Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 7 – julho/agosto/setembro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - GIZAMENTO CONSTITUCIONAL

Prof. Lúcia Valle Figueiredo

Professora Titular de Direito Administrativo da PUC/São Paulo. Desembargadora aposentada do Tribunal Regional federal da 3ª Região. Consultora Jurídica em São Paulo.

Sumário: 1. Interesse público na ação civil pública – 2. Legitimidade para agir – 3. Objeto – 4. Peculiaridades da ação civil pública – 4.1. A concessão da medida liminar – 4.2 O artigo 14 da lei da ação civil pública – 4.3. Tutela antecipada – 5. O Ministério Público na ação civil pública – 6. Conceito de patrimônio público e social. Eventuais desbordamentos da ação civil pública – 7. A Lei de Improbidade Administrativa e ação civil pública.

1. INTERESSE PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Herman Benjamin, a propósito do conceito de interesse público na ação civil pública, averbou[1]:

> *"É a unanimidade social, pois, que dá ao interesse público uma de suas mais marcantes características: a sua rejeição à idéia de contra-princípios ou contra-interesses, tão comuns no campo dos outros interesses tipicamente supraindividuais (difusos e coletivos stricto sensu).*
>
> *(...)*

[1] BENJAMIN, Antônio Herman, A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor, in *"Ação Civil Pública"*, coordenação de Edis Milaré, pág. 70-151.

Nesse sentido moderno e macro que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial[2]*, pode-se dizer que o campo ideal de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das políticas públicas. Protegê-lo não depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presume-se, os formuladores de políticas públicas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público.*

Em síntese, o interesse público, para que se lhe dê algum sentido no cotejo com os outros interesses supraindividuais, não pode ser uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos (= condôminos sociais) que o partilham; ao revés, por pairar solitário, inconteste e sem costuras ou rachaduras no meio ambiente social, tem raízes mais profundas, que lhe conferem uma natureza jurídica diversa na família da metaindividualidade. Quem deixar de compreender essa sua faceta, não estará habilitado a distingui-lo, adequadamente, das outras categorias que lhe fazem sombra".

Nós mesmos já dissemos que o interesse público, evidentemente, tem acepções diversas e pode aparentemente apresentar-se como conceito fluido. E, ainda, que interesse público e fim público podem ter conteúdo pré-jurídico, metajurídico ou jurídico-positivo. E que somente a última acepção deverá interessar.

Interesse público, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial; *fins públicos* são aqueles que o ordenamento assinalou como metas a serem perseguidas pelo Estado, de maneira especial, dentro do regime jurídico de direito público. E, conseqüentemente, deverá a Administração persegui-los. É o poder-dever de que fala Renato Alessi, ou dever-poder como refere Celso Antônio.

Podemos dizer que o conceito jurídico-positivo de interesse público corresponde àquele interesse que deve ser curado com prevalência e, para tanto, com a outorga de titularidade de poder à Administração, e, além disso, com prerrogativas especiais. Por isso mesmo com o regime de direito público.

Afirma Bartolomé Fiorini[3] que a cada interesse público (ainda que jurídico-positivo) não vai corresponder, necessariamente, o mesmo regime jurídico. Quanto à prevalência de um sobre o outro, somente a interpretação, feita à luz de instituto determinado, de seu regime jurídico e do próprio sistema poderá determinar. Por conseguinte, será a interpretação sistemática, a partir da principiologia, o vetor fundamental.

---

[2]Nota de rodapé da citação do autor: tanto não se pode afastar a intervenção do Poder Judiciário que um dos fundamentos para a intervenção do Ministério Público no processo civil clássico é exatamente o interesse público (CPC, art. 82, inc. III). In *"Ação civil pública"*, coord. por Édis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 91.

[3]"*Teoría Jurídica del Acto Administrativo",* Buenos Aires, 1969, p. 72.

Sobremais disso, é de relevo notar, como o fez Fiorini, que o interesse público sofre recondicionamentos. Portanto, devemos alijar, como intérpretes do Direito, qualquer conceito metajurídico, ou mesmo pré-jurídico, para alcance do significado da expressão.

Somente a análise exaustiva do ordenamento jurídico fará aflorar quais os interesses públicos que devam ser perseguidos pela Administração, bem como seus graus, o que dará a nota da subsunção a este ou àquele regime jurídico.

Verificamos, pois, que Herman Benjamin está correto nas afirmações feitas.

Passemos, agora, rapidamente, às características essenciais da ação civil pública.

