

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA LEIS DE EFEITOS CONCRETOS: A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONTRA ATOS LEGISLATIVOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

Bruno Leonardo Lins

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Resumo

O presente trabalho buscou analisar aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais acerca do ajuizamento de ação civil pública contra leis de efeitos concretos, porquanto seria mais uma forma democrática de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, em especial, aqueles que causam danos ao Erário. Nosso ordenamento jurídico prevê diversas situações em que alguns atos administrativos devem ser travestidos de lei em sentido amplo, muito embora as normas criadas com tal desiderato não possuam as características da abstração, generalidade e impessoalidade. Ao contrário, são atos normativos com destinatários específicos, a exemplo de doações de bens públicos e aumento de subsídios de algumas carreiras. Em tais circunstâncias, havendo prejuízo ao patrimônio público em virtude da edição desta espécie de lei, faltaria um controle eficaz do ato perante o Poder Judiciário. Indica-se, para tal finalidade, o ajuizamento de ação civil pública pelos legitimados. Ocorre, no entanto, haver decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, inadmitindo a propositura da ação civil pública para questionar diretamente a constitucionalidade das leis, permitindo apenas o controle incidental de constitucionalidade. Nesse contexto, fez-se necessário realizar os esclarecimentos pertinentes durante a pesquisa, sustentando os motivos pelos quais a ação civil pública representa o meio processual mais adequado.

Palavras-chave: Lei. Dano. Estado. Controle judicial.

Abstract

The present article sought to analyze doctrinal, legal and jurisprudential aspects about the class action against the concrete effects law's, since it would be another democratic form of judicial control the Legislative acts, especially those that damage the Treasury. Our legal system provides for a number of situations in which certain administrative acts must be transposed into law in a broad sense, although the norms created with such desideratum do not have the characteristics of abstraction, generality and impersonality. Instead, they are normative acts with specific recipients such as donations of public goods and increase of subsidies of some careers. In such circumstances, with prejudice to the public patrimony due to the publication of this kind of law, effective control of the act before the Judiciary would be lacking. For this

purpose, the public civil action filed by the legitimated parties is indicated. However, there are decisions, including by the Federal Supreme Court, which precludes the filing of a public civil action to directly question the constitutionality of the laws, allowing only the incidental control of constitutionality. In this context, it was necessary to make the relevant clarifications during the research, supporting the reasons why the public civil action represents the most appropriate procedural means.

keyword: Law. Damage. State. Judicial review.

1 Introdução

O presente artigo busca analisar aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais acerca do ajuizamento de ação civil pública contra leis de efeitos concretos, porquanto seria mais uma forma democrática de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, em especial, aqueles que causam danos ao Erário.

Nosso ordenamento jurídico prevê diversas situações em que alguns atos administrativos devem ser travestidos de lei em sentido amplo, muito embora as normas criadas com tal desiderato não possuam as características da abstração, generalidade e impessoalidade comuns aos atos normativos em tese. Ao contrário, são atos legislativos com destinatários específicos ou delimitáveis a exemplo de doações de bens públicos e aumento de subsídios de algumas carreiras.

Em tais circunstâncias, havendo prejuízo ao patrimônio público em virtude da edição desta espécie de lei, faltaria um controle eficaz do ato perante o Poder Judiciário, eis que restaria, apenas em tese, o cabimento de controle de constitucionalidade abstrato, meio este pertinente apenas para questionar os aspectos constitucionais da norma.

Ocorre, no entanto, haver decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, inadmitindo a propositura da ação civil pública para questionar diretamente a constitucionalidade das leis, permitindo apenas o controle incidental de constitucionalidade.

Diante da situação apresentada, conclui-se haver dúvida doutrinária e jurisprudencial – ou no mínimo, a ausência de um entendimento consolidado – acerca da possibilidade de a ação civil pública ser proposta para combater lei de efeito concreto. Por outro lado, existem decisões judiciais esparsas permitindo que a referida ação coletiva seja manejada com tal finalidade. Cumpre, portanto, indagar acerca de a ação civil pública ser proposta contra leis de efeitos concretos, sendo mais uma via democrática de controle da Administração Pública.

Ora, a discricionariedade com que o Poder Legislativo elabora leis de efeitos concretos que causam ônus ao Erário não pode ser ilimitada, motivo pelo qual à sociedade devem ser conferidos meios eficazes de questionar a legalidade e legitimidade do ato.

Com os últimos acontecimentos divulgados por toda a mídia a respeito da forma como o Poder Executivo obtém o apoio do Legislativo – oferecimento de cargos públicos em troca de adesão a determinado projeto político –, além dos casos de corrupção em que grandes empresas são beneficiadas por ambas as funções estatais em troca de “financiamento” de campanhas políticas – muito embora, com as alterações legislativas recentes, se tenha pretendido o fim do financiamento privado de campanha –, foi possível observar haver inequivocamente uma cultura que desvirtua o sistema de pesos e contrapesos idealizado pelo princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República e erigido ao patamar de cláusula pétreia no art. 60, § 4º, III, do mesmo diploma.

Como dito, pelo que vem sendo relatado pela imprensa e descortinado por investigações, em inúmeras oportunidades se constatou que pessoas físicas e jurídicas foram beneficiadas por atos normativos cujo processo legislativo recebeu forte influência de fatores não republicanos, a exemplo de patrocínio de campanhas e nomeações para cargos públicos. Setores da Administração Pública direta e indireta foram concedidos a determinados grupos políticos a fim de obter apoio em votações importantes no Congresso Nacional. Neste contexto, inegável que a essência do processo legislativo está sendo viciada por razões antidemocráticas, vindo a causar enorme prejuízo à coisa pública diante do desvirtuamento do sistema de pesos e contrapesos, este cujo conceito é trazido e consagrado pela doutrina¹.

Eis, portanto, o contexto histórico e social que ensejou a escolha do tema do presente trabalho, aliado ao fato de que, como dito alhures, alguns atos administrativos recebem a roupagem de lei *latu sensu*, malgrado não apresentem a generalidade, abstração e impessoalidade, características que deveriam ser ínsitas às normas provenientes do parlamento.

2 Da ação civil pública

2.1 Conceito

Como se sabe, a ação civil pública fora trazida ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 7.347/85, portanto antes mesmo do advento da Constituição da República de 1988.

¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 1991.

