

# A LEI EM TESE E A LEI DE EFEITOS CONCRETOS NA IMPETRAÇÃO COLETIVA PREVENTIVA: DEFINIÇÕES A PARTIR DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE NORBERTO BOBBIO

**Vitório Garcia Marini**

*Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.*

## RESUMO

O manejo do mandado de segurança diretamente contra a lei, tendo por causa de pedir exclusivamente a inconstitucionalidade formal ou material do diploma impugnado, é usual no Brasil, especialmente a partir da Constituição da República de 1988, que previu a impetração por sindicatos, associações e partidos políticos. Admitida essa possibilidade de tutela de direitos coletivos, com todas as suas especificidades, o entendimento explicitado na Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe a impetração contra a “lei em tese”, merece novo aprofundamento, para que se possa distinguir esse conceito indeterminado - lei em tese - de sua nênese conceitual, a “lei de efeitos concretos”. Sobre o tema, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros não possui entendimento unívoco, ora permitindo a impetração coletiva preventiva exclusivamente contra a lei, ora negando-a. Uma das possibilidades metodológicas que se apresenta consiste em analisar a tipologia do direito protegido, se difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, bem como a natureza da norma impugnada na impetração. Nessa proposta, a Teoria da Norma Jurídica trazida por Norberto Bobbio, especialmente a classificação das normas em singulares e universais, hipotéticas e categóricas, permite identificar as normas singulares e categóricas com as leis de efeitos concretos, e as normas universais e hipotéticas com as leis em tese. Contudo, a partir daí, surgem outros desafios, especialmente porque a casuística legislativa brasileira é riquíssima, a permitir o surgimento de leis constituídas por cruzamentos anômalos, tais como leis singulares e hipotéticas ou universais e categóricas. O que o trabalho objetiva, assim, é catalogar tais hipóteses de

cruzamentos normativos para propor, basicamente, uma teoria das leis em tese e das leis de efeitos concretos que possa auxiliar na compreensão dos critérios de cabimento do mandado de segurança coletivo preventivo quando ajuizado diretamente contra a lei.

**Palavras-chave:** mandado de segurança coletivo preventivo, lei em tese, lei de efeitos concretos, Súmula nº 266/STF, teoria da norma jurídica.

## ABSTRACT

The use of writ of mandamus against laws in thesis, having exclusively the formal or material unconstitutionality of the statute as the reason of petition, is common in Brazil, specially after the 1988 Constitution, which enables its filing by Unions, associations and political parties. Given such possibility of protecting collective rights, with its specificities, the understanding exposed on Summary 266 of the Federal Supreme Court, which forbids its use against “laws in thesis”, deserves a deeper analysis, in order to distinguish this undefined concept – law in thesis – from its conceptual nemesis: “law of practical effects”. Regarding this theme, the jurisprudence of Brazilian Courts does not have an unequivocal understanding, sometimes allowing and other times rejecting its use. The problem, therefore, demands a quest that arises from jurisprudential conclusions to unveil, in a doctrinal aspect and with a strong adhesion to argumentative logic, the definition of laws in thesis and law of practical effects. One of the methodological possibilities that appears is to analyse the typology of the protected right, if diffuse, collective *stricto sensu* or individual homogeneous, as well as the nature of the law being contested. In this task, the Theory of Legal Norms, brought by Norberto Bobbio, specially the secular classification of norms in singular and universal, hypothetical and categorical, allows the relation of singular and categorical norms with law of practical effects, and the universal and hypothetical ones with laws in thesis. However, from that point on, new challenges emerge, specially because Brazilian legislative casuistry is abundant, paving the way for laws constituted by anomalous crossings, such as singular and hypothetical laws or universal and categorical ones. Thus, the goal of this article is to list the cases of legal crossings in order to propose, in essence, a theory of laws in thesis and of law of practical effects that can help the comprehension of criteria of suitability for the preventive collective writ of mandamus, when directed against laws.

**Keywords:** preventive collective writ of mandamus, laws in thesis, law of practical effects, Federal Supreme Court Summary 266, theory of legal norms.

## 1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 13 de dezembro de 1963, editou a Súmula nº 266<sup>1</sup>, afirmando não caber mandado de segurança contra a “lei em tese”. Esse entendimento, embora tenha se tornado máxima processual, jamais propiciou compreensão unívoca quanto à sua aplicação prática, especialmente em razão do grau de indeterminação contido na expressão “lei em tese”, ou mesmo em sua nênese conceitual, a chamada “lei de efeitos concretos”, categorização também nascida da jurisprudência da Suprema Corte.

Além disso, a partir da Constituição da República de 1988, sindicatos, associações e entidades de classe (e mais raramente partidos políticos), diante de leis potencialmente inconstitucionais, passaram a impetrar mandados de segurança coletivos preventivos nos quais atacam diretamente tais normas por razões de inconstitucionalidade, ações cuja eficácia subjetiva da coisa julgada é extensível aos membros do grupo ou da categoria substituídos pelo impetrante. Com isso, cunhou-se, na prática, espécie anômala de eficácia *erga omnes* da ação mandamental coletiva preventiva, aproximando-a em eficácia dos efeitos típicos da ação direta de inconstitucionalidade.

Diante dessas constatações, o objeto deste trabalho é concluir se, efetivamente, na hipótese da impetração coletiva preventiva, fundada exclusivamente na inconstitucionalidade da lei, há impetração contra lei em tese, incabível pelo entendimento consolidado na Súmula nº 266/STF, ou se, ao contrário, há que se permitir o manejo da ação mandamental em alguma hipótese específica, especialmente quando diante de uma lei de efeitos concretos. Nessa tarefa, há que se abrir espaço para uma necessária distinção ontológica entre a lei em tese e a lei de efeitos concretos, o que nos propomos com base nas tradicionais dicotomias entre as normas universais/singulares e as normas hipotéticas/categóricas, o que pode ser alcançado a partir da contribuição de Norberto Bobbio.

