, em conseqüência, um colapso na estrutura administrativa.

Além disso, impende ressaltar o tratamento diferenciado aos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, havendo, portanto, duas hipóteses, que são a definitividade do

julgado no caso de procedência do pedido e, no caso de improcedência, a restrição dos limites apenas às partes, não alcançando o mesmo caráter vinculativo.

Por mais paradoxal que possa parecer, de outra parte, restringindo-se absolutamente os limites da coisa julgada, atingir-se-ia efeito inverso ao desejado, isto é, elevado grau de insegurança jurídica, em razão da possibilidade de inúmeras decisões judiciais conflitantes.

Destarte, deve ser considerado que, em qualquer dos casos aqui analisados, que tratam de proteção de interesses em face da administração pública, é preciso ter em mente que os danos não serão quase nunca de extensão certa e determinada, pois um ato administrativo pode atingir indistintamente toda a coletividade (direito difuso) ou um seguimento da sociedade (direito coletivo), ou ainda, interesses individuais (direitos individuais homogêneos), gerando, para cada situação, pretensões e satisfações diferenciadas.

Assim sendo, diante das pendências concernentes à tutela judicial coletiva, afigura-se como mais adequado interligar todas essas questões levantadas, para eleger, ao final, um órgão que possa representar a sociedade imparcial e constitucionalmente nas ações coletivas que visem à impugnação de ato administrativo, a fim de se evitar ofensas aos princípios magnos, adequando-se à extensividade da coisa julgada, de forma a manter a isonomia entre os jurisdicionados e a plena eficácia dos atos decisórios, restringindo-se, ao máximo, as hipóteses de renovabilidade da ação, sem ofender, contudo, o princípio da inafastabilidade e do acesso à justiça.

1 O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário

O poder atribuído ao judiciário para anular atos administrativos que extrapolam preceitos do ordenamento justifica-se pela própria razão de ser desse órgão e pela natureza de suas funções. O inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna afirma, pelo o princípio da ubiquidade jurisdicional, que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, a apreciação jurisdicional abrange também os atos e decisões administrativas, desde que provocada pelo administrado mediante ajuizamento de ação pertinente, em atendimento ao princípio da inércia da jurisdição.

Nesse sentido, a expressão controle jurisdicional da administração encerra as atividades de apreciação, pelo poder judiciário, de atos, contratos ou processos administrativos em geral ou até mesmo omissão ou inércia da administração. Assim, o controle jurisdicional é exercido de forma externa e, em geral, posterior, repressiva ou corretivamente.

Impende consignar que o controle jurisdicional da administração pública se apresenta como um dos mais importantes instrumentos de assegurar a legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos, evitando lesão ou ameaça aos direitos e garantias constitucionalmente previstos. A única exigência, considerando a inércia da jurisdição, é a provocação que deve advir do próprio administrado. Dessa forma, com o advento da CF/88, que trouxe grandes transformações no plano administrativista, ficou reconhecido o princípio da proteção judiciária que se desdobra em centenas de conseqüências garantidoras desse princípio, tal como a inexigência de exaustão prévia da via administrativa para que se possa ingressar em juízo.

A princípio, não cabe ao poder judiciário, através da revisão dos atos administrativos, exercer as atividades inerentes aos outros poderes da administração pública, substitutivamente, sob o pretexto de conceder tutela aos direitos individuais ou coletivos. Decorre daí a impossibilidade de propositura de ações de índole individual ou coletiva cujo objeto importe em controlar, direta ou indiretamente, o mérito do ato administrativo, consubstanciado em juízo discricionário exclusivo do administrador.

Assim, em tese, não seria possível o controle de ato administrativo discricionário pelo poder judiciário, considerando que estes fazem parte de manifestação exclusivamente conferida ao administrador, em juízo de conveniência e oportunidade (DE MELLO, 2006). Entretanto, conforme ficará demonstrado adiante, existem várias razões que fundamentam o controle do ato administrativo pelo poder judiciário.

Destarte, não obstante ser possível o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, esse controle encontra limites na própria ordem constitucional, em respeito, principalmente, ao princípio do pacto federativo e da separação de poderes, inerentes ao estado democrático de direito.

Assim, contemporaneamente, muito se discute, com relação ao alcance do controle jurisdicional da administração, acerca do binômio legalidade-mérito do ato administrativo, no sentido de permitir o controle do ato no interesse público.