Cuida-se de instituto com inspiração na *class actions* do direito norte-americano, por meio do qual se pretende tutelar direitos cuja titularidade é ampla (direitos difusos e coletivos em sentido estrito) ou, em razão das peculiaridades do caso, abrangerem, de maneira idêntica, vários titulares (direitos individuais homogêneos).

Ora, a vida moderna trouxe consigo a ampliação das relações jurídicas, tornando-as cada vez mais públicas ou mesmo multiplicando as que possuem uma índole privada, como o relacionamento entre consumidores e grandes empresas fornecedoras de produtos ou prestadoras de serviços.

Some-se a isso a chamada terceira geração dos direitos fundamentais, que se notabiliza pelo fato de a sua titularidade ser difusa ou coletiva, eis que instituído não para a defesa individual do cidadão, de maneira isolada, mas sim da coletividade, dos grupos mais diversos, como o direito ao meio ambiente hígido e à conservação do patrimônio histórico e cultural².

Nesse contexto, as demandas individuais vinham se mostrando ineficazes na defesa de direitos em que todos os cidadãos são titulares, a exemplo dos que foram citados nas linhas acima.

Por outro lado, também exemplificando, a reiteração de contratos de adesão na esfera consumerista, na qual ocorrem prejuízos a diversos clientes, o que ensejaria a propositura de inúmeros processos individuais, traz em si parcela de incerteza jurídica, uma vez que órgãos do Poder Judiciário, não raramente, julgam de maneira distinta as ações repetitivas, o que se mostra prejudicial ao sistema judicial.

Tais peculiaridades tão atuais em nossa sociedade reclamavam uma tutela mais efetiva, permitindo a defesa dos interesses coletivos em sentido amplo com maior celeridade. Dessa forma, ocorreu, em todas as sociedades ocidentais, uma busca e disciplinamento de demandas coletivas que pudessem atender aos interesses da população em geral, porquanto o anterior sistema sozinho não trazia a resposta necessárias aos anseios das populações.

Assim, foi trazida ao ordenamento pátrio a ação civil pública que se trata de espécie de ação coletiva ao lado da ação popular (Lei n. 4.717/65), do mandado de segurança coletivo (Lei n. 12.016/09 e art. 5º, LXX, da CF), do mandado de injunção coletivo (Lei n. 13.300/16 e art. 5º, LXXI, da CF) e da ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) – não se pretende exaurir o elenco de espécies de ações coletivas, máxime por não haver consenso na doutrina acerca do tema, porquanto alguns entendem inexistir um rol taxativo, não sendo o debate deste ponto o objetivo do presente artigo.

²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 234.

Malgrado a Lei n. 7.347/85 traga as hipóteses de cabimento da ação civil pública, com o desenvolvimento do instituto se entendeu inexistir de fato uma taxatividade das situações que ensejariam o seu manejo. Com o Código de Defesa do Consumidor e a Carta Magna de 1988, houve uma ampliação do sistema das demandas coletivas, de sorte que elas – o que inclui por óbvio a ACP – podem ser veiculadas para a defesa e tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, de modo que o antigo elenco da LACP passou a ser reconhecido como meramente exemplificativo, graças, em especial, aos arts. 129, III, da Constituição da República, e 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem, as inovações legislativas ampliaram sobremaneira a possibilidade de manejo da ACP, não estando restrita às situações da LACP³. Dessa forma, mostra-se possível e pertinente ajuizar ação civil pública em prol dos direitos coletivos em sentido amplo, que se dividem em direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

Outrossim, insta destacar que o parágrafo único do art. 1º da LACP impede a utilização da ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Embora a matéria acima referida possa ser considerada direito individual homogêneo, a própria norma veda-a claramente, numa inegável defesa dos interesses fiscais da Fazenda Pública.

2.2 Direitos coletivos em sentido amplo

De acordo com o art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Interpretando o conceito legal, cumpre esclarecer que a indivisibilidade da natureza dos direitos difusos significa que eles só podem ser considerados como um todo, ou seja, impossíveis de serem fracionados. A seu turno, os titulares são indetermináveis, porquanto a titularidade cabe a toda coletividade, podendo citar o exemplo da preservação da moralidade administrativa.

Por sua vez, de acordo com o inciso II do mesmo dispositivo, são “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código,

³MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

A principal distinção entre os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito é que nestes a titularidade recai sobre pessoas indeterminadas inicialmente, mas que podem ser reconhecidas uma vez que compõe um grupo, categoria ou classe de pessoas, possuindo uma ligação oriunda de uma “relação jurídica base”. Acerca de tal espécie é possível citar como exemplo a qualidade do serviço telefonia, cujos titulares são os consumidores da respectiva empresa, sendo indivisível a natureza do direito.

Em terceiro lugar, são considerados “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”, de sorte ser possível sua divisão entre os titulares, que são determinados ou determináveis, inclusive permitindo o ajuizamento de causas individuais.

2.3 Da legitimidade ativa

Inicialmente, a Lei da Ação Civil Pública previa como legitimados: a) o Ministério Público; b) a União; c) os Estados; d) os Municípios; e) autarquias; f) empresas públicas; g) sociedades de economia mista; h) fundações e; i) associações.

Com o passar dos anos, houve a ampliação dos legitimados para a propositura de ACP, sendo incluída a Defensoria Pública.

A inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados trouxe questionamentos jurídicos, em especial no tocante aos limites desta atuação. Havia dúvida, inicialmente, sobre a constitucionalidade do dispositivo, pois alegava-se uma interferência nas atribuições do Ministério Público.

Além disso, havia dúvida se a Defensoria poderia ingressar com ACP de maneira ampla, tal qual o Ministério Público, ou estava restrita apenas nos casos em que os direitos coletivos em sentido amplo tinham como titulares os “necessitados” a que se refere o art. 134 da Constituição da República.

Dirimindo tais questionamentos, o Supremo Tribunal Federal, em dois julgamentos distintos, equalizou a matéria. De início, a Suprema Corte julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943/DF, onde se questionava a constitucionalidade do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Lei n. 11.448/07, de modo que, por unanimidade, definiu que a inclusão da Defensoria no rol de legitimados não ofende a Carta Magna, tampouco limita ou interfere nas atribuições do órgão ministerial.

Posteriormente, ao decidir o Recurso Extraordinário n. 733433/MG, também à unanimidade, o mesmo Tribunal definiu que a

Defensoria somente poderia se valer de ação civil pública em defesa de necessitados, coadunando sua atuação à finalidade que fora destacada pelo constituinte.