## 2. PRELIMINAR AO PROBLEMA: O PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI COMO CAUSA DE PEDIR ANTECEDENTE À NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Antes de adentrarmos no objeto propriamente dito deste trabalho, é necessário referir que é pacífico, sob o aspecto jurisdicional, o entendimento de que no mandado de segurança, tanto individual quanto coletivo, pode ser deduzida a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei como causa de pedir antecedente à decretação de nulidade do ato administrativo que lhe é posterior.

Contudo, tecnicamente, sabendo-se que a impetração não se presta a substituir ação declaratória de inconstitucionalidade, o pedido de declaração de inconstitucionalidade não pode ser veiculado como principal, mas sim como *prius* em relação ao verdadeiro pedido principal: a decretação de nulidade de ato administrativo. Há, por assim dizer, um desdobramento cognitivo do julgamento em dois momentos: primeiro, se conhece da inconstitucionalidade; depois, se analisa se a inconstitucionalidade (caso afirmada) tem reflexos na invalidação de ato administrativo concreto, sendo que, caso seja afirmativa a resposta, o ato deverá ser anulado.

Entretanto, o objeto deste trabalho não é analisar propriamente essa hipótese, mas sim aquela na qual a impetração promovida pela entidade de representação coletiva é dirigida diretamente contra a lei, ou seja, sem a indicação de um ato administrativo concreto que viole direito líquido e certo de um sujeito de direitos. Daí por que se falar em impetração coletiva preventiva.

### 3. O OBJETO DE TUTELA NA IMPETRAÇÃO COLETIVA: DIREITOS DIFUSOS, DIREITOS COLETIVOS STRICTO SENSU E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O legislador (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009) não previu expressamente o manejo da tutela mandamental coletiva para defender os chamados direitos difusos (art. 81, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 8.078/1990), entendidos como aqueles que têm por titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, direitos esses que são indivisíveis em relação ao objeto (o ato lesa o direito de todos os titulares; não há como lesar direitos de alguns e não lesar os de outros; a lesão não é fracionável em parcelas de direito individual) e indeterminados no que pertine ao sujeito (e.g. indústria que libera poluentes na atmosfera, prejudicando a qualidade do ar)<sup>2</sup>.

Entretanto, não há motivos para se elidir a possibilidade de defesa desses direitos difusos (e.g. direito à saúde, direito à segurança, direito ao meio ambiente sadio) pela via do mandado de segurança coletivo, porque a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) permite que associações realizem a defesa dos direitos difusos (art. 81, parágrafo único, inc. I), sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (art. 83), o que, por óbvio, inclui a impetração coletiva. Logo, dentro do conceito de direito coletivo lato sensu exposto na Lei nº 12.016/2009, estão os direitos difusos e os coletivos stricto sensu.<sup>3,4</sup>

Dito isso, percebe-se que a ação do mandado de segurança coletivo exige como pressuposto de cabimento a existência de um grupo formado por categoria ou classe, representado contratualmente (estatuto, contrato social) por um legitimado processual, que adquire, a partir de sua constituição pelos meios juridicamente válidos, a função de curador judicial dos direitos de seus substituídos.

Nessa conformação normativa, na peculiar espécie dos direitos difusos, embora haja apenas um liame fático entre os lesados, caso se verifique a existência de uma associação constituída há pelo menos um ano e que inclua entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos

(art. 82, inc. IV, da Lei nº 8.078/1990), estar-se-á diante do pressuposto de cabimento da ação mandamental.

Para os direitos coletivos *stricto sensu* (transindividuais), exige-se que estejam ligados por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou ameaça de lesão: há que existir subjacente relação jurídica formal entre os substituídos e o impetrado, não bastando o mero liame fático típico dos direitos tipicamente difusos.<sup>5</sup>

Perceba-se, ainda, que nos direitos coletivos *stricto sensu* o objeto de tutela é indivisível (a lesão do direito de um é a mesma para todos os outros; não se admite que, dentro da coletividade representada na impetração, uns tenham sido lesados por um ato e outros não tenham sido lesados pelo mesmo ato; “o destino de um é o destino de todos”; a lesão não é fracionável em parcelas de direito individual) e o sujeito é determinável em momento processual futuro (nasce indeterminado no momento da lesão, mas se torna determinável na fase de execução individual - grau de indeterminação relativa).

Já nos direitos difusos, embora o objeto de tutela seja também indivisível, a indeterminação do sujeito é absoluta, porque não há como quantificar em sede de execução quanto de ar limpo foi suprimido de cada sujeito lesado (a reparação do dano não se dá individualmente). Por tal razão, entendemos que a “tutela coletiva difusa” só pode ser utilizada para a obtenção de sentenças mandamentais de abstenção ou de prestação positiva que não possibilitem a execução individual (porque, caso demandem, estar-se-á, na realidade, diante de direito coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo).

