

ASPECTOS POLÊMICOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Rômulo Moreira Conrado¹

RESUMO: A ação civil pública representa importante instrumento para a tutela coletiva de direitos, indispensável, ante as profundas transformações provocadas pelo novo papel do Estado, notadamente, a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, sendo o instrumento processual adequado à salvaguarda de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Considerando a inadequação dos conceitos tradicionais do processo civil sobre o tema, especialmente, no que tange à legitimidade e cabimento de tal modalidade de ação coletiva, têm surgido inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, que demandam novas soluções para a resolução de querelas envolvendo temas caros como a proteção ao consumidor e meio-ambiente.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Controvérsias.

ABSTRACT: A civil action is an important instrument for the protection of collective rights, indispensable, in light of the profound changes brought by the new role of the state, notably, from the advent of the 1988 Constitution and the Code of Consumer Protection, as the procedural tool adequate to safeguard rights diffuse, collective and individual rights. The inadequacy of the traditional concepts of civil procedure on the subject, especially in regard to the legitimacy and appropriateness of such a mode of collective action, there have been numerous controversies doctrine and jurisprudence, which require new solutions for the resolution of disputes involving issues such expensive consumer protection and the environment.

Keywords: Public Civil Action. Controversies.

INTRODUÇÃO

O processo representa instrumento essencial à tutela de direitos. É através de uma série de ritos e procedimentos estabelecidos em lei que se possibilita àquele que se considere prejudicado a busca, perante o Poder Judiciário, de proteção a um direito que lhe é outorgado pelo ordenamento jurídico, através

¹ Procurador da República, graduado em Direito pela UFC, especialista em Direito Tributário pela UNIFOR, mestrando em Direito pela UFC.

THEMIS

das mais diversas formas de tutela, adequadas aos variados conflitos e pretensões que podem surgir.

As profundas transformações sociais experimentadas ao longo do século XX, bem como no presente século, têm provocado inegáveis reflexos no processo civil, notadamente, considerando a superveniência do reconhecimento pelos diversos ordenamentos jurídicos, inclusive pelo ordenamento pátrio, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, de uma série de direitos cujos titulares são indeterminados e não podem ser individualizados.

Trata-se daqueles direitos conceituados pelo constitucionalismo como direitos fundamentais de 3ª geração, que emergiram especialmente após o advento da 2ª guerra mundial, caracterizados por acentuada necessidade de superação da visão tradicional de garantia estatal da liberdade e igualdade, demandando a proteção de direitos de caráter universal, ultrapassando a perspectiva do indivíduo. Sobre os mesmos, leciona Paulo Bonavides (2011, p. 569):

Com efeito, um novo pólo de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Simultaneamente, o fato de ser do tipo dirigente a Constituição Federal de 1988 fez emergir a necessidade de um Estado muito mais atuante, que estende seu alcance para segmentos os mais diversos, estando obrigado a assegurar aos cidadãos, além dos direitos já tradicionalmente previstos pelas Cartas Magnas anteriores, outros como a moradia, saúde, educação, etc., formando-se, então, inúmeras relações jurídicas.

Do mesmo modo, a existência de grandes grupos econômicos, atuantes em segmentos também diversos, a evidenciar crescente publicização do Direito Privado, tem feito surgir um enorme volume de conflitos entre categorias como consumidores de serviços de saúde, educação, financeiros, entre outros, provocando nessas oportunidades incontáveis processos perante o Poder Judiciário.

Não mais se apresentava recomendável, à luz de princípios estabelecidos no próprio texto constitucional, como o da eficiência e da celeridade da prestação jurisdicional (v. Artigo 5º, LXXVII, da Constituição Federal de 1988), o ajuizamento de milhares de processos em lides individuais, para a resolução de conflitos idênticos, que poderiam ser adequada e rapidamente solucionados através de um único instrumento processual.

Assim, se trouxe a Carta Magna profunda transformação em instituições do Direito Civil, como a propriedade, para adequá-las ao estágio atual da sociedade, também não poderia deixar de contemplar, ainda que o fizesse de forma geral, novos instrumentos para a tutela desses direitos, que oferecessem uma adequada resposta da função jurisdicional do Estado aos novos conflitos emergentes.

Foram, por tal razão, promovidas profundas transformações na conformação do devido processo legal, adaptando-o às novas situações coletivas próprias de uma sociedade de massa, a qual se caracteriza, entre outros fatores, pela existência de interesses reivindicados e em conflito por diversos grupos antagônicos.

1 CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Representando o processo, instaurado perante a função jurisdicional do Estado, um instrumento para a resolução de litígios, contribuindo assim à paz social, tem-se que permanente estado de litígio será mantido, caso tal função deixe de ser exercida de forma a oferecer resposta, também, às lides coletivas que venham a emergir (MANCUSO, 2000, p. 236).

Se os instrumentos processuais postos à disposição dos cidadãos se apresentam insuficientes, tem-se que o Estado não terá se desincumbido, adequadamente, de sua função de dizer o Direito no caso concreto, a qual, conforme a doutrina, busca a garantia de que o direito que se veicula através de uma determinada pretensão seja observado, o que demonstraria a adequação do ordenamento no caso concreto, preservando-se a autoridade estatal e a paz social que a mesma busca assegurar.

Ainda que fosse possível o ajuizamento, por parte de cada um dos prejudicados, por exemplo, em uma relação de consumo com uma grande instituição financeira, que tem entre seus clientes milhões de pessoas, tem-se que o Poder Judiciário, ao se defrontar com um extenso número de processos, não

THEMIS

teria como oferecer qualquer resposta minimamente eficaz, que possibilitasse a resolução do litígio de forma célere e eficiente. Sobre o tema, leciona Rui Portanova (2001, p. 113):

Fruto de fenômenos de massa, o problema social reside não só nas hipóteses de consumo, fraude publicitária, adulteração de alimentos, poluição, como também em relação a minorias raciais e outras minorias (idosos e jovens).