Portanto, fechando questão, o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos unânimes, reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ACP, desde que tenha a finalidade de proteger pessoas hipossuficientes, o que, pode-se dizer, aproxima-se do que se entende por pertinência temática.

Assim, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, entendemos que deve haver alguma correlação entre os legitimados e o direito que se busca tutelar, o que parte da doutrina trata como sendo a “representatividade adequada”. Não seria aceitável, por exemplo, que a Defensoria Pública, defendesse direitos individuais homogêneos de consumidores que adquiriram carros de luxo e foram lesados de alguma forma, uma vez que não é esta a parcela da sociedade que necessita ser amparada por instituição tão importante para reduzir desigualdades sociais que possam se apresentar na seara do Poder Judiciário.

Da mesma forma, nem todo órgão a que a Lei da Ação Civil Pública atribui legitimação para a propositura da ACP se mostra o mais indicado para a defesa de determinados direitos coletivos.

Cumpra indagar, a título de exemplo, qual a relação que uma autarquia previdenciária possuiria com consumidores que foram lesados em seus contratos de telefonia móvel. Ainda, teria o Estado do Amazonas interesse no dano ambiental causado no Rio Grande do Sul que não o prejudica de maneira alguma?

Por outro lado, seria importante que a autarquia previdenciária pudesse se valer da ACP em defesa dos consumidores inativos que realizam empréstimos consignados com instituições financeiras e, de algum modo, a relação de consumo se mostrasse viciada por abusividade na conduta do fornecedor ou no contrato de adesão.

Na mesma linha, acaso demonstrado que o dano ambiental no Rio Grande do Sul interferisse no ecossistema do Amazonas, este Ente Federativo poderia fazer uso da ação civil pública em defesa de seu próprio meio ambiente.

Tais situações não de ser enfrentadas casuisticamente, eis que não se podem fechar as portas do legitimado de maneira prévia. Faz-se imprescindível a prudência do Poder Judiciário ao analisar cada caso, havendo verdadeiro controle jurisdicional da legitimação coletiva. O referido controle judicial da legitimidade para a propositura de ACP advém do princípio do *due process of law*, preceito este aplicável, evidentemente, à tutela coletiva, de acordo com a

doutrina mais abalizada⁴. Da mesma forma, tal entendimento relacionado à pertinência temática vem sendo consagrado na jurisprudência⁵.

Desse modo, conclui-se não bastar a previsão legal acerca da legitimidade ativa para o ajuizamento da ACP. Deverá existir, também, uma correlação entre o legitimado e o direito coletivo em sentido amplo que se busca tutelar por meio da demanda coletiva.

Da mesma forma, apesar de o Ministério Público possuir legitimidade para defender interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, no tocante a este último, nem sempre será possível sua intervenção, eis que, em se tratando direito individual homogêneo disponível e sem relevância social, fica afastada a legitimidade do *Parquet*.

Pois bem, a legitimidade do Ministério Público só surge se houver a indisponibilidade ou a relevância social do direito individual homogêneo a ser protegido⁶.

Assim, para a atuação ministerial, em se cuidando de interesses individuais homogêneos disponíveis, faz-se mister a presença da relevância social, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷.

Em conclusão, tal como se dá com os demais legitimados, nem sempre poderá o Ministério Público propor ACP, devendo respeitar determinados limite que, inclusive, são impostos pela Constituição da República.

2.4 Do microsistema processual coletivo

Situação que traz dificuldades na defesa dos direitos coletivos em juízo é a ausência de uma codificação que preveja, de maneira unificada, todos os institutos processuais que possam ser utilizados nas ações coletivas existentes em nosso ordenamento jurídico. Em verdade, trata-se de um reclame de vários doutrinadores e profissionais da área de que haja uma sistematização do processo coletivo, eis que atualmente várias são as leis que disciplinam as espécies de ações coletivas.

Assim, o chamado “Microsistema Processual Coletivo”, onde a ação civil pública se encontra inserida, utiliza diversas normas em conjunto para

⁴DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2017.

⁵AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1150424/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 24/11/2015.

⁶Ibidem. Nota 4.

⁷REsp 945.785/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013.

regular as ações coletivas, a saber, Constituição da República, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09), Lei do Mandado de Injunção (Lei n. 13.300/16), Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) e Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15).

Pois bem, para a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, as ações coletivas serão propostas, processadas e julgadas de acordo com as referidas normas – ressaltando que as leis citadas não esgotam todos os diplomas aplicáveis, servindo apenas de norte como os principais preceitos normativos a serem utilizados – no que a doutrina chama de diálogo das fontes, uma vez que o microsistema do processo coletivo é descodificado, ou seja, não possui uma lei única tratando de seus aspectos de maneira específica.

Por conseguinte, de acordo com o diálogo das fontes, as leis que integram o microsistema devem ser analisadas e aplicadas em conjunto, afastando possíveis lacunas com a interpretação analógica dos diplomas, conforme posicionamento do STJ⁸.

Portanto, na prática forense do processo coletivo devem ser analisadas as mais diversas normas de maneira conjunta, havendo o chamado diálogo das fontes, a fim de manter hígido o microsistema processual da ação coletiva.

2.5 Do controle de constitucionalidade nas ações civis públicas

Há peculiar discussão no controle de constitucionalidade concreto a ser realizado em sede de ação civil pública, que merece apontamento e esclarecimento específicos. Como é cediço, dentre as classificações utilizadas acerca do controle de constitucionalidade há aquela que divide em difuso e concentrado.

No controle concentrado, há a impugnação direta da norma supostamente contrária à ordem constitucional, “concentrando” o julgamento em um único tribunal, podendo ser verificado em nosso ordenamento através de cinco demandas distintas, a saber: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica, com previsão no art. 102, I, “a”, da CF/88; b) ação declaratória de constitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, da CF/88; c) arguição de descumprimento de preceito fundamental, a que se refere o art. 102, § 1º, da

⁸REsp 1473846/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017.

Constituição Federal; d) ação direta de inconstitucionalidade interventiva, com fundamento no art. 36, III, da CF e; e) ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Magna Carta.