Quanto à tutela dos direitos individuais homogêneos, tradicionalmente, consistem na hipótese do litisconsórcio simples multitudinário (na expressão de Cândido Rangel Dinamarco), na qual o lesado poderia ajuizar ação individual, mas, por expressa autorização constitucional, está autorizado a aproveitar o resultado de ações coletivas ajuizadas por legitimados extraordinários. Aqui não se exige o pressuposto normativo da relação jurídica base entre substituídos ou com a parte contrária (direitos coletivos *stricto sensu*), mas sim que a lesão seja decorrente de origem comum e da atividade ou situação específica que vulnere direito dos associados ou membros do

impetrante.<sup>6</sup>

Em suma, o traço distintivo da tutela dos direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, para fins de impetração coletiva (art. 21 da Lei nº 12.016/2009 *c/c* art. 81 da Lei nº 8.078/1990 - em autêntico “diálogo das fontes”), é a exigência de certos pressupostos normativos, intimamente atrelados à ideia nuclear de representatividade de classe, categoria ou grupo civilmente constituído: relação jurídica base, membros, filiados, associados, categoria (econômica, profissional).

Os direitos protegidos se apresentam, assim, enfeixados em razão da existência de uma instância contratual de proteção, constitucionalmente qualificada (art. 5º inc. LXX).

Firmadas essas compreensões, o momento é propício a definições conceituais.

#### **4. OS CONCEITOS (INDETERMINADOS) DE LEI EM TESE E DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS**

Conceitualmente, lei em tese é toda lei observada em seu aspecto puramente material (lei material)<sup>7</sup>, portanto genérica e abstrata<sup>8,9</sup>, que dá comandos sem definir (individualizar, nominar) em seu suporte fático quais os destinatários. É a lei em sua acepção mais costumeira, na qual não se preordenam os destinatários da prescrição normativa ou da sanção contida na norma, porque o legislador, ao não vislumbrar a necessidade de explicitar na lei o nome dos destinatários, deixa essa etapa para o fenômeno da incidência em concreto da lei (sua aplicação).<sup>10,11</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, qualifica as leis em tese como normas com elevado coeficiente de generalidade abstrata, ou coeficiente de densidade normativa, o que permite que a norma seja atacada por meio de controle abstrato de constitucionalidade<sup>12</sup>, mas não por meio de mandado de segurança.

Por outro lado, sabendo-se que lei em tese é uma expressão cunhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>,

convencionou-se, também na jurisprudência da Corte Excel-sa, que o mandado de segurança pode, contudo, ser impetrado contra a chamada lei de efeitos concretos, aquela norma que, por não possuir coeficiente de generalidade abstrata, regula o comportamento da vida de uma ou mais pessoas como verdadeira prescrição *ad hominen*, individualizada, com a determinação de seus destinatários, por nomeação, já no suporte fático da norma. Trata-se de norma que já nasce regulando situação individualizada, como se fosse autêntico ato administrativo disciplinador do comportamento individual (e.g. art. 242, §2º, da Constituição da República<sup>14</sup>).

Há que se destacar, entretanto, que a distinção ontológica entre lei em tese e lei de efeitos concretos, na realidade, não é nascida propriamente na ciência jurídica, mas sim na Filosofia. A partir da noção retirada dos tratados de lógica referente às proposições universais e singulares<sup>15</sup>, Bobbio classifica as normas jurídicas em gerais e singulares, sendo as primeiras aquelas nas quais o destinatário da prescrição (da ação prescrita na norma, para nos utilizarmos fielmente da linguagem do autor) é uma classe de pessoas, e portanto a norma se volta simultaneamente a todos aqueles que estão compreendidos naquela classe, ao passo que na segunda espécie de norma (singular) o destinatário da ação prescrita é uma pessoa determinada, um indivíduo concreto (BOBBIO, 2008, p. 179-180).

O problema, entretanto, não reside nos extremos (lei em tese, proposições universais, normas gerais x leis de efeitos concretos, proposições singulares, normas singulares), mas sim no meio da escala de valores, naquela área intermediária em que a lei apresenta abstração e também certa parcela de concretude.

## **5. O PROBLEMA DAS LEIS MEIO ABSTRATAS, MEIO CONCRETAS: AS NORMAS COM COEFICIENTE DE GENERALIDADE ABSTRATA RELATIVIZADO**

Se é inequívoco que as leis que regulam comportamentos



sem possuírem (qualquer) coeficiente de generalidade abstrata são leis de efeitos concretos (o município X fica incorporado pelo município Y, decretação expropriatória do imóvel X, o Colégio X fica incorporado pela União), e verdadeiro que as leis que são absolutamente genéricas e abstratas são leis em tese (art. 121 do Código Penal, art. 927 do Código Civil), dúvidas surgem quando a impetração coletiva preventiva questiona leis que se apresentem com coeficiente de generalidade abstrata relativizado, ou seja, que tenham algum grau de determinação quanto aos destinatários das prescrições trazido por elementos normativos explicitados na norma (os professores do município A ficam obrigados à contribuição sindical X; os servidores do Departamento Tributário do Município B ficam obrigados ao cumprimento de jornada de trabalho Y; os habitantes do município C deverão adotar comportamento Z).

Nessas normas, há elementos normativos que, de alguma forma, com mais ou menos rigor, qualificam o destinatário da prescrição, não como indivíduo (nominalmente, pessoa natural ou jurídica), mas como classe, categoria ou grupo, de modo que surge uma relativização do coeficiente de generalidade abstrata da norma, porque o coeficiente não é absoluto (“todos aqueles que”), mas sim relativo (“todos os professores do município A que”).

Então, cotidianamente, surge dúvida em determinar se essas leis que contêm tais elementos normativos relativizadores<sup>16</sup> são leis de efeitos concretos ou leis em tese.

Para responder a essa indagação podemos, mais uma vez, rememorar Norberto Bobbio, que, tendo classificado as normas jurídicas em normas universais/gerais e singulares, apresentou em seu trabalho outra classificação, agora baseada na forma do discurso que a norma explicita, relacionada ao caráter categórico ou hipotético. Explica o autor italiano que a norma categórica estabelece que uma determinada ação deve ser cumprida, ao passo que a hipotética prevê que uma determinada ação deve ser cumprida quando se verifica uma certa condição (BOBBIO, 2008, p. 187).