Alerta-se para a insuficiência da mera aprovação de leis processuais ou materiais sobre o tema, sem a necessária mudança de mentalidade do jurista. Nesse ponto há de se estar atento aos efeitos de princípios consagrados, tais como divisão entre direito público e direito privado, legitimação ativa e extensão da coisa julgada.

Tal é o que ocorreria, caso não se admitissem exceções à regra contida no artigo 6º do Código de Processo Civil, segundo a qual ninguém poderá ir a juízo pleitear, em nome próprio, direito alheio, trazendo como consequência a impossibilidade de substituição processual. Ocorre que, em situações como a acima referida, determinadas instituições, atuantes na tutela e proteção aos interesses dos cidadãos, poderão e deverão levar ao Judiciário as pretensões que envolvam os lesados, diretamente, independentemente de agirem como substitutas, nos termos da legislação processual de regência, já que, além dos interesses comuns a diversas pessoas, os danos que os fazem surgir afetam um número extraordinário de pessoas de forma dispersa.

Assistiu-se na década de 90 do século passado, por exemplo, ao ajuizamento de milhões de ações idênticas ajuizadas por correntistas de instituições financeiras, a reclamar perdas sofridas em decorrência de planos econômicos que teriam deixado de garantir correção a suas aplicações, cujas soluções foram protraídas por longos anos, cuja solução poderia ser obtida mediante um único processo coletivo. Pode-se conceituá-lo, segundo DIDIER e ZANETTI (2012, p. 44), como,

aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fim de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, em grupo ou um determinado número de pessoas.

Paralelamente, a Constituição Federal de 1988 conferiu extraordinárias prerrogativas ao Ministério Público (v. artigo 127 e seguintes), também reputado como órgão essencial à justiça, outorgando-lhe não mais apenas a função promotora da ação penal, mas também o dever de agir para a proteção de direitos da sociedade em sentido amplo, contemplando os meios para que o fizesse.

A Carta Magna estabeleceu, em seu artigo 129, III, no rol das chamadas funções institucionais do Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, representando instrumento adequado à defesa dos direitos e interesses que ultrapassam as meras pretensões individuais perante o Poder Judiciário.

Reconheceu o constituinte a extraordinária relevância do instrumento processual consagrado pela Lei nº 7.347/85, voltado à defesa do meio ambiente, consumidor, e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, sofrendo posteriores limitações por força de atos normativos que buscaram obstaculizar a propositura de ações coletivas, dificultando o acesso à justiça por esse meio.

Notadamente, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, o processo coletivo brasileiro tornou-se uma realidade, possibilitando o acesso coletivo à justiça, não obstante uma série de pontos controvertidos sobre a legitimidade para seu ajuizamento tenham se formado na doutrina e jurisprudência, os quais serão em seguida analisados, após tecermos considerações gerais acerca da ação civil pública.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, III, já mencionado, contemplou entre as atribuições do Ministério Público a instauração de inquérito civil e a propositura de ação civil pública, instrumento voltado à tutela coletiva em sentido amplo, já consagrado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 7.347/85, tratando-se de normas eminentemente processuais.

As normas em tela inseriram no ordenamento jurídico um instrumento voltado à tutela dos danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e urbanística e, prevendo cláusula de abertura, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, o que evidencia voltar-se à proteção de determinados bens jurídicos.

Em termos estruturais, ou seja, no que tange à forma como protege

THEMIS

os direitos, se presta à tutela de direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. De fato, tutela, do ponto de vista coletivo em sentido amplo, uma série de direitos, o que demonstra tratar-se de norma processual, voltada à delimitação de institutos formais e estruturais que possibilitarão sejam protegidos direitos especialmente relevantes à coletividade, segundo reputado pelo legislador.

O instrumento em tela é disciplinado, ainda, de forma minudente pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), verdadeiro código de processo coletivo, o qual traz uma série de normas que disciplinam desde a legitimidade para sua propositura, passando por regras procedimentais, pela definição acerca dos interesses passíveis de tutela e pelos efeitos da coisa julgada.

A ação civil pública encontra paralelo no direito norte-americano com a chamada class action, instrumento processual através do qual se possibilita que, por medida de economia processual, dado o grande número de partes litigantes e os fundamentos comuns de suas pretensões, um grupo de indivíduos ou uma entidade representativa dos mesmos venha a juízo em defesa de seus direitos.

Há que se destacar, ainda, que a propositura de uma ação coletiva, também pode ser reconhecida como benéfica ao próprio réu, o qual poderá se defender e produzir toda a prova que reputar adequada em um único processo, representando a multiplicidade de lides imenso obstáculo ao exercício de sua ampla defesa, inclusive em termos de custos para suportar o ônus econômico-financeiro.

Relativamente ao réu, pode-se imaginar o que ocorreria, por exemplo, caso em razão de um mesmo fato viesse a ser demandado em diversas unidades da federação, o que, em país de dimensões continentais como o Brasil, exigiria altos dispêndios com advogados distintos, custas processuais em lugares diversas, além dos necessários deslocamentos por todo o território nacional, sem que houvesse qualquer garantia de uniformidade das decisões proferidas.

As normas que consagram o sistema de processo coletivo brasileiro encontram bastante semelhança com o modelo consagrado no sistema norte-americano, desde a fixação de pré-requisitos para a class action, bem como de elementos que deverão ser preenchidos no curso da lide.