Em tal situação, o objeto da demanda é destinado a combater determinada norma em tese que se mostra incompatível com o sistema constitucional. O julgamento, realizado por órgão específico do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal –, em se tratando de normas federais e estaduais que contrariam a Constituição da República e Tribunais Estaduais quando o parâmetro for a Constituição Estadual –, terá eficácia *erga omnes*, ou seja, produzirá seus efeitos para além das partes envolvidas na demanda do controle de constitucionalidade.

A seu turno, pelo controle difuso, também chamado de incidental, concreto ou pela via de exceção ou defesa – que encontra sua origem histórica no famoso caso *Marbury x Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos –, todo órgão do Poder Judiciário poderá fazer a análise da constitucionalidade de determinada lei que, na demanda proposta, representa questão anterior ao mérito e, para o julgamento deste, necessita ser enfrentada a fim de reconhecer a existência ou inexistência da relação jurídica.

No controle difuso, ao contrário do concentrado, a finalidade da parte não é o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em tese, mas apenas ver sua pretensão – distinta da declaração de inconstitucionalidade – atendida pelo Poder Judiciário que, no julgamento do pleito, necessitará analisar a conformidade do dispositivo legal à Constituição da República, por ser questão antecedente ao próprio mérito.

Tais decisões possuem, em regra, eficácia *inter parte*, muito embora, em alguns casos específicos, a Suprema Corte brasileira tenha concedido efeito *erga omnes* ao julgamento, o que representa, repita-se, uma exceção.

Outrossim, classificação deveras importante a ser tratada no tocante aos sistemas de controle de constitucionalidade é aquela que os divide em concreto e abstrato.

O controle concreto, também chamado de incidental ou pela via de exceção, possui paralelo com o controle difuso, eis que aquele ocorrerá sempre com a finalidade de questionar a legitimidade da norma em hipótese cujo objeto da ação é distinto da declaração de inconstitucionalidade, sendo esta questão prejudicial à análise do mérito do pedido da demanda. Todos os órgãos judiciais podem fazer a análise da constitucionalidade, tal como ocorre no controle difuso, diferenciando-se as situações em razão de que neste o foco é o órgão competente para a análise da inconstitucionalidade e naqueloutro o parâmetro seria a causa de pedir da ação.

Por sua vez, no sistema abstrato, denominado igualmente como via principal ou de ação, assemelha-se com o sistema concentrado, embora com

parâmetros distintos. No primeiro, o objetivo da demanda é a declaração de inconstitucionalidade da norma, que geralmente recai sobre a competência de um único órgão jurisdicional, havendo neste ponto a correlação com o segundo.

Há, porém, questionamentos oriundos da eficácia da sentença nas ações coletivas que geram efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme previsão do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Em situação oposta às demandas individuais, cuja decisão produzirá efeitos para as partes envolvidas, em se tratando de ação coletiva e, por óbvio, de ACP, a eficácia do julgamento se irradiará para além dos litigantes, beneficiando ou prejudicando terceiros que não integraram a lide.

Tal peculiaridade gera debate no que concerne à possibilidade do controle de constitucionalidade difuso no processo coletivo, eis que poderia tal análise influenciar na esfera jurídica de pessoas diversas que não puderam ou não foi oportunizado participar do debate em juízo de modo que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, decidida incidentalmente numa demanda coletiva, traria consequências a toda sociedade.

Neste contexto, vozes foram levantadas na doutrina, negando a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo, como se verifica no entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁹.

No entanto, ousamos discordar do entendimento esposado, uma vez que, no julgamento do pedido de uma ação civil pública, não serão as questões decididas incidentalmente que integrarão a coisa julgada com efeito *erga omnes*, de modo que não haverá uma violação aos sistemas concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade.

Ora, desde que não esteja sendo utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, não sendo o seu objetivo a declaração de que determinada norma viola a Constituição Federal, não haverá empecilho de se realizar o controle difuso em sede de ação civil pública, posição esta que já foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰.

Dessa forma, de acordo com o entendimento atual e até dominante, conclui-se não haver óbice à relação de controle difuso de constitucionalidade em sede de ACP, uma vez que, repita-se, os efeitos *erga omnes* ou *ultra parte* da coisa julgada, referidos no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor estarão restritos ao mérito da ação, não abrangendo a parte relativa à declaração de inconstitucionalidade.

⁹ Ibidem. Nota 2.

¹⁰ RE 910570 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO/DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017.

Em suma, a resolução da questão acerca de determinada norma ser contrária à ordem constitucional, que pode ser suscitada através do incidente de arguição de inconstitucionalidade, conforme previsto nos artigos 948 e seguintes do Código de Processo Civil, não ficará submetida à coisa julgada *erga omnes*, malgrado se trate de prejudicial incidental. Ora, o tribunal, tampouco o juiz de primeiro grau, tem competência julgar a matéria como questão principal, segundo prevê o art. 503, §1º, III, do Código de Processo Civil. Assim, inexistente o receio de o controle de constitucionalidade difuso e concreto, em sede de ação civil pública, produzir efeitos para além da demanda coletiva onde fora suscitado.

3 Das leis de efeitos concretos

3.1 Conceito

Como dito desde a introdução, malgrado as leis em regra possuam características da abstração, generalidade e impessoalidade, nosso ordenamento jurídico prevê diversas situações em que alguns atos administrativos devem ser travestidos de lei em sentido amplo, muito embora sejam atos normativos com destinatários específicos, são dirigidas e determinada finalidade que se concretiza simplesmente com sua sanção, independentemente de outra conduta estatal.

Assim, cumpre diferenciar a chamada *lex* “em tese” daquela de “efeitos concretos”. A primeira, repita-se, é abstrata, genérica e impessoal, enquanto que a segunda traz em seu teor determinado resultado específico que pretende – seja uma doação, a criação de municípios ou a elevação da remuneração de determinada carreira –, não possuindo qualquer normatividade.

Em verdade, leis de efeitos concretos nada têm de normatividade, são atos administrativos revestidos impropriamente da forma de legislação por exigências administrativas e legais. Elas não apresentam regra abstrata de conduta, tendo impactos concretos e imediatos na ordem jurídica.

Inclusive, diante da concretude, as leis de efeitos concretos são passíveis de impugnação via mandado de segurança e ação popular¹¹.

Em suma, atos normativos de efeitos concretos possuem a essência de ato administrativo, embora formalmente sejam leis, passando por todo o processo legislativo, por reclame do ordenamento vigente.