Sobre essa classificação, Miguel Reale acrescenta:

As regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as

que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos: o que as caracteriza é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências (REALE, 2014. p. 95).

Desse modo, a norma hipotética teria seus efeitos subordinados a determinada condição prevista expressamente no suporte fático da norma, o que não ocorreria na norma categórica.

A partir dessas noções, podemos aprofundar o conceito distintivo entre norma hipotética e categórica.

Na norma categórica há um exaurimento do suporte fático da norma no momento do início da vigência da lei, porque ela já nasce gerando efeitos totais aos seus destinatários, sem estarem subordinados (os efeitos) a condição, ação, omissão ou fato futuro. Perceba-se que o suporte fático (a prescrição) não está condicionado nesse tipo de norma, sendo que o efeito imputado ao destinatário já se aperfeiçoa integralmente no início da vigência (“à pessoa X se reconhece o direito Z”).

Por outro lado, na norma hipotética o suporte fático é infinitivo (“se X realizar a conduta A, aplica-se o efeito Y”), jamais se exaurindo enquanto a norma tiver vigência, porque o comando prescritivo tem outra natureza bem distinta da norma categórica: é um gatilho hipotético permanentemente apontado para o futuro destinatário da norma, de modo que qualquer sujeito que pratique, hoje ou amanhã, a hipótese fática descrita estará atingido pela sanção contida na norma<sup>17</sup>. São as normas mais usuais, comuns, nas quais há hipótese no suporte fático, a qual pode se concretizar ou não, sendo que a concretização do suporte fático, e conseqüente incidência da norma, dependerá da implementação de um fato, de uma condição, de uma ação ou omissão imputáveis aos destinatários.

Nas hipotéticas estão naturalmente incluídas as normas nas quais o suporte fático abstrato descreva fato futuro de ocorrência incerta e imprevisível, ou seja, fato extraordinário, cuja ocorrência independa do comportamento do destinatário e que, caso concretizado, redundará em um efeito Y, aplicável à

X (hipótese mais rara, extraordinária na casuística).

Em suma: na norma categórica há suporte fático que já se exaure no dia de início da vigência da lei em relação aos destinatários da prescrição (suporte fático de exaurimento instantâneo), tendo incidência para fatos já ocorridos (incidência retroativa, contendo preponderante carga constitutiva e declaratória de direitos); na norma hipotética há prescrição para fatos e destinatários futuros e hipotéticos (a partir da vigência da lei), em proposições usuais do tipo “quem venha a concretizar a ação prevista na hipótese fática estará sujeito à sanção B”, ou então “quem venha a descumprir a prescrição contida na norma estará sujeito à sanção B” (é um gatilho que ainda será puxado, suporte fático infinitivo), ou ainda contendo suporte fático de fato extraordinário, no qual os efeitos estão condicionados à concretização de determinado fato de ocorrência incerta e imprevisível descrito no suporte fático, em proposições usuais do tipo “se ocorrer o fato X, a empresa Y deverá adotar a conduta Z”, “se ocorrer o fato X, fica proibida a conduta Z à empresa Y”.

Na norma categórica, rigorosamente, não há qualquer hipótese no suporte fático (porque o fato descrito já ocorreu no plano fático), sendo que, ao se tornar vigente, remanesçam apenas efeitos pré-determinados aos destinatários, mas não mais a hipótese (na realidade, nunca existiu hipótese).

Na norma hipotética, existe a hipótese no suporte fático (se o fato ocorrer), geralmente composta por conjunções condicionantes do tipo “se”, “que”, “caso”, sendo hipotética por prever suporte fático infinitivo ou por regular os efeitos decorrentes da ocorrência de fato extraordinário no suporte fático. A prescrição contida no suporte pode ou não se realizar no plano fático, pode ou não ser cumprida pelo destinatário, aí residindo a natureza hipotética da norma.

Nesses termos, a primeira pergunta a ser feita pelo intérprete é a seguinte: há (alguma) hipótese no suporte fático? Depois, é relevante perceber se a hipótese se aplica a destinatário universal ou singular.

Apenas uma consideração: destinatário singular pode significar, além do destinatário único (empresa X, pessoa X), des-

tinatário múltiplo (empresas X, Y e Z, pessoas X, Y e Z), desde que estejam nominados na norma (explicitados pelo nome). Dito isso, podemos, preliminarmente, concluir e relacionar as leis em tese (leis em sentido material, abstratas e gerais) como normas universais e hipotéticas e as leis de efeitos concretos como normas singulares e categóricas. Mas e se houver cruzamento distinto na composição da norma?

Pois bem. Entendemos que, se houver cruzamento entre lei universal e categórica<sup>18</sup>, estar-se-á diante de lei de efeitos concretos, porque o elemento categórico é preponderante em relação ao elemento universalidade. Se a hipótese for entre lei singular e hipotética<sup>19</sup>, estar-se-á, por igual, diante de lei de efeitos concretos, porque, aqui, o elemento singularidade é preponderante em relação ao elemento hipotético.

Trazendo essa distinção para a hipótese da impetração coletiva preventiva fundada exclusivamente na inconstitucionalidade da lei, que é o objeto deste trabalho, é possível utilizarmos dessas premissas para descobrir se, diante da natureza do direito tutelado (difuso, coletivo stricto sensu ou individual homogêneo), se está diante de uma lei em tese ou de uma lei de efeitos concretos.