A análise do modelo em tela evidencia sua semelhança com a legislação de regência da ação civil pública, a qual é disciplina no ordenamento jurídico pátrio especialmente pela Lei nº 7.347/85, a qual sofreu profundas modificações com a inclusão, pelo Código de Defesa do Consumidor, de cláusula de abertura,

possibilitando sua utilização para a proteção não apenas dos bens e direitos ali elencados, mas também de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Prescreve a norma em tela:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
I - ao meio-ambiente;
II - ao consumidor;
III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
V - por infração da ordem econômica;
VI - à ordem urbanística.

Veja-se que a norma em referência, notadamente por força da inclusão da mencionada cláusula de abertura, se utilizou de terminologias distintas no que tange aos bens jurídicos passíveis de tutela. De fato, ao mesmo tempo em que menciona a proteção a bens e direitos no inciso III, se utiliza da expressão **“a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”**. Há que se indagar: haveria, em essência, qualquer distinção entre “bens” e “direitos”, para efeitos de tutela coletiva?

Tradicionalmente, se utiliza o ordenamento jurídico de uma série de institutos voltados à proteção de determinados bens, como vida, liberdade, patrimônio, etc., os quais, uma vez violados, fazem surgir em seu titular a necessidade, ou interesse, de que suas situações jurídicas sejam restauradas, através da tutela em diversas modalidades (preventiva, reparatória, etc.).

Pode-se cogitar representar a palavra “interesse” cunho menos individualista, próprio do processo coletivo, em razão do qual o autor da ação não demanda o reconhecimento da violação a uma determinada situação jurídica em particular. A respeito, colhe-se de DIDIER e ZANETTI (op. cit., p. 92):

Os direitos subjetivos, no Brasil, se subdividem, portanto, em direitos subjetivos privados e direitos públicos subjetivos. O mesmo não ocorre com o sistema italiano que prevê uma separação de órgãos jurisdicionais (dualidade de jurisdição). Assim, a doutrina italiana construiu dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro, aos chamados interesses legítimos. Os primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares);

já os interesses legítimos são julgados perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante) [...]

Percebe-se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano, que não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesse legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direitos subjetivos (que aqui podem ser públicos ou privados, individuais ou coletivos).

A imprecisão terminológica do legislador não poderá se prestar, assim, para justificar eventuais restrições ao cabimento de ações coletivas sob o fundamento de ausência de interesse processual do autor, e muito menos para negar aos cidadãos a possibilidade de recurso às mesmas, inclusive para efeito de proteção a direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, leciona Kazuo Watanabe que reconhecidos determinados interesses como objeto de especial proteção pelo ordenamento jurídico, os mesmos assumiriam o mesmo status dos “direitos”, pelo que, na prática, não se justifica o estabelecimento de qualquer distinção entre os mesmos (2004, p. 623). Logo, onde o legislador se utilizou da expressão “interesses”, pode o intérprete lê-la como “direitos”, sem qualquer atecnia.

É importante destacar que a ausência de uma adequada sistematização do processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro produz certa confusão terminológica, a qual, não sendo suficientemente esclarecida, poderia obstaculizar a aplicação dos institutos que lhe são próprios em benefício dos titulares de direitos violados.

Assim é que a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 1º, VI inserido pelo Código de Defesa do Consumidor, contemplou cláusula de abertura para os chamados direitos difusos ou coletivos, sem fazer menção expressa ou tácita aos direitos individuais homogêneos, o que poderia ensejar questionamento sobre a tutela dos mesmos através do referido instrumento processual.

Poder-se-ia, assim, indagar se os titulares de direitos individuais homogêneos, que não se amoldassem aos bens jurídicos, explicitamente, protegidos pela Lei nº 7.347/85 poderiam se utilizar da norma em tela. Ocorre que o próprio Código de Defesa do Consumidor fez inserir na Lei da Ação Civil Pública o artigo 21, nos termos do qual “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

O artigo 91 da Lei nº 8.078/90, ademais, possibilita o ajuizamento pelas entidades e órgãos legitimados de ação que denomina como ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, o que, não obstante a imprecisão terminológica em que incorreu o legislador, possibilita o ajuizamento da ação regulamentada pela Lei nº 7.347/85 para esse fim, já que não existe no ordenamento jurídico figura como o *nomen juris* acima referido.

A questão se apresenta como alvo de controvérsia já que o artigo 89 do Código de Defesa do Consumidor (“As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente”), sob o fundamento de que as demais relações jurídicas deveriam ter regulação jurídica própria e adequada.

Ocorre que tal veto se apresentou como inócuo, já que a mesma norma fez inserir na Lei de Ação Civil Pública o artigo 21, segundo o qual “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”, outorgando-lhe o status de autêntico código de processo coletivo, voltado à tutela de relações jurídicas não, necessariamente, de consumo.

Somados, pois os institutos processuais previstos na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, tem-se que, ao menos do ponto de vista formal, dispõem, os prejudicados, de instrumento que possibilita a tutela de direitos pertencentes não aos mesmos isoladamente, mas a toda a coletividade.

Representando a ação civil pública uma garantia (e não um direito em si mesmo considerado), presta-se a mesma à tutela de direitos coletivos, em sentido amplo, ou seja, aqueles que ultrapassam a mera perspectiva individualista, contemplando o ordenamento jurídico os direitos difusos, coletivos, em sentido estrito e individuais homogêneos, se utilizando, a Lei nº 8.078/90, da expressão “defesa coletiva”, segundo o objeto do litígio em andamento.