2. LEGITIMIDADE PARA AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Já dissemos em trabalho anterior:[4]

> *"O alargamento da tutela dos direitos difusos tem que, necessariamente, estar atrelado ao alargamento da legitimidade para agir. Na medida que a Lei da Ação Civil Pública amplia a legitimidade para agir, estendendo-a a terceiros (art. 129, § 1º da Constituição da República), e dá tal legitimidade, já de início, ao Ministério Público, vemos que não subsiste mais a necessidade do difícil enfrentamento da questão da possibilidade de tutela de certos direitos fundamentais arrolados na carta constitucional, tais sejam, direito do consumidor, do meio-ambiente, do patrimônio histórico, da moralidade administrativa, etc."*

Deveras, a titularidade está presente no art. 5º da Lei, cujo teor de seu *caput* e incisos é concorrente e disjuntiva, portanto dá a titularidade ao Ministério Público, mas, não somente a este. As Associações também estão legitimadas.

3. OBJETO

O art. 1º, da Lei 7.347/85, dispõe:

> "Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[4] Ação Civil Pública Considerações Sobre a Discricionariedade na Outorga e no Pedido de Suspensão da Liminar, na Concessão de Efeito Suspensivo aos Recursos e na Tutela Antecipatória in *"Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*", Coordenador Édis Milaré, obra coletiva, RT, São Paulo, 1995, p. 332-333.

I - ao meio ambiente:

II - ao consumidor;

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

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica".

(grifos nossos)

Verificamos, portanto, que os bens tutelados por meio da ação civil pública tem alto teor de importância para a coletividade.

4. PECULIARIDADES DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Devemos assinalar alguns tópicos que dão peculiaridade ao rito da ação civil pública, que entendemos importantes e que também já foram por nós mencionados em trabalho anterior[5].

Repetimos, em simples vôo de pássaro, por sua importância:

4.1. A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

Na **Lei da Ação Civil Pública**, encontramos. como não poderia deixar de ser - embora a Lei seja de 1985, antes, portanto, de, por força do art. 5º, inciso XXXV, o poder acautelatório do juiz derivar diretamente da Constituição - , a possibilidade da concessão de medida liminar. O art. 12 da Lei faculta ao juiz a concessão da medida, na maioria das vezes, indispensável à preservação do próprio bem de vida.

De outra parte, as custas e honorários advocatícios não são devidos, a não ser nas hipóteses de litigância de má-fé. Mas, de qualquer forma, ficam para final.

4.2. O ARTIGO 14 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O art. 14 da Lei de Ação Civil Pública possibilita ao juiz dar efeito apenas devolutivo aos recursos .

---

[5] *"Ação Civil Pública - Ação Popular - A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos - Posição do Ministério Público"*, in Boletim de Direito Administrativo, Ed. NDJ, nº 1, São Paulo, 1997, p. 1-14.

Ao comentarmos esse artigo afirmamos:

"Note-se a dicção do artigo. Afirma: ***"o juiz poderá conferir efeito suspensivo ao recurso****". Vejam sua importância, pois a Lei da Ação Civil Pública diz que, na hipótese de lacuna, enfim, no que não for expressa a Lei, rege-se a ação civil pública pelo Código de Processo Civil.*

A praxe é de que os recursos tenham duplo efeito, devolutivo e suspensivo, salvo as exceções contidas no próprio Código."[6]

Verifique-se que, na **ação civil pública, o art. 14**, deve ser utilizado como na sua previsão. É dizer: dar-se-á efeito suspensivo à apelação **enquanto o bem de vida e, não seu sucedâneo, a indenização**, ainda possa ser preservado. Evidentemente, a motivação é de rigor.

No caso, pretende-se a volta ao *"statu quo ante"*. Em qualquer ação civil pública teremos, em regra, a mesma situação e, dificilmente, poder-se-á entender ter havido dano irreparável à parte, que está provocando, por hipótese, dano ambiental, ou a saúde pública, etc.. Esta, a parte, via de regra, somente terá ônus econômico.

Então, raras vezes poder-se-ia atribuir efeito suspensivo à apelação, protraindo-se a execução. Na verdade, com isso, esvaziar-se-ia o alcance da Ação Civil Pública.

Entendemos que o art. 14, da Lei nº 7.347/85, que possibilita ao juiz aferir a existência de dano irreparável à parte, e lhe faculta, de conseguinte, sopesar qual interesse em jogo é prevalecente, leva em conta a categoria do interesse público em jogo, que, no caso concreto deverá se sobrepor ao privado. Entretanto, deixe-se claro: não se deverá e nem se poderá sacrificar o interesse individual além do necessário.

4.3. TUTELA ANTECIPADA

A Lei 8.592, de 13.12.94, possibilitou a tutela antecipada, que se assemelha, em alguns aspectos, à liminar do mandado de segurança, porque, na verdade, constitui-se na antecipação da prestação final requerida.

Na verdade, a tutela antecipatória apenas se assemelha à liminar, pois, dessa, em parte, embora tenha com ela certa analogia, é diversa. Por meio dela *antecipa-se o provimento final*, sem que, com isso, a composição da lide seja interrompida.