## 6. CONCLUSÕES

As conclusões são reunidas a seguir levando em conta a natureza do direito tutelado na hipótese da impetração coletiva proposta diretamente contra a lei.

### 6.1. Impetração para defesa de direitos difusos

Quando a norma afeta direitos difusos, subjetivamente indetermináveis (grau de indeterminação absoluta), que são indivisíveis quanto ao objeto, tem-se hipótese de norma universal e hipotética, portanto lei em tese (lei em sentido material).

Exemplos de proposições normativas: aos bares e restau-

rantes que superarem o limite de 92 decibéis (dB) no período noturno, aplica-se a multa Z.<sup>20</sup>

Como a prescrição contida na norma atinge direitos subjetivamente indetermináveis, tem-se que a coletividade lesada é sempre universal e indeterminada, de modo que a norma tem natureza de prescrição universal. O suporte fático não se exaure no momento da vigência inicial da lei (suporte fático de exaurimento instantâneo), mas sim atinge todos aqueles que venham a se enquadrar na hipótese infinitiva (suporte fático infinitivo). Logo, é norma hipotética.

O direito lesado é tipicamente difuso (dano ambiental e à qualidade de vida), porque o bem da vida atingido é de titularidade (indivisível) de toda a coletividade de habitantes do município, independentemente de algum bairro eventualmente não contar com bares e restaurantes, porque a natureza do direito é indivisível (o direito ao silêncio em período noturno é de todos, embora em maior ou menor grau; não se pode mensurar/fracionar o quanto de perturbação os bares e restaurantes do bairro X ocasionam no bairro Y, eminentemente residencial).

A eficácia da norma não se exaure com o início da vigência, mas sim é infinitiva, porque todos os dias os direitos de pessoas indeterminadas poderão ser lesados pelos tais 92 decibéis (dB) autorizados pela lei. Por outro lado, todos os dias os bares e restaurantes terão que respeitar a limitação de 92 decibéis (dB). A eficácia, assim, se protraí pró-futuro. O suporte fático é condicional, hipotético, porque dia a dia a ação prescrita poderá ser respeitada ou desrespeitada por estabelecimentos já em atividade ou que venham a se constituir.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

## **6.2. Impetração para defesa de direitos coletivos stricto sensu**

Quando a norma afeta direitos coletivos stricto sensu, que nascem subjetivamente indeterminados e que são indivisíveis em seu objeto, a norma pode ser lei em tese ou lei de efeitos concretos. Temos aqui duas situações normativas:

b.1) hipótese de norma universal e hipotética: os professores do município A que não tenham a qualificação X não poderão trabalhar no regime Y; os Agentes de Segurança que não tenham autorização da Polícia Federal para porte de arma de fogo não poderão ocupar a função X.

Como a coletividade lesada é universal, ainda que possa ser determinado o sujeito em momento (processual) futuro, a prescrição normativa também é universal.

O suporte fático da norma não se exaure no momento do início da vigência da lei (suporte fático de exaurimento instantâneo), mas sim atinge todos aqueles que se enquadrem futuramente na hipótese infinitiva da norma (é norma hipotética, suporte fático infinitivo). Todos aqueles que sejam professores hoje, e também aqueles que venham a ser professores amanhã, no município A, poderão ser lesados pela prescrição violadora de direito coletivo stricto sensu. Há hipótese na norma, contida no suporte fático.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

b.2) hipótese de norma universal e categórica: ficam extintos os cargos de Vigilantes do Município X, sendo que a categoria passa a integrar o cargo de Agente de Segurança; os rurícolas que recebam proventos de aposentadoria, cuja inativação tenha ocorrido até 1º de janeiro de 1985, deverão comprovar trimestralmente a condição de vivos no instituto previdenciário, sob pena de suspensão do benefício.

Perceba-se, aqui, que a norma é universal porque a prescrição atinge destinatários subjetivamente indeterminados, não nominados na lei. Contudo, trata-se de norma categórica, porque o suporte fático se exaure instantaneamente no momento do início da vigência (suporte fático de exaurimento instantâneo). Note-se: a prescrição não se aplicará a hipóteses futuras, porque nenhum vigilante será contratado após a vigência da lei, assim como nenhum rurícola irá implementar a inativação (até 1985) após a vigência da lei. A eficácia da norma é retroativa (para fatos passados), e não se exprime qualquer condição futura no suporte fático.

No exemplo do rurícola, percebe-se que a suspensão do

benefício é tipicamente efeito, decorrência do fato já implementado e descrito (reconhecido) no suporte fático (inativação que tenha ocorrido até 1º de janeiro de 1985).

Essa visualização abre espaço para uma importantíssima distinção: para fins de definição do caráter hipotético da norma, o que importa é a presença da hipótese posicionada (estritamente) no suporte fático, sendo irrelevante se há ou não hipótese no efeito ou sanção prevista na norma. Tudo aquilo que é efeito ou sanção da norma não define a natureza categórica ou hipotética, mas sim o suporte fático, que pode ser prescritivo, permissivo ou proibitivo. Em suma, se o destinatário pode cumprir ou descumprir a prescrição ou violar ou respeitar a proibição, há hipótese e, por consequência, o suporte fático é hipotético.

Diante do cruzamento dessas categorias de normas, só pode redundar hipótese de lei de efeitos concretos, porque o elemento categórico é preponderante em relação ao elemento universalidade. Como a lei é categórica, e jamais vai ter aplicação para casos futuros e hipotéticos, a universalidade é irrelevante, porque a lei vige exclusivamente para regular, como se fosse ato administrativo concreto sancionador (prescrição *ad hominem*), a situação dos destinatários da norma, que, no plano fático, já estão quantitativamente limitados (o grupo de destinatários nunca poderá ser ampliado subjetivamente; já está delimitado subjetivamente).