Antes de adentrar no assunto, vale entender o alcance das expressões legalidade e mérito administrativos. A primeira diz respeito à adequação do ato administrativo às normas presentes no ordenamento, enquanto que o segundo diz respeito à margem de discricionariedade conferida à administração pública, que, num juízo de conveniência e oportunidade, decide aspectos relativos ao ato administrativo.

Assim, considerando as duas garantias, de um lado, da legalidade (do administrado) e do outro, da discricionariedade do mérito do ato administrativo (da administração pública), suscita-se o alcance possível de controle jurisdicional do ato administrativo.

Há quem entenda que o judiciário deve exercer controle restrito sobre os atos administrativos, circunscrito à legalidade estrita do ato, que pode ser representado pela competência, forma e licitude do objeto. Por outro lado, há quem sustente um controle amplo da administração, ampliando o controle jurisdicional além da competência e forma dos atos administrativos, para adentrar nos motivos e fins como integrantes da legalidade e não de discricionariedade e mérito.

Nesse sentido, foi sustentado ao longo dos tempos, que ao Judiciário é defeso controlar o mérito dos atos administrativos. Entretanto, com a evolução do direito, sustenta-se a atenuação desse contraponto de legalidade-mérito, na medida em que cria parâmetros normativos e valorativos, no escopo de atender o verdadeiro interesse da coletividade, evitando abusos por parte da administração pública, quando do exercício do poder discricionário, concernente ao mérito administrativo.

Odete Medauar, com maestria, expõe os parâmetros (limites) que devem ser considerados para o controle dos atos administrativos, sem contudo, ter a pretensão de exauri-los (MEDAUAR, 2006, p. 114/115).

Em princípio, calcado no princípio constitucional da separação dos poderes e do pacto federativo, não foi possível o controle dos atos administrativos de natureza discricionária, permitindo apenas ao judiciário o controle dos atos vinculados.

Assim, incontestemente que os atos administrativos vinculados possam ser revistos, no âmbito de sua legalidade e razoabilidade, surgiram, evolutivamente, quatro teorias, criadas para possibilitar o controle do ato administrativo discricionário. São elas: teoria do desvio de finalidade, teoria dos motivos determinantes, teoria do conceito jurídico indeterminado e teoria da razoabilidade (DI PIETRO, 2006).

A primeira teoria, chamada de teoria do desvio de finalidade, analisa o ato administrativo discricionário sob a ótica do elemento vinculado, que é a finalidade. Assim, a análise da finalidade não implica em invasão do mérito administrativo.

A segunda teoria, dos motivos determinantes, nasceu com a obrigatoriedade de motivação para o ato administrativo vinculado que posteriormente se estendeu aos atos administrativos discricionários³, por força do disposto nos arts. 5º, LV e 93, X, ambos da

³ Há quem entenda que a obrigatoriedade de motivação é apenas para os atos administrativos discricionários de caráter decisório, chamados de atos administrativos de decisão.

CRFB. Consiste em condicionar a legalidade do ato à veracidade dos motivos espostos pelo administrador quando da edição do ato.

A terceira teoria, do conceito jurídico indeterminado, está ligada à ideia de discricionariedade técnica, na tentativa de limitar cada vez mais os critérios subjetivos da conveniência e oportunidade administrativas. Nesse sentido, essa teoria não visa propriamente a análise do ato discricionário, mas sim evitar a atuação discricionária da administração pública, preconizando critérios objetivos de atuação, tais como jurisprudências, pareceres e perícias, a serem utilizados antes dos critérios de ordem subjetiva.

A última teoria, da razoabilidade, não visa a invadir o mérito do ato administrativo discricionário, mas sim controlar os limites da atuação discricionária da administração pública através do limite legítimo ou do razoável, além do limite legal, para resguardar o estado democrático de direito. Assim, se o administrador, ao editar o ato, extrapolar os limites do legal ou do legítimo, haverá ilegalidade ou arbitrariedade, o que poderá perfeitamente provocar a anulação do ato pelo poder judiciário. Esses limites da razoabilidade, de construção doutrinária, já foram citados a título de exemplo, *supra*.