---

[6] Ação Civil Pública Considerações Sobre a Discricionariedade na Outorga e no Pedido de Suspensão da Liminar, na Concessão de Efeito Suspensivo aos Recursos e na Tutela Antecipatória in *"Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*", Coordenador Édis Milaré, obra coletiva, RT, São Paulo, 1995, p. 344.

Porém, repetimos, é o próprio bem da vida pretendido que é antecipado, sem prejuízo de que, a final, venha a ser decidido de forma diferente. Antecipa-se a própria execução *na tutela antecipada*. Não se poderá falar também que a satisfatividade da tutela implicaria a impossibilidade de desfazimento da situação.

Tenho dito, e reiteradamente, que a satisfatividade pode ser de fato, porém nunca de direito. Esta (a de direito) somente será obtida com o trânsito em julgado da sentença.

Todavia, se, por acaso, chegar-se até à sentença, com a possibilidade de se atribuir apenas o efeito devolutivo à apelação, não será a tutela antecipatória de grande utilidade.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

5.1. No texto constitucional, como já vimos, a tutela dos direitos difusos foi cometida expressamente ao Ministério Público. Portanto o Ministério Público tem o dever de velar por esses interesses e direitos, que são de todos e de cada um, ou, de cada um e de todos.

Por força de a legitimidade ativa, a nosso ver, tem o dever de propor a ação civil pública todas as vezes que essa se coloque como ***possível*** e ***plausível*****.** É direito **indisponível** do Ministério Público, pois que a competência deve sempre ser exercitada. Toda competência é dever, relembramos.

Todavia, com isso não se quer afirmar que, sempre, seja o M.P. obrigado a propor a ação civil pública. O juízo de ***necessidade*****,** ***possibilidade*** e, sobretudo, ***tipicidade*****,** certamente é da Instituição, até mesmo porque, devemos relembrar, a legitimidade constitucional é disjuntiva e concorrente. Portanto, se assim é, se entender o Ministério Público não dever interpor a ação civil pública, as instituições e associações legitimadas podem fazê-lo, se desejarem.

Ampliou-se, posteriormente, com a modificação do Código do Consumidor e da Lei Orgânica do Ministério Público o objeto passível de ser tutelado na ação civil pública.

O Código do Consumidor, em seu art. 82, passou a competência do Ministério Público a estender-se também ao parágrafo único do art. 81 do mesmo Código, ou seja incluíram-se os direitos individuais homogêneos. E, aqui reside, certamente, um problema que, depois, será abordado.

5.2. De outro turno, a Lei Orgânica do Ministério Público[7], nas letras "a" e "b" de seu art. 25, IV, dispõe:

> "Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda ao Ministério Público:
>
> (...)
>
> IV - promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da lei;
>
> a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
>
> **b) para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado". (**grifos nossos).

Parece-nos, pois, que a ampliação da competência do Ministério Público decorre de norma constitucional de eficácia limitada (art. 129, III) por admitir legislação ordinária, desde que, por óbvio, os limites constitucionais sejam respeitados.

Já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente que a competência do Ministério Público para a interposição da ação civil pública teria de ser bem avaliada, porque, se é verdade que a Instituição vem prestando valiosíssimos serviços à sociedade, não menos verdadeira é a assertiva que, no referente aos direitos *individuais homogêneos*, algumas vezes, distorções podem ser notadas.

5.3. Deveras, necessário é estar-se sempre atento ao texto constitucional, às competências estabelecidas no prefalado art. 129 da Constituição, sobretudo, é necessária atenção no que tange ao patrimônio social, que, mais adiante, se versará.

Demais disso, necessário dizer-se que, em face da textura aberta da linguagem constitucional, dependendo do momento histórico, poderá se justificar a atuação mais, ou menos intensa do Ministério Público. É o que vem ocorrendo no tocante à Lei de Improbidade Administrativa, em que o Ministério Público, por vezes, força sua atuação, não obstante, a nosso ver, em certos casos, não poderia utilizá-la.

Teceremos, inicialmente, alguns comentários sobre o patrimônio público e social.

---

[7] Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

6. CONCEITO DE PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL. EVENTUAIS DESBORDAMENTOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO QUE CONCERNE AOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

6.1. Cumpre conceituar patrimônio público e social, uma vez que constituem objeto de defesa do Ministério Público.

Já conceituamos patrimônio público, como segue:

> *"Bens públicos são todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, portanto, imóveis, móveis, semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, a União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configuram esses bens o* ***patrimônio público*** *e se encontram sob o regime de direito público"*[8].

De seu turno, por ***patrimônio social*** dever-se-á entender, dentro do próprio contexto sistemático da Constituição, ***o conjunto de bens jurídicos assim denominados em face dos valores adotados pelo texto constitucional.***

A ***moralidade administrativa*** integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente. Consta, dentre outros artigos, nos de n.º 5, LXXIII, no 37, e no § 4º do mesmo artigo, aponta-se a ***improbidade administrativa***, o mesmo acontecendo no art. 85, inciso V.