3.2 Do controle de constitucionalidade das leis de efeitos concretos

Assim como mencionado no tópico relativo ao controle de constitucionalidade incidental em sede de ação civil pública, mostra-se igualmente

¹¹Ibidem, p.203. Nota 3.

divergente o controle abstrato de leis de efeito concreto. A discussão concentra-se em virtude de tais atos normativos possuírem características distintas das leis em tese, aproximando-se de verdadeiros atos administrativos.

De acordo com a jurisprudência amplamente dominante do Supremo Tribunal Federal, *lex* de efeitos concretos não pode ser objeto do controle de constitucionalidade pela via principal, uma vez que os atos estatais sem a característica da generalidade não se prestariam ao controle abstrato, eis que a Carta Magna teria elegido como objeto desse processo apenas os atos tipicamente normativos, que são aqueles que detêm uma parcela, ainda que mínima, de generalidade e abstração¹².

Fica evidenciado o entendimento da Corte Suprema, afastando do controle abstrato de atos normativos de efeitos concretos, por não serem estes *lex* em sentido estrito ante a ausência das características que são peculiares. No mesmo sentido, podemos citar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 298013 e 1937¹⁴, bem como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 656160¹⁵.

Entretanto, cumpre destacar o entendimento contrário, já firmado em decisão isolada do próprio STF, bem como em lições doutrinárias. Na Medida

¹² ADI 4040, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-125 DIVULG 28-06-2013 PUBLIC 01-07-2013.

¹³ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei federal nº 9.688/98. Servidor público. Cargo de censor federal. Extinção. Enquadramento dos ocupantes em cargos doutras carreiras. Norma de caráter ou efeito concreto exaurido. Impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade. Pedido não conhecido. Votos vencidos. Lei ou norma de caráter ou efeito concreto já exaurido não pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, em ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 2980, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJE-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-01 PP-00183 RTJ VOL-00212-01 PP-00029).

¹⁴ EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos. 1. O Decreto Legislativo 121/98, da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, impugnado, impõe a reintegração de servidores, que teriam aderido ao Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário do Servidor Público Estadual (L. est. 4.865/96). 2. O edito questionado, que, a pretexto de sustá-los, anula atos administrativos concretos - quais os que atingiram os servidores nominalmente relacionados - não é um ato normativo, mas ato que, não obstante de alcance plural, é tão concreto quanto aqueles que susta ou torna sem efeito. 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93). (ADI 1937 MC-QQ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJE-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-02 PP-00332).

¹⁵ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO DE CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. IMPUGNAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ESTADUAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARÂMETRO: CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 656160 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014).

Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.048¹⁶, por cinco votos a três, fora deferida liminar para suspender a vigência da Lei n. 11.658/2008, que abria “crédito extraordinário, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 5.455.677.660,00, para os fins que especifica”, ou seja, norma tipicamente de efeitos concretos.

Ressalte-se, contudo, tratar-se de decisão isolada, por maioria de votos em sessão em que três Ministros estavam ausentes. Demais disso, não houve a análise do mérito, sendo uma manifestação na medida cautelar. Como se não bastasse, conforme precedentes acima citados, posteriormente ao julgamento da Medida Cautelar da ADI 4048 o mesmo STF retomou entendimento primitivo, não permitindo com controle abstrato de normas de efeitos concretos.

Na obra compartilhada com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que foi o relator da ADI 4048, contesta o posicionamento do STF impedindo o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade contra leis de

¹⁶EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232).

¹⁷Ibidem. Nota 2

efeitos concretos¹⁷. Todavia, novamente, ousamos discordar da posição dos referidos doutrinadores, acostando-nos ao pensamento consolidado do Supremo Tribunal Federal. Ora, os atos legislativos de efeitos concretos carecem de densidade normativa em seu conteúdo, o que impede examiná-los como lei em sentido estrito, sendo, portanto, objeto inidôneo ao controle pela via de ação.

Como se não bastasse, o maior receio indicado pelos doutrinadores quanto ao entendimento da Suprema Corte seria a impossibilidade de controlar a atividade estatal em hipóteses de leis de efeitos concretos. No entanto, como dito anteriormente, prevalece já na doutrina que tais atos legislativos podem ser impugnados por meio de mandado de segurança e ação popular.

4 Da impugnação das leis de efeitos concretos por meio de ação civil pública

4.1 Considerações iniciais

Realizada a contextualização do problema, cumpre doravante demonstrar o cabimento da ação civil pública para fins de combater dano patrimonial ao erário causado pelas leis de efeitos concretos.

Embora se pudesse questionar o motivo de ampliar o leque de ações constitucionais passíveis de impugnar tal espécie legislativa, há de se esclarecerem as vantagens do manejo da ação civil pública para tal desiderato.

Ora, como se sabe, na ação popular o legitimado é pessoa física, ou seja, eleitor, o que retiraria a legitimação de diversos órgãos públicos para rechaçar uma lei de efeito concreto. Assim, Ministério Público, Entes Federativos, associações e demais legitimados da ACP não poderiam questionar judicialmente a referida *lex*.

Igualmente, o mandado de segurança exigiria a violação a direito líquido e certo, que é entendido como aquele que se apresenta com todos os elementos para o seu reconhecimento e exercício desde a propositura da ação mandamental.

Em se tratando de mandado de segurança individual, o titular do direito líquido e certo é pessoa certa e determinada que, ao ser prejudicada por ato ilegal ou abusivo cometido por autoridade pública, maneja o *writ* para fins de restabelecer a legalidade.

Já no mandado de segurança coletivo, protege-se direito líquido e certo individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, conforme prevê

o art. 21 da Lei n. 12.016/09¹⁸, afastando a impetração para a defesa de direitos difusos.

Além disso, órgãos públicos não podem se valer do mandado de segurança coletivo, porquanto a Constituição Federal¹⁹ e a Lei do Mandado de Segurança²⁰ legitimam apenas partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organizações de classe a impetrar o *writ*.

Assim, mostra-se inviável a defesa do patrimônio público por meio de tais espécies de ações coletivas, seja em relação ao mandado de segurança coletivo por se cuidar de direito difuso, incompatível com as espécies de direitos líquidos e certos amparados pela ação mandamental, seja pelo fato de a ação popular caber ao eleitor, o que afastaria a legitimação de órgãos públicos.