Tendo presentes essas considerações, o poder judiciário, contemporaneamente, pode rever o ato administrativo vinculado em sua fundamentação; o ato administrativo vinculado ou discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder, finalidade, eficiência ou razoabilidade; o ato administrativo discricionário motivado facultativamente, no mérito, pois a administração pública fica vinculada aos motivos determinantes; e os atos administrativos vinculados de reação impositiva.⁴

Infere-se do texto constitucional de 1988 que há uma prevalência de garantia dos direitos fundamentais em detrimento do poder público. Um desses corolários que reafirma a assertiva acima é a ampliação de parâmetros de atuação administrativa, mesmo discricionária, tais como o princípio da moralidade, publicidade e impessoalidade, a serem seguidos pela administração, de forma a conceder maior transparência em seus atos, permitindo maior controle.

Note-se, a esse respeito, que a ação popular pode ter como um de seus objetivos a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade, assunto que será adiante tratado.

⁴ Os atos administrativos de reação impositiva decorrem do dever que tem a administração pública de reagir, por meio de seus agentes, ao detectar infração à lei ou ao cuidar de fatos ocorridos ou por ocorrer. Por exemplo: é dever da administração pública interditar prédio em ruínas, embargar obra em desacordo com a lei, etc. Nesses casos, a reação da administração pública é obrigatória e vinculada, externando-se através de ato administrativo de reação impositiva.

2 Controle dos atos administrativos via especial coletiva

Por todas as advertências *supra*, já restou claro que os atos administrativos podem ser controlados pelo poder judiciário. Tal controle pode ser feito via individual ou coletiva, na defesa de interesses transindividuais, quer por meio dos remédios processuais comuns, quer por meio de remédios especiais ou extraordinários (FAGUNDES, 2006).⁵ Ao que nos pertine, será estudada a via de controle de interesses transindividuais por meio de remédio extraordinário.

Com efeito, a Constituição de 1988 consagrou o dever jurídico da boa gestão administrativa, a ser seguido pela administração pública, através dos princípios elencados no art. 37 da Carta, tais como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Daí conclui-se que, se houver desvio das metas constitucionais, se sujeita o administrador ao controle até mesmo jurisdicional.

Assim, o dever implícito constitucional de boa gestão importa na consonância que deve haver entre a conduta desempenhada pelo legislador e os princípios constitucionais, de forma a buscar a medida mais adequada e eficiente para atender o interesse público.

Dessa forma, sustenta-se que até mesmo a discricionariedade do administrador está vinculada ao dever de boa gestão. Logo, mesmo que pela lei seja conferido à administração pública certa liberdade de atuação, estará ela limitada ao dever jurídico de boa gestão administrativa.

A ação popular, como já tratado, é o instrumento processual constitucional por meio do qual o indivíduo provoca o poder judiciário a se manifestar acerca de atos ou abstenções da administração pública que afetem interesses da coletividade.

Assim, além de atos administrativos em geral, é juridicamente possível o controle via ação popular de lei de efeitos concretos⁶, o que não ocorre, por exemplo, com o mandado de segurança, a teor do verbete sumular nº 266 do STF⁷.

Com relação ao interesse da ação popular, ao contrário do que sempre se sustentou antes do advento da CF/88, a tendência é de esvaziar o binômio lesividade e ilegalidade, para permitir a propositura da ação popular alicerçada em apenas um desses vícios, ressaltando-se

⁵ Contribuiu eficazmente para a consagração da ideia de controle dos atos administrativos pelo poder judiciário a já extinta ação sumária especial para anulação dos atos administrativos, que foi instituída pelo art. 13 da Lei Federal nº 221, de 20/11/1894, e não mais subsistiu por força do art. 1º do Código de Processo Civil de 1939 e de sua incorporação na consolidação das Leis da Justiça Federal de 1898.

⁶ Nesse sentido, já decidiu o STJ no Resp. 501.854-SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.11.2003, p. 222.

ainda a hipótese ao ato administrativo ferir a moralidade pública, situação em que pode não ocorrer violação direta à legalidade nem à lesividade do patrimônio público.

Corroborando este raciocínio, já decidiu o STJ: *é lícito ao poder judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder. Com o princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra do administrador, além de uma conduta legal, comportamento ético*⁸.

No sentido oposto, e também alicerçado em entendimento jurisprudencial⁹, sustenta Hely Lopes Meirelles que é imprescindível a configuração do binômio lesividade-ilegalidade, sendo que amplia o conceito de lesividade para abrigar outros valores protegidos constitucionalmente.