No ponto, não deve impressionar o fato de a coletividade indeterminada (a classe, o grupo, a categoria) contar com 2, 3, 1.000 ou 10.000 filiados/substituídos, porque essa lei, não tendo eficácia para casos futuros, somente nasceu para regular situações já constituídas em relação a esses 2, 3, 1.000 ou 10.000 destinatários; note-se que nunca haverá um destinatário 10.001.

Logo, a eficácia é, tão somente, retroativa, e o suporte fático é de exaurimento instantâneo. Ademais, os únicos lesados são os atuais titulares do direito lesado, porque eventualmente outras pessoas, que não os atuais titulares, sequer teriam interesse processual na ação coletiva. Aqui, a impetração coletiva atinge a sua máxima dimensão constitucional, efetivando a tutela jurisdicional de direitos compartilhados por grandes coletividades.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

### **6.3. Impetração para defesa de direitos individuais homogêneos**

Quando a norma afeta direito individual homogêneo, que é subjetivamente determinável e é sempre divisível (é possível quantificar o quanto de direito foi lesado de cada um, individualizar, fracionar a lesão e reduzi-la ao aspecto individual), o tratamento se desdobra em cinco (!) espécies de normas:

c.1) hipótese de norma universal e hipotética: os comércios da rua X do município Y deverão ter funcionamento no período Z, sob pena de não liberação ou cassação do alvará e multa; os ambulantes do município Y que não estejam credenciados na Prefeitura Municipal não poderão exercer atos de comércio, sem prejuízo da apreensão das mercadorias e multa.

Perceba-se que os direitos são individuais homogêneos, porque determináveis os lesados e divisível o objeto. Além disso, não há o elemento da relação jurídica base preexistente entre os lesados ou entre os lesados e a parte contrária, o que, definitivamente, afasta a hipótese dos direitos coletivos *stricto sensu* neste caso.

A prescrição, nos exemplos, é universal porque o destinatário não está determinado pela lei. Note-se que os elementos especificadores contidos na lei especificam os sujeitos, mas ainda dentro de uma universalidade indeterminada (zoneamento, município, rua), sem nominá-los.

Além disso, é norma hipotética, porque todos aqueles que venham a se enquadrar na hipótese prevista no suporte fático estarão abrangidos pelos efeitos da norma (pela sanção). Ainda que no plano fático atual se trate de 3 comércios e 15 ambulantes, o suporte fático se aplica a todos aqueles que futura e eventualmente se instalem comercialmente na rua X do município Y ou venham a comercializar na condição de ambulantes (é norma hipotética, suporte fático infinitivo, porque não se



exaure em destinatários determinados<sup>21</sup>).

Por conseguinte, a norma traz a seguinte hipótese: todo aquele que comercialize na rua X (destinatário) deverá ter funcionamento em Z (suporte fático prescritivo), sob pena de não liberação ou de cassação do alvará e multa (sanção). Ou seja: se o comerciante não tiver funcionamento em Z, a consequência é não liberação/cassação do alvará e multa. Por óbvio que há hipótese nesse tipo de suporte fático. Por consequência, havendo hipótese e universalidade, é lei em tese.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

c.2) hipótese de norma universal e categórica: os ambulantes que tenham utilizado o espaço comunitário da Prefeitura nos últimos cinco anos, a contar da publicação da lei, deverão recolher, até o dia 1º de julho de 2017, a importância de X por mês utilizado, a título de preço público, sob pena de multa, sem prejuízo de sanções civis.

Essa norma tem a seguinte constituição: os ambulantes (destinatários) que tenham utilizado o espaço comunitário da Prefeitura nos últimos cinco anos (suporte fático), a contar da publicação da lei, deverão recolher, até o dia 1º de julho de 2017, a importância de X por mês utilizado (efeito)<sup>22</sup>, a título de preço público, sob pena de multa (sanção), sem prejuízo de sanções civis.

Repare-se que a norma é categórica, porque o suporte fático se exaure já no início da vigência (suporte fático de exaurimento instantâneo) e não terá aplicação a hipóteses futuras. A norma regula fatos já ocorridos antes da vigência da lei (eficácia retroativa), de modo que, a partir da vigência, remanescem apenas os efeitos: a obrigação de pagar, o efeito constitutivo da mora e a multa em caso de descumprimento. Não há hipótese no suporte fático, que é tipicamente de exaurimento instantâneo.

Conclusão idêntica à letra b.2 (item 6.2), pelos mesmos motivos. O elemento categórico é preponderante em relação ao elemento universalidade, pelos mesmos motivos. A norma consiste em lei de efeitos concretos.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

c.3) hipótese de norma singular e hipotética: as empresas concessionárias X, Y e Z deverão prestar contas trimestralmente ao órgão Y, sob pena de multa.

Visualize-se a estrutura da norma: as “empresas X, Y e Z” (destinatários) “deverão prestar contas trimestralmente” (suporte fático prescritivo), “sob pena de multa” (sanção). A norma é hipotética, porque há hipótese no suporte fático. As empresas podem ou não cumprir a prescrição. Caso, (“se”), não cumprirem, incide a sanção (o efeito).

O suporte fático não se exaure com a vigência da lei, porque com a vigência da norma a prescrição (o preceito) vige contínua e sucessivamente no tempo, determinando uma conduta específica às empresas X, Y e Z, até que sobrevenha a revogação da norma.