Nesse contexto, restaria aos órgãos públicos combater, na jurisdição ordinária, as leis de efeitos concretos que causam prejuízo à Fazenda Pública por meio de ação civil pública, diante da natureza do direito envolvido e da previsão na Lei da Ação Civil Pública de que tal instituto se presta à defesa do Erário (art. 1º, VIII, da LACP).

Outrossim, como fora explanado, normas de efeitos concretos não se prestam ao controle de constitucionalidade abstrato, o que poderia causar uma atividade sem controle do Poder Legislativo, caso não fosse possível o aforamento de ação civil pública para a defesa de direitos difusos violados pela *lex* de efeitos concretos.

¹⁸ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

¹⁹ Art. 5º (...) 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.

²⁰ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

4.1.1 Do dano ao patrimônio público

Em tópico anterior, foram indicadas algumas espécies de leis de efeitos concretos, repetindo-se não se tratar de elenco exaustivo. Algumas destas normas, além de criar despesas, podem eventualmente causar prejuízo ao Erário ou até mesmo serem editadas em desconformidade com o ordenamento jurídico, o que ensejaria o controle pela jurisdição ordinária, uma vez que o entendimento do STF veda a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos legislativos desta natureza.

De acordo com parcela da doutrina, o patrimônio público, em um sentido amplo, representa o acervo de bens e direitos que possuem valoração econômica, histórica, estética, turística, artística ou arqueológica, bem como de caráter ambiental. Neste conceito abrangente de patrimônio público, o Erário seria um elemento, eis que se refere apenas ao patrimônio material do Estado²¹. No entanto, para fins deste trabalho, utilizaremos a acepção de patrimônio público em sentido estrito, ou seja, como o conjunto de bens que pertencem à Fazenda Pública.

Pois bem, a defesa do patrimônio público cabe tanto ao cidadão, por meio de ação popular, quanto a Entidade Federativa titular do direito e aos demais legitimados para a propositura de ação civil pública, conforme anotado em linhas anteriores, estando o Ministério Público entre os órgãos com atribuição para a proteção, uma vez que se trata de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”²².

Antes do advento da Lei n. 13.004/2014, que acrescentou o inciso VIII ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, incluindo os danos causados ao patrimônio público como objeto da ACP, havia divergência quanto à possibilidade da defesa do Erário por meio de tal instituto processual²³.

Em período passado, prevalecia o entendimento de que a ação civil pública não se prestaria à defesa do acerca patrimonial do Estado. Contudo, retomando o tema do microsistema processual coletivo, realizando o diálogo das fontes e independente da mudança realizada na ACP com a Lei n.

²¹MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²²Art. 127 da CF/88.

²³Ibidem. Nota 3.

13.004/14, o art. 1º da Lei da Ação Popular²⁴ já previa que tal espécie de demanda poderia ser proposta contra atos lesivos à Fazenda Pública. Demais disso, também antes do advento da Lei n. 13.004/14, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 329, consagrando o posicionamento de que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

Por conseguinte, a proteção do patrimônio público, desde que apresente um interesse social, sendo reconhecido como a defesa da sociedade, titular do direito difuso à moralidade administrativa, não tendo relação com direito individual da pessoa jurídica de direito público, pode ser realizada através da ação civil pública, tanto por encontrar previsão na própria LACP, quanto na Lei n. 4.717/65.

Seguindo adiante, cumpre analisar qual espécie de prejuízo ou dano ao patrimônio público permitira o ajuizamento de ACP. Isto em razão de que nem todo prejuízo sofrido pela Administração Pública dever dar azo ao manejo de ação civil pública, sob pena de desvirtuar a defesa dos direitos difusos e o manuseio das demandas coletivas. Não se mostraria razoável lançar mão de processo coletivo com a finalidade pura e simples de ressarcir a Fazenda Pública por uma avaria causada a um veículo público em virtude de acidente de trânsito. Assim, não é todo e qualquer prejuízo causado ao Erário por ato ilícito que permitiria a propositura de ACP.

Igualmente, há situações em que, mesmo que não haja um decréscimo econômico, o patrimônio público acaba sendo lesado diante da ilegalidade do ato, como é o exemplo de ato da Administração Pública que contrata irregularmente determinado servidor, sem prévia aprovação em concurso público, tampouco nas situações que permitem o preenchimento de cargos em comissão. Não houve um efetivo dano pecuniário, eis que o servidor contratado irregularmente praticou os atos de ofício, porém o patrimônio público restou lesado na medida em que a ilegalidade trouxe ao serviço público particular que fora beneficiado em detrimento de outrem. Há, nessa situação, uma restrição ao direito dos demais cidadãos de concorrerem em igualdade de condições ao cargo público, o que traz inegável prejuízo do direito difuso da população ao ingresso no serviço público.

²⁴ 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.

Assim, para ensejar a propositura de ação civil pública – ou mesmo ação popular – contra ato lesivo ao patrimônio público, não basta mero prejuízo econômico, sendo este, inclusive, dispensável, devendo haver um malferimento à moralidade administrativa, à legalidade e/ou à eficiência – princípios estes previstos no art. 37 da CF/88²⁵ –, atingindo o próprio interesse social de tal maneira que a população restou prejudicada.

4.2 Dos atos legislativos de efeitos concretos que causam danos ao patrimônio público

Apresentadas as balizas necessárias, faz-se mister destacar que, em certas hipóteses, a *lex* de efeitos concretos, tal como um ato administrativo comum, causa dano ao patrimônio público, seja criando uma despesa irregularmente, seja alienando bem pertencente à pessoa jurídica de direito público sem uma contraprestação equivalente.

Como dito alhures, para identificar se o decréscimo patrimonial representa uma lesão ao direito difuso da coletividade a uma administração proba, o que permitiria a defesa do Erário por meio de demanda coletiva, mostra-se imprescindível analisar se houve malferimento aos preceitos que regem a Administração Pública, elencados no art. 37 da Constituição da República.

Com isso, tendo a lei de efeitos concretos causado um prejuízo ao patrimônio público por ofender normas que devem nortear o administrador, tal como ocorre com o mandado de segurança e a ação popular, poderá o legitimado fazer uso da ACP.

Hipótese que tem se mostrado corriqueira de ato legislativo de efeitos concretos que causa dano ao patrimônio público por violar o princípio da legalidade é a das normas que elevam a remuneração de servidores em desobediência à Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por vezes, o aumento da remuneração dos cargos políticos (Prefeito, Vice-prefeito, vereador, secretário municipal etc.) é implementado ao final da gestão, menos de seis meses para o término dos mandatos dos titulares. *Ocorre, porém, que o art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/2000 declara: “Também é nulo de pleno direito o ato de*

²⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 19.

que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”.