Assim sendo, de uma forma ou de outra, existe a possibilidade de controlar os atos administrativos via ação popular, buscando sua anulação, por afronta aos bens jurídicos tutelados de acordo com a lei e com o dispositivo constitucional que regulamenta o instituto.

3 Democratização do controle dos atos administrativos na defesa de interesses transindividuais

Tanto a ação popular quanto a ação civil pública se destacam como institutos que garantem o acesso à justiça, na medida em que possibilitam seus legitimados a impugnar judicialmente interesses de índole coletiva, que podem importar, inclusive, no controle de ato administrativo que atinja essas espécies de interesses.

Como já assentado, sob a perspectiva da segurança, quietude e paz jurídicas, a tutela judicial coletiva se sujeita a regime diferenciado da coisa julgada, havendo, em determinadas hipóteses, extensão dos limites subjetivos.¹⁰

Em decorrência do regime diferenciado da coisa julgada e da sujeição as suas qualidades por pessoas que não participaram diretamente do processo, senão como substituídos pelo legitimado *ad causam*, sob uma perspectiva constitucional, impende analisar os limites razoáveis de legitimação das ações de índole coletiva, a fim de aferir a adequação e correspondência entre o interesse defendido pelo substituto processual e o interesse coletivo.

Assim, indaga-se acerca da legitimidade do próprio substituto de propor a ação que tutela interesses transindividuais, considerando que será possível que os efeitos da sentença atinjam toda a coletividade.

⁸ Resp. 21.923 – MG. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 13.10.1992, p. 17.662.

⁹ Resp. 146.756 – SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.12.2003, DJ 09.02.2004, p. 139.

¹⁰ Art. 18 da Lei 4.717/65 e art. 16 da Lei 7.347/85.

Sob tal perspectiva, aduz-se que “a legitimidade extraordinária na ação popular ou nas ações de classe é um mal necessário, ante a fragilidade dos Estados em criar mecanismos eficazes de controle da administração pública e de acesso à justiça” (SILVA, 2007).

De verdade, o regime adotado de extensão dos efeitos da coisa julgada para as ações de índole coletiva julgadas procedentes, no momento, apresenta-se como o mais consentâneo¹¹. Entretanto, de acordo com o rol de legitimados ativos para tal causa, o que fazer quando o interesse do legitimado diverge do coletivo? E ainda, como deverá ser aferida tal adequação da representatividade?

Em continuação às indagações, *mister* explicitar o que de fato ocorre no controle dos atos administrativos pelo poder judiciário, na defesa de interesses transindividuais.

Adequando-se a classificação de interesses (que divide os direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos) às espécies de tutelas cabíveis em ação popular e ação civil pública, em análise inicial, verifica-se que as ações que visam controlar atos administrativos na defesa de interesses transindividuais decorrem, necessariamente, de ação ou omissão da administração, e importarão, obrigatoriamente, em impugnação do ato ou na obrigação de edição do ato. Vejamos.

Nas ações impugnativas de atos administrativos na tutela de interesses difusos e coletivos, é unânime que, diante da indivisibilidade do interesse, é juridicamente possível demandar a nulificação do ato, que importará na procedência do pedido, fazendo, portanto, coisa julgada material em relação aos representados.

Entretanto, nas ações que buscam impugnar atos administrativos na defesa de interesses individuais homogêneos, há certa perplexidade. Por tratar-se de direito divisível, interligado apenas por circunstância de fato que permite apreciação judicial coletiva, a pretensão que, em regra, se busca é a de índole condenatória, na modalidade de reparação de danos provocados pelo ato administrativo. Tal pretensão se revela apenas como a regra, posto que haverá de ser alterada quando a impugnação judicial tiver como objeto ato administrativo normativo, que, indubitavelmente, buscar-se-á a anulação do próprio ato.

Sustenta-se, portanto, que na hipótese de impugnação judicial coletiva de ato administrativo normativo, que se note, são dotados de generalidade e impessoalidade, não se trata propriamente de interesse coletivamente divisível, motivo pelo qual a pretensão haverá de fundar-se em anulação do próprio ato que, julgado precedente, fará coisa julgada *erga omnes*, a qual se subordinarão os “adequadamente representados”. Assim, aduz-se que o

¹¹ Pois visa assegurar o acesso à justiça e a uniformidade de tratamento entre os administrados, além da segurança, paz e quietude jurídicas.

procedimento mais adequado a tutelar atos administrativos normativos é por via abstrata, ainda que se trate de interesses individuais homogêneos, que, neste aspecto, por exceção, serão considerados indivisíveis.