Os direitos difusos, espécie do gênero “**direitos coletivos**”, podem ser conceituados, nos termos do artigo 81, parágrafo único, da norma em tela, como aqueles que são transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

O direito transindividual é aquele que pertence a toda a coletividade, podendo, também, ser chamado, por tal razão, de plurindividual, contemplando um número indeterminado de titulares, o que ocorre, por exemplo, em se tratando do direito ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, violado no caso de grave poluição do ar, em que todos os cidadãos serão vítimas, ou daqueles que foram submetidos a determinada propaganda enganosa.

THEMIS

A par da plurindividualidade, pode-se falar, ainda, em indivisibilidade do objeto, posto que, em decorrência de uma mesma situação fática, a lesão ou ameaça de lesão a um direito cujos titulares sejam plúrimos, não pode ser dividida ou mensurada no que tange a cada um dos titulares, não sendo possível ocorrer, no caso, lesão maior ou menor a um indivíduo em particular.

A existência de um direito difuso é assinalada pela existência de uma situação de fato comum a envolver as partes. Nesse sentido, embora não sejam ligadas entre si, por qualquer relação jurídica, a titularidade comum do direito emergirá da identidade do vínculo fático que se estabelece entre as mesmas e o autor da conduta ilícita.

Serão caracterizados igualmente pela indeterminabilidade dos seus titulares. De fato, tomando-se o exemplo da poluição ambiental, não será necessário à propositura de ação coletiva, que alguém lesado, efetivamente, venha a comparecer em juízo, sendo viável sua propositura, ainda que nenhuma pessoa se apresente como vítima de uma violação a direito.

Os direitos coletivos, em sentido estrito, podem ser conceituados, nos termos do artigo 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, como os transindividuais (ou plurindividuais), de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Vê-se que, assim como ocorre em relação aos direitos difusos, embora não se possa mensurar o quantum da lesão ao bem jurídico sofrida por cada um dos titulares do direito violado, o que evidencia a indivisibilidade, forma-se um vínculo jurídico, e não estritamente fático, entre as partes cujos direitos foram violados por ato de terceiro, ao qual podem ou não se encontrar vinculadas.

Tais partes, ainda que numericamente representem um montante significativo de sujeitos de direito, podem, ao contrário do que ocorre em se tratando dos direitos difusos, ser determinadas, daí se falar em sujeitos ativos indeterminados, mas determináveis. É o que se verifica, por exemplo, em se tratando de moradores de um determinado condomínio que pretendem obstaculizar poluição sonora emitida por estabelecimento comercial vizinho, ou, em se tratando de usuários de serviço hospitalar, descontentes com a qualidade do atendimento prestado.

Por fim, os direitos individuais homogêneos são conceituados, segundo a Lei nº 8.078/90, como os decorrentes de origem comum, nos termos do artigo 81, parágrafo único, III, da norma em tela. Embora se verifique a plurindividualidade,

alcançados diversos sujeitos, haverá total possibilidade de, ao contrário do que ocorre em relação aos direitos difusos e coletivos, determinar o prejuízo sofrido pelos atingidos, caracterizando a divisibilidade do objeto.

Também será possível, ao contrário do que ocorre em se tratando de direitos difusos, e de forma semelhante aos direitos coletivos, determinar os titulares dos direitos afetados, embora venham a consistir em número extraordinário de pessoas, como, por exemplo, os adquirentes de um determinado produto imprestável, que postulam sua substituição ou a devolução dos valores pagos.

Destaca-se que, no caso, embora se exija a plurividualidade, não se exige que os danos sofridos pelos diversos titulares dos direitos violados sejam, rigorosamente, iguais. Assim, o prejuízo não terá que ser idêntico, podendo ser objeto de apuração na fase de liquidação da sentença, exatamente por ser possível mensurá-lo, individualmente, traço da divisibilidade.

Não obstante, os diversos titulares do direito violado se encontram vinculados não pessoalmente, mas sim em decorrência de uma situação fática comum que os une à parte adversa. Tomando-se o exemplo da poluição ambiental causada por uma indústria, pode-se pensar no direito difuso da população, em geral, ao meio ambiente hígido; no direito coletivo de moradores de um condomínio no qual são lançados resíduos sólidos pela mesma, e no direito individual homogêneo de que são titulares pequenos proprietários rurais situados em seu entorno, que têm suas lavouras destruídas, causando prejuízo às suas atividades econômicas.

2 LEGITIMIDADE

Impende salientar que, não obstante a tutela a tais direitos se dê em sede de um processo coletivo, o direito em discussão será eminentemente individual, razão pela qual os titulares poderiam pleitear em juízo isoladamente ainda que vários veiculassem suas pretensões numa mesma ação, caracterizando-se a figura do litisconsórcio ativo.

Em se tratando da tutela coletiva, contudo, o que ocorrerá é que, ao contrário do litisconsórcio, em que diversos serão os autores, apenas uma entidade ou órgão, legitimados nos termos do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, será a autora da ação, estando as diversas relações individuais enfeixadas na lide. Prescreve a norma em tela:

THEMIS

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A legitimidade das entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como das autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista se apresenta ampla, não estabelecendo o ordenamento, no que tange às mesmas, restrições à propositura de ação civil pública no que tange à pertinência temática, pelo que não será lícito ao intérprete restringir a legitimidade à propositura de instrumento indispensável à tutela de direitos coletivos, sem que o legislador assim tenha determinado.