De outra parte***, a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente***, por exemplo, constituem, sem dúvida, parte desse patrimônio social, dentre outros valores priorizados pelo texto constitucional, que, apenas, estudo exaustivo poderia indicar.

Portanto, *na defesa de direitos individuais, ainda que homogêneos, tem o Ministério Público legitimidade ativa****, quando se tratar de direitos, de tal ordem, de tal relevância, que integrem o patrimônio social.*** *Assim, esses direitos serão, na verdade, muito embora* ***individuais homogêneos****, também* ***indisponíveis*****.**

6.2. Doutra parte, quando os direitos individuais homogêneos não tiverem repercussão no patrimônio social, da forma que conceituamos, não caberá, a nosso sentir, ao Ministério Público defendê-los, pena de infringência ao art. 133 da Constituição, que dispõe ser o advogado indispensável à administração da Justiça.

---

[8] "*Curso de Direito Administrativo*", 4ª edição, revista, ampliada e atualizada com as Emendas 19 e 20 de 1998, Malheiros, São Paulo, 2000, p. 509.

A respeito, colacionamos a jurisprudência que se segue, apenas para amostragem:

> *"Constitucional. Processual Civil. Ação Civil Pública. Direitos Individuais Homogêneos. Ilegitimidade do Ministério Público. Constituição Federal, art. 129, III e leis 7.347/85, art. 21, 8.078/90, art. 81 e 117 - Extinção do processo sem julgamento do mérito.*
>
> *1. Objetivando a Ação Civil Pública cobrar responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou proteger qualquer outro interesse difuso e coletivo - Lei 7.347 art. 1º, incisos I, II e IV, nos termos do art. 129, inciso III, da CF, é competente para o seu ajuizamento, dentro de suas funções institucionais, o Ministério Público;*
>
> *... omissis ...*
>
> ***Direitos individuais que, mesmo homogêneos, transcendem a individualidade de seus titulares;)***
>
> *3. Cuidando a espécie dos autos de participação em concurso público para o cargo de Fiscal de Trabalho de portador de diploma de título universitário de qualquer carreira, direitos individuais homogêneos, não coletivos nem difusos, pois,* ***e não dizendo respeito tais direitos à proteção de consumidores, imperioso concluir-se pela ilegitimatio ad causam do Ministério Público;*** *(grifos nossos)*
>
> *4. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, IV do CPC.*
>
> *(AC-79.813/95-CE, TRF 5ª R., 2ª T; Rel. Juiz Petrúcio Ferreira; j. 19/09/95; DJU 20/10/95, pp. 72.144/5)"*[9]*.*

> *"**Acórdão**:*
>
> *MC 1853/SP; Medida Cautelar (1999/067798-6)*
>
> ***Data da Decisão**: 18/11/1999 - T1 - PRIMEIRA TURMA*
>
> *DJ 27/03/2000 -* ***Relator**: Min. José Delgado*
>
> ***Ementa**: PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO À RECURSO ESPECIAL.* ***AÇÃO CIVIL PÚBLICA.*** *TAXAS DE LIMPEZA PÚBLICA, CONSERVAÇÃO DE PAVIMENTAÇÃO, COLETA DE LIXO E PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIOS. COBRANÇA. RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA ESTABELECIDA ENTRE A FAZENDA MUNICIPAL E O CONTRIBUINTE. NÃO APLICABILIDADE, AO CASO, ART. 21, DA LEI Nº 7.347/85. AÇÃO QUE SE PRESTA À PROTEÇÃO DOS INTERESSES E* ***DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS,*** *QUANDO OS SEUS TITULARES*

[9] in Repertório IOB de Jurisprudência n.º 4/96, 2ª Quinzena de Fevereiro/96, p. 67.

*SOFREREM DANOS NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORES. ILEGITIMIDADE ATIVA DO **MINISTÉRIO PÚBLICO** RECONHECIDA. PRECEDENTES.*

...omissis...

*3. A **Ação Civil Pública** não se presta como meio adequado a obstar a cobrança de Taxas instituídas por Lei Municipal, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21, da Lei nº 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação. Os interesses e **direitos individuais homogêneos,** de que trata o art. 21, da Lei 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.*

*4. Ilegitimidade ativa do **Ministério Público** reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora.*

5. Medida Cautelar procedente. Agravo regimental prejudicado."

*"**Acórdão**:*

RESP 139471/GO; RECURSO ESPECIAL (1997/0047404-6)

***Data da Decisão**: 19/08/1999*

*DJ 19/08/1999 - **Relator**: Min. Francisco Peçanha Martins*

***Ementa**: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - **MINISTÉRIO PÚBLICO** - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL - IMPOSSIBILIDADE.*