Note-se que o artigo é aplicável a todas as esferas de Poder, sendo que, no Município, aplica-se aos Poderes Executivo e Legislativo, nos termos do art. 1º, §§ 2º e 3º, inciso I, alínea “a”, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

É importante ressaltar que a possibilidade de se impor limitações a todos os Poderes por meio de Lei Complementar em matéria de finanças públicas – inclusive estabelecendo requisito de validade/eficácia para aumento de despesa com pessoal – é prevista na Constituição Federal, em seus artigos 163, inciso I, e 169²⁶.

Desta forma, é possível perceber que a observância aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal como condição de validade de qualquer ato dos Entes Federados que enseje despesas com pessoal – seja ele legislativo ou administrativo – é prevista constitucionalmente e, portanto, deve ser respeitada.

Pois bem, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal declara a nulidade da elevação de salários a menos de 180 dias do fim do mandato, porém, não há um remédio jurídico expresse para combater a lei de efeitos concretos que viola tal previsão. Não se poderia manejar ação direta de inconstitucionalidade, seja pelo fato de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permitir o controle abstrato de tais normas, seja em razão não haver necessariamente uma efetiva violação à norma constitucional.

Nessa situação, o receio de alguns doutrinadores - como fora exposto no tópico relativo à não submissão de leis de efeitos concretos ao controle abstrato de constitucionalidade – se materializaria, eis que seria uma lei que lesa o patrimônio público, sem ser possível um combate judicial. No entanto, defendemos ser pertinente o ajuizamento de ação civil pública, tal como já é aceita a propositura de ação popular.

Com efeito, não se poderia vedar que órgãos de controle como Ministério Público ou até mesmo a pessoa jurídica de direito pública lesada buscassem o controle judicial do ato questionado dependendo, para tanto, que eleitor propusesse a demanda. Tal situação, além de não ser razoável, representaria violação a preceitos republicanos.

Em assim sendo, havendo violação ao dispositivo do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, é necessário que se reconheça a

²⁶Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas; Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

nulidade do aumento mencionado, conforme já decidiu, inclusive, a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, nos autos do Agravo de Instrumento Nº 0803473-74.2017.815.0000, sob a relatoria do Eminentíssimo Desembargador José Ricardo Porto, julgado em 03/10/2017.

Igualmente, percebe-se, de forma clara, a nulidade de pleno direito decorrente da ilegalidade no aumento concedido pela legislação de efeitos concretos que vulnerou frontalmente a Lei de Responsabilidade Fiscal, que é Lei Complementar, de observação obrigatória por todos os Entes da Federação. Assim, como já aceito em alguns julgados, seria tal ato legislativo rechaçado por meio de ação civil pública.

Da mesma forma, violadora de normas abstratas e, por consectário, do princípio da legalidade, seria a lei orçamentária anual que desrespeita alguma das disposições contidas nos artigos 165 e seguintes da Constituição Federal, que impõem determinadas formalidades e deveres na elaboração da mencionada *lex*.

Por outro lado, também é possível imaginar leis de efeitos concretos que, por violarem os princípios da impessoalidade e/ou da moralidade, devam ser anuladas. O preceito da impessoalidade traduz a ideia de que a Administração deve tratar a todos sem discriminações benéficas ou detrimidas, nem favoritismos ou perseguições são toleráveis, simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atividade administrativa.

Assim, a título de exemplo, uma lei de efeitos concretos que autoriza a doação de bem público a algum aliado dos integrantes do parlamento e do Poder Executivo, sem que haja um verdadeiro interesse público, apenas com o escopo de favorecer determinada pessoa, é passível de ataque por meio de ACP.

Do mesmo modo, poder-se-iam citar leis que concedem isenção fiscal a determinada pessoa ou grupo de maneira trazer um benefício antidemocrático sem que houvesse interesse público para tanto. Neste ponto específico, há de se esclarecer que a vedação imposta pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública²⁷ não impediria a propositura da ACP. Tal limitação imposta pela própria LACP é voltada a obstar a defesa de contribuintes por meio de ação civil pública²⁸.

²⁷Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

²⁸Ibidem, p. 237-238. Nota 3.

Tal limitação pretende proteger o Fisco que demandas que possam causar enorme prejuízo à política fiscal de um Ente Federativo. No entanto, o que propomos é diametralmente oposto, ou seja, a defesa do próprio erário em razão de dano causado por isenção fiscal concedida por meio de lei de efeito concreto que traz prejuízo ao patrimônio público sem que haja interesse público a justificar o benefício.

Neste ponto, forçoso destacar que a doutrina e a jurisprudência ainda não trataram da matéria, o que não afasta a necessidade de discussão. Como dito alhures, o atual panorama político do Estado brasileiro permite gerar desconfiança em razão de certas condutas adotadas pelos membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Não faltam denúncias de que, em troca de benefícios fiscais, empresas financiaram campanhas eleitorais, inclusive mediante o chamado “caixa dois”, incrementando financeiramente as disputas por cargos eletivos, o que ensejou campanhas milionárias.

As informações são estarrecedoras a ponto de reconhecer que o interesse público, diariamente, vem sendo colocado de lado, para beneficiar particulares que se mostram dispostos a colaborar com os ocupantes de funções públicas na expectativa de receber favores futuros que justificassem os investimentos. Nesse contexto, verificado um dano ao patrimônio estatal em razão de isenção fiscal motivada por razões não republicanas, mostrar-se-ia possível o ajuizamento de ação civil pública contra o ato legislativo de efeito concreto que concedeu a benesse indevidamente.

Tanto se mostra ilícita a conduta de conceder isenção ilegalmente que a Lei de Improbidade Administrativa prevê tal situação como sendo ato que causa prejuízo ao Erário (art. 10, VII). Não é demais ressaltar o rol do art. 10 da Lei n. 8.429/92 é exemplificativo, servindo apenas de norte para os aplicadores do direito. Assim, nada obsta reconhecer a ilegalidade de uma isenção concedida não por inobservância de formalidades, mas por um vício ainda maior, qual seja, a flagrante intenção de beneficiar terceiros que se mostram aliados dos membros do Poder Executivo e/ou Legislativo.