Ainda sobre o tema, destaca-se que, embora dispensável o requisito da pertinência temática, há que se impor limitação territorial ao ajuizamento por parte dos entes federativos, ressalvando-se a União. Logo, Estados, Distrito Federal e Municípios somente poderão ajuizar ação civil pública para a tutela de interesses lesados em suas circunscrições territoriais, conforme leciona Carvalho Filho (2009, p. 147).

Têm sido frequentes, contudo, controvérsias no que tange à legitimidade do Ministério Público, das entidades associativas e das Defensorias Públicas, sendo estabelecidos limites segundo a natureza do direito em disputa, no caso dos dois primeiros, ou para eliminar a legitimidade da última, posto que a mesma seria inconstitucional, estando o tema pendente de apreciação perante o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer que a Administração Pública brasileira não se encontra minimamente interessada em reconhecer a ação civil pública como relevante instrumento processual para a garantia de interesses

coletivos de alta relevância. Pelo contrário, têm sido promovidas alterações legislativas com o único propósito de limitar a atuação dos legitimados, os objetos que protege ou a eficácia das decisões proferidas, olvidando tratar-se, necessariamente, de processo que envolve interesses públicos, nos termos da Medida Provisória n. 2.180-35 e na Lei n. 9.494/97.

Assim, embora tenha o referido instrumento sido fortalecido com a Constituição Federal de 1988, e alcançado eficácia ainda mais significativa com o advento do Código de Defesa do Consumidor, foram promovidos retrocessos por força de atos do Poder Executivo, o qual, para evitar o reconhecimento judicial de direitos a um número indeterminado de condutas ilegais pelo mesmo praticadas, obstaculizou o acesso coletivo à justiça, objetiva e subjetivamente.

Como acima exposto, nos termos do artigo 5º, V, da Lei de Ação Civil Pública, exige-se das associações, que podem ser conceituadas como as pessoas jurídicas de direito privado voltadas à atuação em proveito coletivo sem fins econômicos, constituída nos termos da lei civil, tempo mínimo de constituição e pertinência temática da atuação de acordo com seus fins estatutários.

O requisito temporal poderá ser dispensado pelo juiz, nos moldes do artigo 82, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, por força da norma de extensão já acima mencionada, quando, a critério do julgador, “haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Assinala-se que embora a norma faça menção à ação prevista no artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor (ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos), tem-se que nada impedirá ao julgador efetuar a dispensa do requisito, em tela, também, em se tratando de direitos difusos ou coletivos, devendo, no mesmo caso, atentar para a possibilidade de prevalência do direito reputado relevante sobre o aspecto temporal.

No que tange à pertinência temática, vê-se que a associação deverá apresentar, entre suas finalidades institucionais, a defesa do interesse objeto de disputa no litígio coletivo. A título de exemplo, em se tratando de dano ambiental, deverá ter entre seus fins a proteção ao meio ambiente ou ao bem-estar da coletividade em geral.

Ao contrário do que se verifica em relação aos demais legitimados, vê-se que, relativamente às associações, previu o ordenamento jurídico, como exigência associada ao tempo mínimo de constituição, autêntico requisito de pertinência temática, de modo a evitar que qualquer entidade associativa, independentemente

THEMIS

de seus fins, pudesse ajuizar ações civis públicas para o fim de defesa da ordem jurídica, se substituindo aos demais órgãos públicos legitimados.

Deve existir, pois, um liame entre os fins da associação e a natureza do direito pleiteado, não sendo cabível o reconhecimento de legitimidade genérica, ainda que seus estatutos assim o possibilitem, sob pena de afastar o requisito da pertinência temática por vias transversas.

A legitimidade das entidades associativas decorre das disposições de seus estatutos, razão pela qual os mesmos devem ser específicos, e não da própria lei. No primeiro caso, o objeto da lide deve se relacionar ao próprio fim primeiro de constituição da entidade, ao contrário dos órgãos públicos legitimados, cuja legitimação decorre diretamente do próprio ordenamento jurídico.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência que:

não há razão para que associações criadas para a defesa, de forma específica dos interesses dos gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais, mova ação visando a impedir gastos das pessoas jurídicas rés com a visita de um Chefe de Estado e Religioso, a pretexto de defender o interesse geral na preservação do patrimônio público” (TRF3. Ap. Cível 1354001, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 22.01.2009, DJF3 de 09.02.2009, p. 693).

Ao contrário do que se verifica em relação às entidades associativas e mesmo em relação aos demais legitimados, a legitimidade do Ministério Público à propositura de ação civil pública encontra fundamento no texto constitucional, notadamente, nos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal de 1988, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, tratando-se de mais uma forma de legitimação extraordinária, vez que ajuizada a ação não pelo titular do direito lesado, mas sim por órgão ao qual se confere legitimidade por lei.

Por força das normas acima referidas, tem-se por inequívoca a legitimidade do Ministério Público ao ajuizamento de ação civil pública voltada à proteção de direitos difusos e coletivos, o que é próprio de suas atribuições institucionais, especialmente, em se tratando da proteção aos bens jurídicos expressamente previstos no texto constitucional. Releva aduzir, haver a CF/88 possibilitado a extensão das atribuições do Ministério Público por lei ordinária, desde que compatíveis com sua finalidade, vedando apenas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Relativamente aos direitos individuais homogêneos, contudo, a propositura de ação civil pública pelo parquet deverá atentar à sua necessária indisponibilidade, em consonância com o artigo 127, parte final, da Carta Magna de 1988. Assim, a defesa de interesses individuais disponíveis mediante ação civil pública deverá ser promovida em juízo pelos demais legitimados.