*O **Ministério Público** não tem legitimidade para figurar no pólo ativo de **ação civil pública**, na hipótese, por se tratar de **direitos individuais homogêneos**, identificáveis e divisíveis, a serem postulados por seus próprios titulares.*

*A **ação civil pública** não substitui a ação de direta de inconstitucionalidade, objetivando declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.*

*Não se presta a **ação civil pública como** meio próprio a obstar a cobrança de tributo, por isso que a relação jurídica dá-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte e não entre aquela e o "consumidor", na defesa de interesse difuso ou coletivo. Recurso conhecido, mas desprovido.*

***Decisão**: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão."*

---

*"**Acórdão**:*

RESP 58682/MG; RECURSO ESPECIAL (1995/0000546-8)

***Data da Decisão**: 08/10/1996 - T3 - Terceira Turma*

*DJ 16/12/1996 - **Relator**: Min. Carlos Alberto Menezes Direito*

Ementa**: RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

*LEGITIMIDADE ATIVA DO **MINISTÉRIO PÚBLICO**. DANOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES NAS MINAS DE MORRO VELHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. **DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.***

*1. O **MINISTÉRIO PÚBLICO** TEM LEGITIMIDADE ATIVA PARA AJUIZAR **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** EM DEFESA DE **DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DESDE QUE ESTEJA CONFIGURADO INTERESSE SOCIAL RELEVANTE**. (grifos nossos)*

*2. SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES SUBMETIDOS A CONDIÇÕES INSALUBRES, ACARRETANDO DANOS À SAÚDE, CONFIGURA DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO REVESTIDO DE INTERESSE SOCIAL RELEVANTE A JUSTIFICAR O AJUIZAMENTO DA **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** PELO **MINISTÉRIO PÚBLICO**.*

3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

***Decisão**: POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E DAR-LHE PROVIMENTO."*

Verifica-se, neste último acórdão, a assertiva por nós feita: tratando-se de direitos individuais homogêneos de tal importância, na verdade constituem estes o patrimônio social. Por isso mesmo, podem e devem ser tutelados pelo Ministério Público.

6.3. Por outro lado, importante questão acerca da competência do Ministério Público é assinalada por Arruda Alvim[10], tal seja, que a declaração de inconstitucionalidade na forma concentrada é privativa do Supremo Tribunal Federal, o que poderia vir a representar um dique à atuação do Ministério Público.

Todavia, não entendemos possa a previsão constitucional significar inviabilização da competência do Ministério Público. O que é necessário -

[10] Alvim, Arruda, A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de proteção ao consumidor, in *"Ação Civil Pública"*, coord. de Edis Milaré, S.P., RT, 1995, pp.155/156.

absolutamente necessário - é o Juiz limitar a declaração incidental de inconstitucionalidade[11] exclusivamente à relação *sub judice.*

Dessarte, concordamos com a primeira parte da afirmação do ilustre autor, que reproduzimos:

Diz Arruda Alvim a respeito:

> *"A declaração incidental, restrita que é às partes, gera, apenas, ineficácia da lei, para um dado caso, e é exatamente por isso que se faz imprescindível identificar faticamente qual é esse caso[12]. Na declaração incidental, uma vez declarada, há uma relação jurídica a ser fulminada, concretamente, mas a lei continua inteiramente em vigor[13]. No caso de que estamos a tratar, isso inocorrerá: 1º) porque inexiste qualquer relação jurídica substancial a ser 'fulminada'; 2º) como também, as normas que poderiam ser havidas como inconstitucionais, prática ou pragmaticamente, virão a perder a vigência apenas numa determinada parcela da Federação; ou, então, se o juiz entender-se com 'competência nacional', a evidência de colisão com o que possa decidir o Supremo Tribunal Federal será curialmente maior" (grifos do autor).*

Na conseqüente conclusão[14] é que reside nossa parcial divergência, tal seja, a competência jurisdicional não estaria inviabilizada, pois, a nosso ver,

---

[11] A Lei 9.494/97, que modificou o art. 16 da Lei 7.347/95, expressamente prevê que a sentença limite-se à extensão territorial da jurisdição. Assim já pensávamos mesmo antes da edição da Lei.

[12] Nota de rodapé da citação do autor: Cf. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, São Paulo, cit., p. 107, com apoio de Marcelo Caetano.

[13] Idem: Cf. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, São Paulo, cit., p. 108 e José Afonso da Silva, *"Curso de Direito Constitucional Positivo"*, São Paulo, 1976, ed. da Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 23.