Melhor explicando, considerando que o controle de atos administrativos normativos importarão, caso procedente, em nulificação do próprio ato, vinculando a toda a coletividade, em decorrência do regime da coisa julgada *erga omnes*, o meio mais adequado de impugnar tais atos seria pela via abstrata, por tratar-se verdadeiramente de um controle normativo.

Nesse diapasão, contemporaneamente, vem sendo utilizado tanto o controle concreto quanto o controle abstrato dos atos administrativos. No controle concreto, sabe-se que, julgada procedente a demanda, a decisão só vinculará as partes que integraram a relação jurídica processual, ativa ou passivamente, considerando que essa decisão conclui pela validade ou invalidade do ato administrativo, deixando de torná-lo eficaz à luz do caso concreto. Isso vale para os direitos e interesses que podem ser fracionados, e, portanto, divisíveis.

O mesmo não ocorre quando se trata de direitos indivisíveis, que só irão admitir o controle abstrato da normatividade do ato administrativo. Isso porque, com base no princípio da segurança jurídica e na isonomia no tratamento dos jurisdicionados, não se pode admitir que certo ato administrativo seja válido para determinado administrado, não sendo válido para outros. Tal problemática deverá ser solucionada através de controle abstrato da normatividade do ato, que importará em coisa julgada *erga omnes* e idêntica para todos os administrados, no caso de procedência da demanda¹².

Para tal controle efetivar-se, como já sustentado, importante definir ou até mesmo redefinir a legitimação ativa para a propositura da ação popular e ação civil pública, de forma a adequar a questão da representatividade. E ainda, aferir se a via difusa, aplicada às ações civis públicas e ações populares seria a mais apta a esse tipo de tutela. Com relação à última indagação, já vimos e ainda continuaremos a ver que a resposta é no sentido negativo.

4 Perplexidades na aplicação prática

4.1 Questão da legitimidade e da representatividade adequada

¹² Com efeito, quando o controle do ato administrativo for causa de pedir remota, pode ser realizado através de ações pelo sistema difuso, como por ação popular ou ação civil pública. Se, entretanto, o interesse sob tutela for indivisível e o controle do ato importa em anulá-lo, entende-se modernamente que tais ações via controle difuso não podem ser utilizadas para controlar por via transversa o ato administrativo, como sucedâneos, por exemplo, da ação de controle abstrato – ADIN.

Pela própria perspectiva garantista do Estado Democrático de Direito, a ação popular tornou-se uma das maiores conquistas da coletividade para o controle da atividade administrativa.

Nesse sentido, a defesa judicial coletiva, na prática, ocorre por meio da legitimação extraordinária, através da qual o autor da ação coletiva defende não só direito próprio, mas também direitos alheios, divisíveis ou indivisíveis, compartilhados pela coletividade ou por determinada categoria de pessoas.

Entretanto, conforme já restou evidenciado, de fato, ocorre problemática com relação à legitimidade concorrente dos vários administrados atingidos por um ato administrativo indivisível, para nulificá-lo. Na medida em que o ato impugnado é uno e indivisível, sua anulação não tem como ser parcial, atingindo apenas o demandante da ação. Considerando que ele representa o interesse da coletividade, a decisão que anula o ato administrativo produzirá coisa julgada material e efeitos *erga omnes* para todos os representados.

Além da problemática da coisa julgada, ressalte-se que, entre os co-legitimados, poderá haver alguns que pretendam a manutenção do ato ao invés de sua invalidação. Como então solucionar o impasse diante da indivisibilidade do ato, que haverá de ser igualmente válido ou inválido em face de todos os jurisdicionados? Diante da indivisibilidade do ato, inevitavelmente a sentença produzirá um mesmo efeito perante os administrados. Por isso que, no próximo tópico, será estudada a via mais correta para o controle do ato administrativo de efeitos gerais e impessoais.

Assim, passamos a tecer comentários acerca da legitimação das ações de índole coletiva, considerando a questão da representatividade adequada.