Assim, inúmeras são as possibilidades de uma lei de efeitos concretos gerar um prejuízo ao patrimônio público, merecendo uma retaliação via ação civil pública, instrumento eficaz a tal desiderato.

Mostra-se impossível elencar todas as possibilidades em que poderia ocorrer esse prejuízo. Pretende-se tão somente demonstrar que a ACP é, de fato, o instituto processual mais adequado para a defesa do patrimônio em razão de dano provocado por uma lei de efeitos concretos, em primeiro lugar em razão de tais normas não se submeterem ao controle abstrato de constitucionalidade. Em segundo plano, pelo fato de a ação civil pública, ao contrário da ação popular, legitimar órgãos públicos a defender o patrimônio público.

5 Conclusões

Pelo exposto, foi possível verificar que do exame da lei, doutrina e jurisprudência que tratam de ação civil pública e das leis de efeitos concretos, pode esta ser objeto de controle por meio daquela.

Como já repisado, o controle judicial constitui importante ferramenta para garantir a finalidade pública de todos os atos da Administração, evitando ou reprimindo ilicitudes cometidas por detentores de cargos políticos.

Não seria admissível que instituto tão relevante e comum, como são as leis de efeitos concretos, ficasse à margem de uma fiscalização efetiva, onde órgãos públicos e particulares pudessem questioná-la em juízo, a fim de evitar prejuízos ao Erário.

Há previsão legal, na ordem jurídica em vigor, de inúmeros casos em que atos administrativos passam pelo processo legislativo, transformando-se em de lei em sentido amplo, malgrado as normas criadas com tal desiderato não possuam as características da abstração, generalidade e impessoalidade comuns a *lex* em tese.

De maneira sintética, poderíamos citar, como principais hipóteses de ato normativo de efeito concreto, a (01) elevação de remuneração de carreiras públicas; (02) a criação de autarquia ou autorização para a instituição de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações; (03) a concessão de isenções e estímulos fiscais a determinadas pessoas jurídicas, de maneira pessoal e concreta; (04) a lei orçamentária anual; e (05) a lei que autoriza a alienação de bem imóvel pertencente ao Poder Público.

Desse modo, seria deveras prejudicial ao interesse público limitar ou cercear a fiscalização dessas normas.

Pois bem, apesar da sua importância, o tema ainda não encontra grande respaldo doutrinário e jurisprudencial, resumindo-se os julgados a casos específicos como dos atos legislativos que elevam salários de categorias em desobediência à Lei de Responsabilidade Fiscal. Decerto, há uma infinidade de outras possibilidades que ainda não foram devidamente enfrentadas, passando sem o devido controle tais atos normativos que comumente causam danos aos cofres Públicos.

Por outro lado, está consolidado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que os referidos atos legislativos não podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, diante ausência de conteúdo normativo. Portanto, questionou-se qual o instrumento processual seria pertinente para controlar tal atividade estatal, uma vez que não se poderia deixar a *lex* de efeitos concretos alheia a um controle judicial.

Foi possível vislumbrar haver, no mínimo, a ausência de um posicionamento firme da doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de a ação civil pública ser proposta para combater ato legislativo de efeitos concretos. Ademais, existem decisões judiciais esparsas permitindo que a referida ação coletiva seja manejada com tal finalidade, no entanto, sem adentrar nas inúmeras possibilidades reais que existem, resumindo-se, na enorme maioria das vezes, à questão de leis que elevam salários.

Ora, o momento histórico e cultural que vivemos põe em xeque a atividade do Legislativo e Executivo, que não raramente se unem em prol de determinado “projeto” totalmente alheio ao interesse público, numa verdadeira deturpação do sistema de freios e contrapesos que deveria orientar a separação harmônica dos poderes.

Neste contexto, faz-se mister oportunizar que a sociedade e os órgãos de controle desempenhem seu papel de fiscalizar, levando ao Poder Judiciário os casos que se mostrem prejudiciais ao interesse público.

Assim, importante instrumento democrático para o controle da Administração Pública e, especificamente, das leis de efeitos concretos seria o manejo de ações civis públicas em defesa do patrimônio público.

Como visto, a ACP representa espécie de processo coletivo, cuja finalidade é a defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, de sorte que se mostra meio adequado e idôneo ao controle de atos administrativos prejudiciais ao Erário, diante de suas peculiaridades, quais sejam, (01) legitimação de órgãos públicos, dentre eles, o Ministério Público; (02) eficácia *erga omnes* da decisão; (03) previsão legal da ACP para a proteção do patrimônio público, com o advento da Lei n. 13.004/14; e (04) adequação do procedimento às peculiaridades da situação.

Com isso, cabe tanto aos legitimados para o ajuizamento da ação civil pública quanto ao cidadão a defesa do patrimônio público em razão de leis de efeitos concretos que causem prejuízo ao Erário.

Ressalte-se, mais uma vez, que tal o dano ao patrimônio que permite o ajuizamento de ação civil pública não é, pura e simplesmente, aquele em que há um decréscimo econômico nos bens e direitos de titularidade da Fazenda Pública.

Cuida-se, em verdade, de um dano aos próprios princípios reitores da Administração Pública e previstos no art. 37 da Carta Magna.

Dessa forma, caso uma norma com efeitos concretos ofenda o patrimônio público, independentemente de uma desvalorização patrimonial, poderá haver seu questionamento perante o Poder Judiciário.

Com isso, pretende-se auxiliar o aplicador do direito, em especial aquele cuja atribuição ou interesse seja a defesa do patrimônio público,

indicando os problemas relacionados ao controle judicial de leis de efeitos, bem como sugerindo a via da ação civil pública para tal desiderato.

Inúmeras são as leis de efeitos concretos existentes e tão numerosas quanto são as possibilidades de malferimento ao patrimônio público. Cabe à sociedade, seja através de cidadãos, seja por órgãos públicos, minimizar, por meio do ajuizamento de ações, os efeitos nocivos que tais espécies normativas podem vir causar.

Destaque-se, por fim, que a lei de efeito concreto nem sempre trará dano ao Erário ou apresentará alguma ilegalidade, de modo que elas podem servir de importante instrumento, máxime quando o sistema de freios e contrapesos não se mostra comprometido, de sorte que tanto o Executivo quanto o Legislativo desempenhem suas funções eficientemente.

Referências

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnaldo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assunção Neves. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.