Logo, embora não se possa negar ao Ministério Público, de forma simplista, a legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos, ao fazê-lo, deverá o parquet atentar à necessária indisponibilidade do direito em jogo. Caberá ao jurista, desse modo, atentar à natureza do direito que se constitui no objeto da lide.

Ao assinalar a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, no último caso, decidiu o Supremo Tribunal Federal ser a mesma admissível quando seus titulares estiverem na condição de consumidores, ou configurada a relação de consumo, Reconheceu o Supremo Tribunal Federal ainda que,

certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se como interesses sociais e individuais indisponíveis, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público em tais hipóteses, mesmo que não se tratem de direitos do consumidor (STF. REx 195.056-1, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 09.12.1999, DJU de 30.05.2003, p. 30).

Ante tais fundamentos, vê-se que embora se reconheça a possibilidade de atuação do Ministério Público em se tratando de direitos do consumidor, não tem, a jurisprudência, limitado suas atividades a essa matéria, mas sim possibilitado venha o parquet a agir fora dessa seara sempre que presente relevante interesse social, o que se justifica, considerando-se que mesmo os interesses individuais homogêneos são espécie dos interesses coletivos em sentido amplo. Sobre o tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do voto proferido pelo Min. César Peluso, no julgamento do REx 470.135, j. em 22.05.2007, infra:

(...) o Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade ad causam do Ministério Público, assim para a tutela de interesses e direitos difusos e coletivos – os transindividuais de natureza indivisível –, como para a proteção de direitos individuais homogêneos, sempre que estes, tomados em conjunto, ostentem dimensão de

THEMIS

grande relevo social, ligada a valores e preceitos que, hospedados na Constituição da República Federal, sejam pertinentes a toda a coletividade. Nesses casos, a atuação do Ministério Público afeiçoa-se a seu perfil institucional, voltados ao resguardo do interesse social e dos direitos coletivos, considerados em sentido amplo.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de ajuizar, o Ministério Público, ação civil pública em favor de uma única pessoa determinada, desde que o faça para fins de tutela a um direito individual indisponível. De fato, a legitimidade do parquet não se verifica apenas quando presente um número significativo de lesados, mas sim, sempre que presente violação a direito indisponíveis, como saúde, educação, etc.

Ao proferir voto nos autos do Recurso Extraordinário nº 554.088, o Relator Min. Eros Grau destacou que a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis não usurpa a atribuição da Defensoria Pública ou da Advocacia Privada, tendo em vista a existência de previsão expressa no art. 127 da Constituição. Sendo assim, inexistente óbice na participação do Ministério Público em exigir que o Poder Público cumpra com sua política pública de conferir acesso à saúde a uma pessoa isoladamente considerada.

A controvérsia jurisprudencial mais significativa que tem se formado a respeito da legitimidade do Ministério Público ao ajuizamento de ação civil pública, diz respeito à impossibilidade de ajuizamento de tal garantia constitucional em se tratando de matéria tributária, se entendendo pela vedação de fazê-lo, a partir do precedente já acima referido (REx nº 195.056-1).

A intensa discussão jurisprudencial acerca do tema acabou por culminar na superveniência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou parágrafo único ao artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, segundo o qual:

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

Tal interpretação, contudo, que tem sido seguida pelos demais órgãos jurisdicionais, se apresenta equivocada, notadamente, por olvidar do

relevantíssimo papel da tutela coletiva em favor dos cidadãos, inclusive quando o responsável pela violação de seus direitos vem a ser o próprio Estado, sujeito ativo da relação jurídico-tributária, a qual ostenta inegável caráter de relação de poder.

Impende salientar que, embora a questão envolva também aspectos controvertidos acerca da possibilidade ou impossibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, o que será objeto de análise oportunamente, a negativa da legitimidade ao parquet se apresenta em total dissonância aos propósitos do Constituinte e da normatização de processo coletivo (Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor).

O reconhecimento de sua ilegitimidade implica na necessidade de ajuizamento, por cada um dos contribuintes prejudicados, de ações individuais, o que, a par do comprometimento à efetividade da tutela jurisdicional e do risco de decisões conflitantes, com prejuízo à isonomia, se apresenta muito mais oneroso ao Poder Judiciário, ante a necessidade de lidar com um número significativo de processos, quando um único feito poderia oferecer soluções à questão controversa.

Ainda que se pudesse reconhecer em ação civil pública proposta pelo Ministério Público versando sobre, por exemplo, indevida exação cobrada por município, a presença de dois direitos em litígio, sendo um coletivo em sentido estrito, em que se buscasse a declaração de inconstitucionalidade da exigência, e outro individual homogêneo (pleito de restituição do indébito), estaria presente o relevante interesse coletivo a justificar sua atuação, inclusive porque a execução da sentença poderá ser coletiva ou individual, nos moldes do artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor.

Por se tratar de demandas que envolvem duplicidade de objetos (o primeiro, tendente a afastar a exação, declarando o vício no surgimento da relação jurídico-tributária, e o segundo, tendente à repetição do indébito, apresentando nítidos efeitos condenatórios), será perfeitamente possível que, no que tange à primeira pretensão, se reconheça a indisponibilidade dos direitos tutelados, especialmente, por não se tratar de relação estabelecida entre particulares.

Relativamente ao tema, pois, pode-se afirmar ter o Ministério Público legitimidade para atuar em se tratando da tutela de direitos individuais homogêneos, independentemente da matéria em discussão, caso se faça presente circunstância fática que evidencie o relevante interesse social na promoção de ação civil pública, no exercício de suas atribuições institucionais.