Inicialmente, o rol dos legitimados ativos das ações aqui estudadas encontra-se presente no art. 1º da Lei 4.717/65 e art. 5º da Lei 7.347/85. Essa legitimidade é classificada pela doutrina como concorrente e disjuntiva. O primeiro atributo se refere à concessão da legitimação a vários entes ao mesmo tempo; o segundo, à possibilidade de atuação autônoma de cada legitimado.

O reconhecimento legal da co-titularidade dos cidadãos ou dos legitimados para a ação civil pública que podem, isoladamente, promover ações em defesa de direito comum, decorre do fenômeno da substituição processual, previsto no art. 6º do CPC que consubstancia a idéia de que alguém, autorizado por lei, postula em juízo direito alheio em nome próprio. Nessa situação, repita-se, é uníssono que o substituído fica sempre sujeito à autoridade da coisa julgada obtida pelo substituto.

Assim, o substituído não se submete à autoridade da coisa julgada apenas pelo fato de que foi substituído, mas por diversas outras razões lógicas, tais como a constatação de que a atuação processual do substituto tem necessariamente influência e eficácia sobre a posição jurídica do substituído.

Tendo em vista a legitimação concorrente e extraordinária da ação popular e ação civil pública, a questão que se coloca, também, é a de saber se, apesar do legislador já ter definido os co-titulares para promover as ações de índole coletiva, ainda cabe ao juiz o controle acerca da “representatividade adequada” do legitimado, na similitude de outros sistemas que se inspiraram nas *class actions* americanas¹³.

Aqui no Brasil, inicialmente não foi adotada a fórmula da representatividade adequada, operando-se a legitimação *ope legis* (art. 1º da Lei 4.717/65 e art. 5º da Lei 7.347/85). Entretanto, diante das perplexidades que podem surgir no controle de atos da administração, na defesa de interesses coletivos, tal disposição legal, isoladamente, não é apta a permitir um controle efetivo.

Dessa forma, em determinadas questões práticas, não obstante haja a legitimação legal, aquele que ajuizou a ação nem sempre apresenta seriedade, credibilidade, conhecimento jurídico de defesa processual, esvaziando a presunção da lei de “adequadamente representado”. Sem falar na hipótese em que os legitimados litigam em juízo como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses contrastam com o pedido, ou mesmo com o interesse maior da coletividade.

Em situações como esta, seria útil reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada situação concreta, de modo a obstar o prosseguimento da ação coletiva cuja representatividade do legitimado se afigure inadequada.

Vale trazer, neste momento, a título de curiosidade, que o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América¹⁴ reconhece expressamente a representatividade adequada como requisito da ação coletiva.

Assim sendo, não obstante o sistema brasileiro não preveja expressamente a aferição da “representatividade adequada”, também não a veda, motivo pelo qual a maioria da doutrina

¹³ O conceito de *adequacy of representation* advém do direito norte-americano e constitui requisito indispensável para a admissibilidade (*certification*) das *class actions*. Segundo a doutrina norte-americana, para que um indivíduo possa ser autor de uma *class action*, ele deve ter algum interesse próprio e pessoal no resultado do processo. Ou seja, é o nexa existente entre o autor e o objeto da demanda que justifica a escolha do legitimado (*ideological plaintiff*). Assim, em decorrência lógica da adequação da representatividade, estendem-se os efeitos da coisa julgada aos substituídos.

¹⁴ Disponível em

http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf. Consulta realizada em 20 de março de 2013, 22:00hs.

moderna¹⁵ entende que cabe ao juiz incluir, na análise da condição da ação (legitimidade), a *adequacy of representation*, de forma a verificar aspectos como a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico e processual, a colidência com os interesses que se pretende tutelar e os verdadeiros interesses da coletividade. Na hipótese do juiz concluir pela inadequação da representatividade, caberá a extinção do processo sem resolução de mérito, pois ausente condição da ação coletiva referente à legitimação.

Em abordagem do assunto, defendendo o controle judicial da adequação da representação, Fredie Didier Jr. Sustenta o seguinte (DIDIER, 2005):

...não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de um processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva, pouco importa quais são as suas peculiaridades. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para melhor condução de determinado processo coletivo, devendo esta adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.