[14] Ob., cit., p. 158: "7.6. Em caso de ações civis públicas propostas, nas condições aqui descritas, diante de uma inicial "confeccionada em tais condições, não leva a que se possa, sequer, vislumbrar propriamente um litígio, senão que, real, ontológica e exclusivamente, a pretensão à declaração de inconstitucionalidade de determinados textos legais, porque havidos como inconstitucionais (...). Isto configura uma utilização distorcida da ação civil pública, o que já tem sido objeto de estudos, precisamente, na linha do que aqui se sustenta, e, bem assim, a jurisprudência já se tem negativamente manifestado", V. Arnold Wald, Usos e abuso da ação civil pública (análise de sua patologia), in Revista Ajuris ('Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, vol. 6175-98, especialmente pp. 84-89); o ilustre constitucionalista, Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes, em mais de uma oportunidade, manifestou-se pela impossibilidade de argüição de inconstitucionalidade, no bojo de ação civil pública (v. Arnold Wald, op. cit., p. 87); os nossos Tribunais assim já se tem manifestado, v.g., o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, pela sua 1ª Câmara, apel. civ. 191130194, j. em 10/12-1991, constando da ementa do acórdão: "Ação civil pública. Ação direta de inconstitucionalidade de tributo travestida de ação civil pública. Descabimento" (Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, vol. 81, pp. 216-217); Em hipótese análoga a de que aqui teoricamente se cogita - ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra a Caixa Econômica Federal, com o objetivo de que, se acolhesse pretensão de inconstitucionalidade do art. 6º, § 1º, da Lei federal 8.162/91, "que seja atualizado o saldo das contas vinculadas (ao FGTS) nos mesmos percentuais praticados para a caderneta de

apenas deveria confinar-se dentro dos limites precisos da jurisdição e não poderia, evidentemente, extrapolar como vêm acontecendo em casos concretos.

6.4. Entretanto, não endossamos a jurisprudência e, efetivamente não entendemos haver desbordamento da atuação do *parquet* em certas situações, como, por exemplo, quando se trata de constranger à satisfação de certa obrigação, a fazer com que o Ente Público cumpra certas competências constitucionais.

Podemos dar, como exemplo caso concreto que vem ocorrendo, em que se nota a vigorosa ação do Ministério Publico.

A municipalidade tem autêntica *obrigação de não fazer* no que toca à poluição ambiental, muito embora a jurisprudência ainda tergiverse e, em sua maioria, seja no sentido de que se estaria a invadir, pelo Judiciário, a atuação discricionária da Administração Pública, quando se pretende fazer com que seja cumprida a obrigação.

Deveras, já tivemos oportunidade de nos pronunciar a esse respeito, no Ministério Público Estadual de São Paulo, como segue:

> *"Questão que, nos últimos tempos, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, vem suscitando controvérsia é saber se cabe ao Poder Judiciário impor à Administração, no terreno do saneamento básico, obrigação de fazer consistente na realização de obras, prestação de serviços ou implantação de políticas públicas, quando a omissão administrativa esteja causando ou possa causar dano à saúde dos cidadãos e ao meio ambiente.*
>
> *Em síntese, trata-se de perquirir se, ao determinar comportamentos positivos ao Poder Público, não estaria o juiz invadindo a esfera discricionária da Administração, substituindo-se a esta na tarefa de examinar a conveniência e oportunidade na implementação ou não de medidas de saneamento básico.*
>
> *Por primeiro, é bom lembrar que a matéria é hoje constitucionalmente regrada. De fato, a Constituição Federal, após conferir a todos um 'direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado' (art. 225, caput), impõe ao Poder Público o dever de 'preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais' (art. 225, par. 1º).*

---

poupança -, decidiu o então Presidente do Tribunal Regional Federal, da 3ª Região, Dr. Homar Cais, inovando, como fundamento a própria circunstância da eficácia erga omnes da ação civil pública, e nesse caso concreto, como ratio decidendi vislumbrou grave lesão à ordem, se executada fosse a liminar, mesmo porque, a mesma lei cuja inconstitucionalidade foi admitida pela decisão concessiva da liminar, estava sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pendente perante o Colendo Supremo Tribunal Federal.

A água é, segundo os especialistas, o elemento chave para o equilíbrio ecológico e para a manutenção da vida no planeta, inclusive a humana.

Mais especificamente, a Constituição do Estado de São Paulo, no seu art. 208, estabelece que: 'Fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer 'corpo de água'.

Tal norma, sem dúvida, é de eficácia plena; traz consigo um não-fazer objetivo, retirando do administrador qualquer possibilidade de optar entre tratar ou não tratar os efluentes urbanos. Bem se percebe que os dois dispositivos criam uma vinculação absoluta para o administrador: não lançar dejetos sem tratamento em "corpo d'água", isto é, em qualquer aquático, mesmo no pequeno córrego.

"(...)

Essa a razão que fez com que o constituinte estadual não se limitasse a apenas 'recomendar' ao administrador que encetasse seus melhores esforços visando impedir ou mitigar os danos causados por esgoto não tratado.

Foi mais longe, impondo um dever inafastável por simples critérios de conveniência ou oportunidade, negado à Administração o argumento de que, para atuar, haveria que se guiar pelos seus próprios juízos de valor.