THEMIS

A Lei nº 11.448, de 16 de janeiro de 2007, conferiu legitimidade à Defensoria Pública para fins de propositura de ação civil pública. A Constituição Federal reconheceu ser o referido órgão instituição essencial à Justiça, em razão da prestação de assistência jurídica, integral e gratuita, aos necessitados, contribuindo, assim, à efetivação do princípio do acesso à justiça, nos moldes do artigo 5º, LXXIV, da Carta Magna.

Trata-se, desse modo, de conferir aos hipossuficientes a possibilidade de promoção de ação coletiva de que venham a se beneficiar, seja porque, individualmente, não teriam legitimidade para fazê-lo, em se tratando de direitos difusos ou coletivos, seja porque não dispõem de recursos que o permitam, em se tratando de direitos individuais homogêneos, os quais poderiam ser objeto de ações individuais pelos mesmos movidas.

Assim como ocorre em relação ao Ministério Público, no que tange à defesa de direitos individuais disponíveis, que se situa, salvo razões de interesse social, fora de suas atribuições funcionais, também a defesa de pessoas que disponham de recursos financeiros, não podendo ser consideradas com insuficiência de recursos, encontra-se em dissonância com as atribuições da Defensoria Pública, o que tem feito emergir controvérsias entre os dois citados órgãos. Colhe-se da doutrina de CARVALHO FILHO (op. cit., p. 157),

Desse modo, a legitimidade da Defensoria Pública deve compatibilizar-se com os preceitos constitucionais que regem a instituição, sob pena de desvirtuamento dos objetivos para os quais foi instituída, conforme averbou autorizada doutrina. Em outras palavras, tem-se que a legitimidade em foco somente será congruente com a Constituição se a atuação da Defensoria se restringir às pessoas carentes de recursos financeiros.

Embora a doutrina venha reconhecendo legitimidade na propositura de ação civil pública pela Defensoria Pública, desde que em circunstâncias compatíveis com suas atribuições institucionais, a questão se encontra sob discussão perante o Supremo Tribunal Federal ante o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (ADIN nº 3.943).

Na referida ação, sustenta a autora, na exordial, que a nova atribuição conferida à Defensoria Pública estaria a afetar, diretamente, a atribuição do Ministério Público para fazê-lo, posto que o mesmo seria, entre outros, o

legitimado para sua propositura, impedindo o pleno exercício das atribuições institucionais e funcionais do parquet.

O pleito de declaração de inconstitucionalidade se sustenta, basicamente, sobre dois fundamentos principais, apontando violações aos artigos 5º, LXXIV, e 134, caput, da Constituição Federal de 1988: o primeiro, sob a alegação de que as pessoas atendidas pela Defensoria Pública, para que viessem a ser consideradas hipossuficientes, deveriam ser previamente identificadas, medida incompatível com o processo coletivo, bem como a impossibilidade de realizar a defesa de direitos difusos, cujos titulares são indeterminados.

Deve ser destacado inicialmente não haver a Constituição Federal de 1988 conferido exclusividade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública, o que se extrai da leitura do artigo 129, § 1º, da norma em tela, segundo o qual “a legitimação do Ministério Público para as ações previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e nas leis”. Assim, não obstante o ordenamento jurídico tenha conferido instrumentos mais amplos ao parquet, como o inquérito civil público, não lhe outorgou exclusividade.

Como exposto no início do presente trabalho, a tutela coletiva deve ser a mais ampla possível, por contribuir de forma célere à obtenção de resultados eficazes e eficientes ao processo, possibilitando que, a um custo muito menor que o de milhares de ações individuais, sejam resolvidas lides que interferem em um número indeterminado de pessoas, fazendo surgir uma decisão judicial mais rápida e certamente mais isonômica. O processo coletivo representa, assim, verdadeira exigência do processo democrático.

Seria extremamente anti-isonômico, e representaria grave ofensa ao princípio democrático, se apenas às pessoas que dispõem de condições econômicas fosse aberta a via do processo coletivo. Ainda que o Ministério Público, ao promover a ação coletiva, não leve em conta, para qualquer efeito, a condição econômica das vítimas do ilícito, nada impede que outras instituições, para a tutela dos direitos que lhe foram conferidas pela Constituição Federal, se utilizem da via do processo coletivo. A respeito, colhe-se da doutrina (BORGES, 2012, p. 64)

À evidência, as premissas democrático-constitucionais albergadas no art. 134 e sua remissão ao inciso LXXVIII do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, asseguram o acesso à Justiça qualificado em

favor dos necessitados por via de representação de pertinência à atuação institucional da Defensoria Pública, uma vez violado um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo; logo, a atuação da Instituição não pode ser limitada ante interpretações e visões de uma ordem jurídica individualistas, quando preponderante o interesse coletivo dos necessitados, objeto da assistência prestada pela instituição.

Logo, não tendo a lei outorgado legitimidade ao parquet em detrimento de todos os demais órgãos e entidades, para a promoção de ação civil pública, não estará a Defensoria Pública impedida de fazê-lo, sem que com tal medida comprometa as atribuições institucionais do Ministério Público, razão pela qual, relativamente a esse ponto, não merece acolhida a ação direta de inconstitucionalidade.

Antes da análise do segundo ponto, atinente à suposta ausência de identificação dos beneficiários da ação civil proposta pela Defensoria Pública, a evidenciar sua suposta ilegitimidade ativa, não se pode ignorar que a própria natureza da lide posta em juízo já evidenciará, a priori, a hipossuficiência econômica das pessoas beneficiadas ou beneficiárias com a decisão judicial.