Entretanto, o resultado desse cruzamento é lei de efeitos concretos, porque a norma, embora traga hipótese, destina-se a destinatários delimitados no plano fático e explicitados na norma, tendo eficácia de típico ato administrativo sancionador do comportamento individual. Por conta disso, e como já dito, nesse tipo de cruzamento o elemento singularidade é preponderante em relação ao elemento hipotético.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

c.4) hipótese de norma singular e hipotética (com suporte fático contendo fato extraordinário): se ocorrer o fato X, a empresa A deverá adotar comportamento B; se ocorrer o fato X, a empresa A estará proibida da conduta B; se o índice IGP-M subir mais que 12% ao ano, o contrato de concessão firmado com a empresa A deverá ser reequilibrado em sua cláusula econômico-financeira, em processo administrativo a ser concluído no prazo de 120 dias, prorrogáveis a critério da Administração, estando vedado durante este prazo o aumento da tarifa pública.

Como já explicado, a norma é singular quanto ao destinatário, mas contém hipótese de fato de ocorrência incerta e imprevisível no suporte fático, que independe da conduta do destinatário. Embora contenha hipótese (suporte fático contendo fato extraordinário para destinatário singular), a norma destina-se a destinatário singular, regulando como autêntico ato administrativo sancionador do comportamento individual. O elemento singularidade é preponderante em relação ao elemento hipotético, porque nenhum outro destinatário será atingido pelo comando prescritivo da norma.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

c.5) hipótese de norma universal e hipotética (com suporte fático contendo fato extraordinário): caso ocorra o fato Y, todos os habitantes do bairro X deverão adotar o comportamento Z.

Hipótese de casuística praticamente nula. Norma que, definitivamente, se constitui em lei em tese. É universal (a prescrição) e contém fato de ocorrência incerta e imprevisível no suporte fático, aplicando-se pró-futuro.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

## NOTAS

<sup>1</sup>São os precedentes paradigmas da Súmula nº 266, do Supremo Tribunal Federal: STF, RE 51351, Publicação: DJ de 29/08/1963; STF, MS 9077, Publicação: DJ de 23/8/1962; STF, MS 10287, Publicação: DJ de 27/6/1963; STF, RMS 9973, Publicação: DJ de 6/9/1962.

<sup>2</sup>Perceba-se que o direito (difuso) à qualidade do ar não é passível de mensuração sobre o aspecto qualitativo e quantitativo de cada indivíduo lesado, tendo, portanto, grau de indeterminação absoluto quanto ao sujeito titular, ou seja, inexistente a possibilidade de determinação subjetiva.

<sup>3</sup>Eduardo Arruda Alvim concorda com essa conclusão, e cita parcela representativa da doutrina que o acompanha nessa linha de entendimento: Nelson Nery Júnior, Rosa Nery, Ada Pellegrini Grinover, José da Silva Pacheco, Calos Mário da Silva Velloso e Marcelo Navarro Ribeiros Dantas (ALVIM, 2009. p. 380-381). Eurico Ferraresi também entende possível a impetração coletiva para a tutela de direitos difusos. Com ele, cita Lucia Vale Figueiredo. Contra, refere: Antonio Gidi e Ovídio Baptista (FERRARESI, 2009, p. 244).

<sup>4</sup>Nessa linha de argumentação, veja-se que os artigos 210 e 212, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), atento à doutrina da proteção integral, autoriza ao Ministério Público o ajuizamento de qualquer ação para a defesa dos direitos da criança e do adolescente, o que possibilita a impetração coletiva para defesa de interesses difusos e coletivos.

<sup>5</sup>Como se sabe, o interesse 'coletivo' distingue-se do interesse 'difuso'. Conquanto ambos sejam 'transindividuais, de natureza indivisível', o interesse coletivo abrange uma coletividade específica e apenas ela, havendo um vínculo jurídico entre os seus componentes (que são determináveis), ou entre eles e a parte contrária; já na hipótese de interesse difuso, inexistente esse vínculo jurídico, não sendo individualizáveis os seus titulares, que são indeterminados e ligados por circunstâncias de fato. (ALVIM, 2009, p. 382).

<sup>6</sup>Estamos diante das hipóteses do fenômeno tipicamente pós-moderno das ações de massa em matéria de consumo, direitos que parte da doutrina chama de 'acidentalmente coletivos', porque são coletivos por razões de política processual, embora nasçam (e sejam defensáveis) individualmente.

<sup>7</sup>Tradicionalmente, como se encontra na doutrina de José Afonso da Silva, o conceito de lei em sentido material é associado ao ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas (SILVA, 2007, p. 26).

<sup>8</sup>Norberto Bobbio revela que os conceitos de generalidade e abstração, embora utilizados como sinônimos na doutrina para definir as chamadas leis em sentido material, não são, na realidade, expressões sinônimas, porque é mais adequado 'chamar de gerais as normas que são universais em relação aos destinatários, e abstratas aquelas que são universais em relação à ação, daí porque é aconselhável falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações)' (BOBBIO, 2008, p. 181).

<sup>9</sup>Celso Antônio Bandeira de Mello explica: A lei se diz geral quando apanha uma classe de sujeitos. Generalidade opõe-se a individualização, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito, particularizadamente, caso em que se deve nominá-la lei individual. Diversa coisa é a abstração da lei. Convém denominar de abstrata a regra que supõe situação reproduzível, ou seja 'ação tipo', como diz Norberto Bobbio. O contraposto do preceito abstrato é o concreto, relativo à situação única, prevista para uma só ocorrência; portanto sem hipotetizar sua renovação (MELLO, 2007, p. 26).