Por conseguinte, eventual recusa do Poder Público em cumprir a determinação constitucional pode - e deve - ser repreendida pela via de ação civil pública.

"(...)

A observação tem grande importância em matéria orçamentária. O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada.

Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a cumulação de pedidos em ação civil pública, um referente a obrigação de não-fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte.

Trata-se de uma sofisticação do conceito de controle dos atos administrativos: se a Administração tem um dever negativo e o descumpre, é razoável requerer que, junto com a determinação judicial do não-fazer, sejam viabilizados os recursos que permitam a realização do objetivo pretendido.

Sob outro aspecto, quero dizer que, se de um lado o Poder Público não tem como fugir da obrigação de não lançar efluentes 'in natura' nos cursos d'água (dever de não fazer, esse, passível de cobrança pela via de ação civil pública e que, indiretamente, acaba por transformar-se numa obrigação de fazer, isto é, de tratar), não me parece que se possa, com o mesmo instrumento, impor à municipalidade a forma exata de tratamento, na hipótese de existirem várias tecnologias em condições de dar cumprimento integral e razoável ao mandamento constitucional e legal.

Finalmente, há o problema do momento em que a tutela de urgência, nesses casos, passa a ser exigível. Tenho para mim que, mesmo no caso de proibições peremptórias como as que temos em matéria de recursos hídricos e saneamento básico, o cumprimento do judicialmente determinado atrela-se ao princípio da razoabilidade, sob pena de se ter imposições de execução impossível, com o que não compactua o Direito. Parece ser tecnicamente impossível a uma municipalidade ou órgão público, por mais poderoso que seja, estancar, de imediato, o lançamento de esgoto não tratado, construindo, em passe de mágica, rede coletora e estações de tratamento. Não é recomendável, pois, que sejam deduzidos pedidos de obediência imediata, mas, diversamente, que levem à fixação de cronograma, dividido em fases e metas trimestrais e anuais bem caracterizadas, permitindo-se, assim, sua fiscalização com imposição de "astreintes", que devem ser usadas não só para o caso de descumprimento do objetivo maior, mas também para as metas intermediárias"[15].

7. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A AÇÃO CIVIL

7.1. É no tocante à Lei de Improbidade Administrativa que mais vem se revelando a conduta do Ministério Público. De uma parte, em trabalho de alta relevância para a Comunidade, porém, de outra parte, por vezes a desbordar de sua competência, quer constitucional quer legal.

Deveras, a Lei de Improbidade Administrativa surgiu em conseqüência dos desmandos administrativos e do clamor popular que exigia punição e ética na política.

Todavia, é de se assinalar que, por ironia do destino, a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, foi sancionada justamente pelo Presidente Collor cujo *impeachment* foi declarado exatamente porque, na sua administração, condutas absolutamente fora dos cânones mínimos da probidade administrativa ocorreram.

---

[15] Excertos da palestra proferida na Procuradoria Geral de Justiça, em 10/10/96, por ocasião da 4ª reunião Ordinária do "Grupo Especial de Recursos Hídricos do Ministério Público de São Paulo, in Boletim MP Ambiental n.º 1, out/dez/1996.

Os atos de improbidade administrativa foram veiculados nos artigos 9º (atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito), no 10 (atos de improbidade que causam prejuízo ao Erário) e 11 (atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração) da mencionada Lei.

As penas encontram-se dispostas no art. 12 da mesma Lei 8.429 e, mesmo, na hipótese de ausência de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao Erário (hipóteses do art. 11) as penas são bastante severas, draconianas mesmo algumas delas.

Todavia, o parágrafo único do art. 12 dá ao juiz - como, aliás, não poderia ser diferente - *a possibilidade de levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente*.

Assim, sem dúvida deverá o juiz aplicar *o devido processo legal em sua forma substancial*, como, aliás, entendemos, que essa teria sido a forma concebida pelo Constituinte de 1988, sob a salutar influência da aplicação que fez a Suprema Corte Americana da clausula, desde que promulgada a Constituição.

Deveras, já tivemos oportunidade de assinalar em diversos trabalhos[16] que, se, no início, vigorou o *devido processo legal em sua forma procedimental apenas (procedural due process of law)*, nos ordenamentos jurídicos que acolheram a cláusula expressamente, pós Emenda XIV da Constituição Americana, quando o conteúdo substantivo foi melhor trabalhado, ocorreu diferentemente, acolhendo-se também o devido processo substancial.

E, no tocante ***ao devido processo legal em sua forma substantiva***, hão de estar necessariamente presentes os princípios constitucionais da ***igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e possibilidade de ampla e efetiva defesa***.