Assim sendo, em busca da plena efetividade da tutela coletiva, é razoável conferir ao julgador o poder-dever de controlar a representatividade adequada em cada caso concreto através de parâmetros balizadores da convergência dos interesses em juízo. Tal controle deverá ser realizado, principalmente, em duas hipóteses, a saber, quando a ação coletiva é ajuizada por pessoa física (ação popular) ou, no caso de pessoa jurídica (ação civil pública), para saber se há idoneidade e capacidade técnica.

4.2 A adequação da via de controle do ato administrativo que atinge interesses indivisíveis

Pelas razões já expostas, repita-se, considerando que o ato administrativo normativo, em regra, afeta interesses transindividuais indivisíveis, seu controle visará à anulação do próprio ato, sendo mais adequada a via do controle abstrato e concentrado, tal como ocorre no controle de constitucionalidade das normas via Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidaden.

¹⁵ Nesse sentido, Pedro da Silva Dinamarco e Clarissa Diniz entendem que os legitimados para a propositura das ações coletivas são “legitimados institucionais”, com previsão legal abstrata, podendo haver controle posterior *ope legis* da representatividade adequada.

Para efeitos de consolidação do raciocínio seguinte, vale explicar brevemente o que ocorre no controle difuso e concreto, para concluir-se pela viabilidade do controle abstrato e concentrado.

No controle difuso e concreto, não há propriamente um controle de constitucionalidade de leis ou de atos normativos; o que há, verdadeiramente, na pretensão julgada procedente, é a não incidência dos efeitos daquela norma no caso concreto.

Isso porque, não compete a qualquer juiz ou tribunal avaliar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de forma permanente; permite-se, portanto, uma análise superficial da demanda, cuja causa de pedir se funda em inconstitucionalidade de lei.

Tomando por base essas considerações, no controle difuso, a coisa julgada será *inter partes*, não ferindo a competência originária para o controle de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos, exclusiva do STF.

Assim, no controle difuso, não é juridicamente possível o pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma, cujos efeitos serão, inevitavelmente, por força de lei, *erga omnes*. Admitindo-se de forma diversa, certamente, em pouco tempo, ocorreria um colapso na atividade administrativa, decorrente da própria insegurança jurídica dos administrados e da possibilidade de decisões conflitantes.

Dessa forma também ocorre com os atos administrativos normativos que, dotados de generalidade, impessoalidade e abstração, não se pode admitir seu controle pelo método difuso (qualquer juiz ou tribunal é competente para apreciar a causa), sob pena de, além de decisões dissonantes, gerar inquietude entre os administrados que haverão de sujeitar-se àquilo decidido no controle concreto.

Seria, portanto, com relação aos atos administrativos normativos que atingem interesses de índole coletiva, necessário um controle concentrado (apenas determinados órgãos poderiam apreciar a demanda) para se evitar que, por via difusa, o ato seja nulificado e, conseqüentemente, a coisa julgada seja *erga omnes*.

Por outro lado, o controle difuso, somado à legitimidade *ad causam*, via ação popular e ação civil pública, procura assegurar um amplo acesso à justiça. Concentrando-se o sistema de controle, estar-se-ia limitando essa garantia constitucional? Eis o maior impasse.

Se, por um lado, o controle difuso permite ao administrado a efetivação da garantia constitucional do acesso à justiça, de outro, prejudica o administrado no sentido de sujeição aos efeitos da coisa julgada naquele processo. E ainda, permitiria decisões dissonantes, o que fere o próprio devido processo legal, gerando instabilidade.

Assim sendo, com o escopo de alcançar maior efetividade sem, entretanto, inviabilizar as garantias individuais do acesso à justiça, faz-se necessária à concentração de competência para o controle dos atos administrativos normativos que afetem interesses coletivos e importem em nulificação do próprio ato.

Essa concentração não quer dizer necessariamente um tribunal exclusivo (sob pena de dificultar o amplo acesso à justiça, já alcançado pela legitimação popular), mas de um órgão capaz de apreciar certos litígios que alcancem “repercussão geral”, classificados como interesse coletivo, em sentido estrito ou amplo.

CONCLUSÃO

A formação dos direitos transindividuais decorre necessariamente da constante evolução e mutação dos fenômenos sociais e políticos. Por conseguinte, essa complexidade jurídica de interesses demanda transformação na sistemática processual de certos institutos.

Ocorre que, o processo, em uma abordagem constitucional, se preocupa amplamente com sua efetividade, em razão do seu caráter instrumental. De fato, o processo só existe para possibilitar a concretização de direitos materiais, e isso só será alcançado se a prestação jurisdicional ocorrer de forma célere e em prazo razoável.