<sup>10</sup>A incidência se dá a partir da formalização de um ato administrativo editado por autoridade administrativa (art. 1º, *caput*, da Lei nº 12.016/2009) que, na função tipicamente executiva, aplica (executa) a lei em concreto, ocasionando, consequentemente, a lesão ao direito líquido e certo (note-se, o direito de alguém não é lesado pela lei em si, mas sim pelo ato administrativo que aplica a lei em concreto - vide Cap. 3).

<sup>11</sup>Nessa linha, Hely Lopes Meirelles e os atualizadores de sua obra afirmam que a lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula n. 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, nenhum direito individual (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 36).

<sup>12</sup> Vide: STF, ADI 4015 MC, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/4/2008, DJe 6/2/2014; STF, MS 28554 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 10/4/2014, DJe 2/6/2014; STF, MS 28293 ED, Relator Ministro

Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, DJe 30/10/2014.

<sup>13</sup> Lei em tese, na realidade, não é um substantivo próprio. Não existe 'lei em tese', mas sim lei impugnada 'em tese' na impetração. Isso equivale ao ataque direto ao texto da lei, na hipótese em que inexistente a demonstração pelo impetrante da formalização de um ato administrativo lesivo ao interesse individual (editado com fundamento na lei).

<sup>14</sup> Art. 242, § 2º: O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Veja-se que a norma individualiza, qualifica subjetivamente, o sujeito da prescrição (Colégio Pedro II). Outros exemplos de leis de efeitos concretos são trazidos pela doutrina: 'Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas' (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 37).

<sup>15</sup> O autor explica que são universais as proposições em que o sujeito representa uma classe composta por vários membros, como por exemplo: 'Os homens são mortais'; singulares, aquelas em que o sujeito representa um sujeito singular, como por exemplo: 'Sócrates é mortal' (BOBBIO, 2009, p. 178).

<sup>16</sup> Esse índice relativizador geralmente pode ser expresso por elementos normativos que especifiquem: a) local do destinatário da prescrição: a localidade, a residência, o município, o bairro, a lotação administrativa, o local de trabalho; b) a categorização administrativa ou laboral do destinatário da prescrição: a função, o cargo, a categoria, a classe; c) elementos que definam características ligadas à pessoa do destinatário: doença, limitação física incapacitante, faixa etária, hipossuficiência; d) elementos que definam características ligadas ao patrimônio do destinatário: tamanho, natureza, ano, localização, do imóvel ou veículo; e) elementos que definam uma posição jurídica reconhecida ao destinatário: data em que implementou determinado benefício; data em que sofreu determinada lesão em sua esfera de direitos.

<sup>17</sup> Marcos Bernardes de Mello caracteriza isso por inesgotabilidade da incidência da norma: A incidência não se esgota por ter ocorrido uma vez. Ao contrário, toda vez que o suporte fático se compuser, a norma incidirá. É possível, no entanto, norma jurídica cuja eficácia (incidência) se esgote em uma só incidência; por exemplo: aquelas que se destinam a regular caso isolado e único. Embora a generalidade seja uma virtude nas disposições normativas, não constitui, no entanto, elemento essencial à sua configuração. É, por isso, tecnicamente admissível que a norma jurídica somente se refira a uma única situação, de modo que, ocorrida aquela, incida uma só vez. [...] Por esse motivo, por haver cumprido a sua destinação incidindo no caso único, a norma jurídica não mais poderá ser eficaz, mesmo porque seu suporte fático não mais se concretizará (MELLO, 2012, p. 113-114).

<sup>18</sup> Exemplo: todos aqueles que tenham realizado conduta X entre 1º de janeiro de 1985 a 1º de janeiro de 1986 adquiriram o direito Y. Não há qualquer hipótese no suporte fático (a conduta já foi concretizada pelos destinatários).

<sup>19</sup> Exemplo: as empresas A, B e C deverão prestar contas trimestralmente, sob pena de pena Y.

<sup>20</sup> Essa norma tem a seguinte constituição: bares e restaurantes (destinatários), que superarem o limite de 92 decibéis (dB) no período noturno (hipótese - suporte fático hipotético/condicional - 'se' houver superação do limite), aplica-se a multa em Z (efeito da concretização do suporte fático - sanção).

<sup>21</sup> Em sintonia de pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello reflete: Com efeito: se geral é a lei que nomeia uma classe de sujeitos, uma categoria de indivíduos, pouco importa que ao momento de sua edição haja apenas um, desde que, no futuro, outros venham a alocar debaixo da mesma situação quando reproduzida. Ora, a reprodução do 'objeto' (na terminologia de Bobbio), isto é, a renovação da situação é próprio da regra abstrata. Pois bem: se uma situação é reproduzível - porque hipotetizada nesses termos -, inevitavelmente abarcará sempre novos sujeitos, a dizer: os que pertençam à categoria determinada em função da 'situação tipo'. Quem quer se encontre na situação renovável é membro, é partícipe, da classe ou categoria determinada em vista - não dos caracteres inerentes ao indivíduo mas da tipologia da situação delineada pela norma. (MELLO, 2007, p. 28-29).

<sup>22</sup> O dever de pagar é tipicamente efeito, decorrência do fato já implementado e descrito (reconhecido) no suporte fático (a utilização do espaço nos últimos cinco anos). Como já referido no item b.2, na definição do caráter hipotético da norma importa exclusivamente constatar a presença da hipótese posicionada (estritamente) no suporte fático, sendo irrelevante se há ou não hipótese no efeito ou na sanção prevista na norma. Tudo aquilo que é efeito ou sanção da norma não define a natureza categórica ou hipotética, mas sim o suporte fático, que pode ser prescritivo, permissivo ou proibitivo.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4ª ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

MEIRELLES, Hely; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico, plano da existência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.