Interessa-nos, nesse tópico, a questão referente *à razoabilidade e proporcionalidade* como ínsitas necessariamente ao devido processo legal substantivo. Deveras, somente no caso concreto se poderá aferir se foi ou não cumprido o devido processo legal que depende das circunstâncias, consoante bem disse o *Justice Holmes:* "*what is due process depends of circunstances*".

Deseja-se, pois, deixar curialmente claro que se deverá sempre dar à Lei n.º 8.429/92 *interpretação conforme à Constituição*, fazendo-se utilização plena da cláusula substantiva do devido processo legal.

Se é assim, ***e se nos afigura que assim deva ser***, não se justificam, em determinados casos, sobretudo nos referidos no art. 11, que se deixe, desde logo, todo o patrimônio do administrador, e/ou de terceiros, totalmente

[16] Vejam-se nossos trabalhos "Princípios constitucionais do processo", in Revista Trimestral de Direito Público, nº 01/1993, Malheiros, São Paulo, pp. 118-126, Estado de Direito e Devido Processo Legal, in Revista do TRF da 3ª Região, nº 32/1997, p. 15-27.

indisponível mercê de medidas acautelatórias, mas, somente, a parte do patrimônio indispensável, e, se for o caso, para a cobertura do dano.

Não estou evidentemente, tentando enfraquecer a ação civil pública, porém se esta tem peculiaridades exatamente por ser ação constitucional, e, de suma importância, também não se poderá dar tal generalização a seu uso de forma a permitir constrição de direitos e garantias individuais, sem a devida e necessária proporcionalidade à garantia da implementação do interesse público em jogo.

Lembremo-nos que as garantias constitucionais foram concebidas exatamente para que constrições exercidas de forma ilegal ou abusiva pudessem ser energicamente repelidas. Ora, o direito de defesa, de ser **ouvido preliminarmente** são das maiores garantias da cidadania.

Gostaria de lembrar que o respeito aos princípios constitucionais são o baluarte da democracia. E o *devido processo legal, em seu viés substantivo, garante-a.*

Portanto, a ação civil pública, ação constitucional para defesa de valores priorizados pelo texto constitucional, é instrumento de ouro, que não deverá ser desgastado por haver, em certos casos, extrapolação do Ministério Público, que, em sua ânsia de defesa dos interesses da coletividade, pode ultrapassar o gizamento constitucional.

Ou, então de magistrados quando deferem medidas acautelatórias além da proporcionalidade ou razoabilidade.

Assinala Marcelo Figueiredo, em sua excelente monografia sobre a Lei de Improbidade Administrativa:

> *"A Lei de Improbidade contempla alguns tipos legais de textura aberta, incorporando a moderna doutrina do direito administrativo,* ***que vislumbra o fenômeno da improbidade por graus, a exemplo do que ocorre com a invalidação do ato administrativo****. Há diversos graus de ilegalidade e, portanto, de invalidade dos atos administrativos. Da mesma forma, não é qualquer ilegalidade que configura ato de improbidade.*
>
> Nesse sentido a lição de FÁBIO MEDINA OSÓRIO:
>
> *'Com efeito, aqui cabe registrar, fundamentalmente, que a mera ilegalidade pura e simples não revela a improbidade administrativa, na exata medida em que esta é uma categoria do ilícito mais grave, acentuadamente reprovável, seja por dolo ou culpa do agente, merecedor de especiais sanções. A ilegalidade, por si só, não acarreta incidência da Lei de Improbidade, porque tal hipótese traduziria o caos na administração pública. Veja-se que a cada julgamento de procedência de um mandado de segurança, por exemplo, seria obrigatório o reconhecimento da improbidade administrativa!*

> *Semelhante situação criaria soluções absurdas e aberrantes, gerando insegurança jurídica aos administradores, pois estes últimos ficariam sujeitos, em tese, à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, interdição de direitos e, mais do que tudo, à qualidade de agentes ímprobos toda vez que cometessem ilegalidades' (Improbidade Administrativas, 2ª edição, Síntese, 1998, p. 129) (grifos do original).*[17]

Estamos de pleno acordo com ambos autores. É necessário verificar qual o nível de ilegalidade para que este se conforme, se justaponha à figura da improbidade administrativa, certamente um *"prius"* relativamente à ilegalidade.

Lembremo-nos, que, mesmo no direito penal, o nível de agressão ao ordenamento tem tratamentos diversos, e, em alguns casos, são considerados, vulgarmente como "crimes bagatelas", arrimado no princípio da insignificância.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública - Gizamento Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.

[17] Marcelo Figueiredo, "*Responsabilidade por ato de Improbidade - Indisponibilidade de Bens de Diretor-Presidente de Companhia Estatal - Desproporcionalidade da Medida - Necessidade do Devido Processo Legal - Arbitrariedade da Medida - Considerações Acerca da Lei 8.429/92",* in Revista Interesse Público nº 5, São Paulo, ED. Notadez, 2000, p. 99.