Assim, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, se possibilita não apenas o acesso à justiça, como também assegura a garantia efetiva da prestação judicial.

Nessa esteira, visando à proteção dos direitos recentemente definidos como transindividuais, impõe-se a reapreciação de certos institutos processuais, tais como as espécies de sentenças cabíveis em relação aos interesses sob tutela, a operabilidade da coisa julgada, a legitimidade *ad causam*, entre outros.

Dessa forma, por exemplo, temos que, em desconsideração a estrita literalidade dos dispositivos legais, e, através de uma interpretação sistemática, é possível, via ação popular e ação civil pública demandar interesses cujo provimento final importe em declaração, constituição ou condenação, alternativa ou cumulativamente.

Além disso, como objeto das ações populares e ações civis públicas, poderão estar atos administrativos que, dependendo de seu conteúdo, poderão implicar em defesa de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Destarte, com a constante evolução, também se consagrou a possibilidade de controle da administração pública pelo poder judiciário. Entre as vias especiais de controle destacam-se as ações populares e ações civis públicas.

Não obstante a possibilidade de controle do ato administrativo via ação popular e ação civil pública, em decorrência das perplexidades surgidas, a tendência é de restrição desse controle, para excluir do âmbito da ação popular o controle do ato administrativo normativo, que importará, necessariamente, na hipótese de procedência da demanda, em anulação do próprio ato.

Dessa forma, percebe-se que surge acentuada problemática quando da aplicação dos institutos processuais na impugnação judicial de atos administrativos via ação popular e ação civil pública.

Tratando-se de direitos essencialmente coletivos, de natureza indivisível, o regime da coisa julgada é *erga omnes*, na medida em que, pela própria natureza das coisas (a indivisibilidade), o resultado do julgamento há de ser uniforme para todos.

Entretanto, será difícil decisão uniforme quando se possibilita o controle do ato administrativo via ação popular e ação civil pública, considerando que este controle é exercido de forma difusa, isto é, qualquer juiz ou tribunal é competente para apreciar a causa. Assim, não se pode afirmar que o juiz, na ação popular ou ação civil pública, possa exercer o controle difuso do ato administrativo, considerando que os efeitos do provimento final terão eficácia *inter partes*.

Todavia, como a sentença de procedência da ação popular é oponível *erga omnes*, a nulificação de um ato administrativo nela embutida certamente implicaria em usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal para a apreciação da constitucionalidade dos atos administrativos. Isso não significa, absolutamente, que o ato puramente administrativo, quando ferir a constituição, possa ser impugnado via ação popular.

Ademais, como obrigar determinados indivíduos a se sujeitarem ao regime *erga omnes* da coisa julgada sem participar efetivamente do processo, por serem representados por força de lei?

Há casos em que os interesses dos legitimados legais não se compatibilizam com aqueles defendidos em juízo. Dessa assertiva, traz-se a idéia da representatividade adequada que, segundo a melhor doutrina, a compatibilidade entre os interesses deve ser aferida em momento posterior ao ajuizamento da demanda, para reafirmar a segurança e efetividade do provimento judicial, em caso de procedência, como base do estado democrático de direito.

Assim, as leis brasileiras sobre a questão abordada podem e devem ser aprimoradas, à luz da experiência prática e das novas perplexidades que dela decorrem, sobretudo em temas como a representatividade adequada e a competência para a apreciação de ação popular e ação civil pública que tem por objetivo impugnar atos administrativos normativos.

Sugere-se, por exemplo, a concentração dessas demandas em um órgão competente (para o controle abstrato do ato administrativo normativo) e a aferição pelo juiz, em cada caso concreto, da representatividade adequada, a fim de evitar o recrudescimento de demandas idênticas, uniformizando-se, por conseguinte, a prestação jurisdicional aos administrados. Só assim poderá ser alcançada a máxima efetividade, escopo essencial do processo em sua função instrumental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual.** Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007.

ALVIM, Arruda. **Mandado de Segurança, Direito Público e Tutela Coletiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública.** 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DE MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Atualizador: Gustavo Binenbojn. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** Enrico Tullio Liebman, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Popular.** 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. RDE – Revista de direito do estado – nº 7 (julho/setembro/2007). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.