Não será minimamente razoável, de fato, venha a Defensoria Pública a promover ação civil pública, por exemplo, tendo em vista violação verificada a direitos individuais homogêneos de compradores de produtos de luxo, como carros importados de altíssimo valor, cujos adquirentes, apenas com sua conduta, já revelam riqueza incompatível com a hipossuficiência econômica. Nesse caso, os consumidores deverão ser representados em juízo pelos demais legitimados, carecendo a Defensoria Pública de legitimidade para fazê-lo, por escapar ao exercício de suas atribuições institucionais, voltadas à defesa e representação judicial dos hipossuficientes.

Pode ocorrer, contudo, que numa relação de consumo que não revele de forma clara a capacidade econômica dos adquirentes de um determinado produto essencial, como, um alimento vendido em péssimas condições de conservação, causando risco à saúde dos compradores, figurem entre os compradores pessoas dos mais variados segmentos sociais, sendo de se indagar: como identificar os assistidos pela Defensoria Pública? Essa identificação será imprescindível, e essencial ao reconhecimento de sua legitimidade?

No que tange aos direitos difusos e coletivos, a questão se apresenta totalmente irrelevante. De fato, como já assinalado, sendo os mesmos

caracterizados além da plurividualidade pela indivisibilidade, sem que se possa mensurar de forma individualizada prejuízos sofridos, ação proposta beneficiará a todos os titulares do direito indistintamente mesmo que não sejam pobres.

A identificação dos titulares do direito que farão jus às indenizações devidas será promovida na fase de liquidação de sentença e execução processual, quando os prejudicados, com fundamento no artigo 97 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, pleitearão, em juízo, o pagamento dos valores reputados cabíveis, segundo o dano experimentado. Logo, os beneficiados que não sejam hipossuficientes deverão promover execuções individualmente assistidos por advogado constituído.

Relativamente aos direitos individuais homogêneos, também será na fase de liquidação da sentença e subseqüente execução que se poderá exercer controle sobre a capacidade econômica do titular do direito beneficiado, não sendo admissível, ainda, promover suposta restrição dos efeitos da decisão judicial e da coisa julgada, segundo a condição econômica do beneficiado.

Em se tratando de direitos dessa natureza, também ampla será a legitimação da Defensoria Pública, podendo a mesma ser aferida a partir da própria lide posta em juízo. Assim, da mesma forma que para a tutela desses direitos, verifica o Ministério Público a presença de um relevante interesse social, para a tutela dos hipossuficientes deverá a Defensoria Pública verificar a proteção efetiva aos necessitados em decorrência de sua atuação.

Um tema que tem provocado intensas polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais é o da propositura de ação civil pública relacionada à definição e implementação de políticas públicas através da via judicial, notadamente através de ações propostas pelo Ministério Público, pendendo a acusação de que as mesmas ensejariam ofensa ao princípio da separação de poderes.

De fato, ante a extensão da Constituição Federal de 1988, a qual se revela dirigente e analítica, traçando uma série de direitos aos cidadãos e obrigações por parte dos entes estatais, ocorreu, após 1988, a positivação de diversos direitos, os quais apresentam dotados de eficácia imediata, não se podendo falar em normas meramente programáticas para esse fim.

Embora seja clássica a definição acerca da eficácia das normas constitucionais, tal como proposta por José Afonso da Silva, em normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida ou contível, e de eficácia limitada, separadas, por sua vez, em normas de preceito institutivo e programáticas,

THEMIS

a consagração de um direito no texto da Carta Magna se apresenta dotada de um mínimo de eficácia.

O reconhecimento de um direito no texto constitucional não implica em mera recomendação ao legislador e aos demais poderes, mas antes se apresenta como medida dotada de vinculação em determinados casos. Não se poderia, assim, reconhecer a presença de força normativa aos atos de hierarquia inferior e ao mesmo tempo deixar de conferir a mesma força às normas da Lex Magna apenas em razão de sua redação mais aberta.

Partindo-se do pressuposto de que o Constituinte não se utilizou de palavras vãs, há que se assumir que os diversos direitos consagrados na norma em tela, se apresentam dotados de pretensão de eficácia, sendo almejada sua realização exatamente em razão de seu grau de fundamentalidade, como os direitos à moradia, saúde, educação, etc.

Trata-se daquilo que Konrad Hesse chama de pretensão de eficácia, pelo que os objetivos traçados pelo Constituinte almejam concretude, devendo ser implementados progressivamente. Não escreveu, o mesmo, uma mera carta de intenções, mas sim, uma norma jurídica dotada de eficácia que pode ser invocada para a tutela jurídica de direitos fundamentais.

Ocorre que a efetivação das normas constitucionais, como de todas as demais normas do ordenamento, se dá segundo a realidade fática, econômica, social, política, etc., pelo que, embora tenha a Carta Magna consagrado uma série de direitos, busca-se sua efetivação progressivamente observadas as limitações orçamentárias estatais. O Direito se realiza, assim, segundo a realidade vigente, embora com a pretensão de transformá-la, transmudando o dever-ser em ser.

O que fazer, contudo, se o Poder Judiciário vier a ser provocado a dirimir uma lide na qual se busque a implementação de um direito ou política pública? Como compatibilizar sua decisão com o princípio da separação de poderes?

Atualmente, contudo, já não mais se entende a separação de poderes na acepção tradicionalmente aceita, mas sim, como mera separação de funções estatais desenvolvida para fins de limitação do poder, através do estabelecimento da impossibilidade de se concentrar o mesmo nas mãos de uma única pessoa. Trata-se, assim, de verdadeira separação de funções, e não propriamente de poder, o qual, nos termos da Constituição Federal, pertence ao povo, sendo exercido por meio de representantes eleitos.

Em razão do fato de ser dirigente a Constituição Federal de 1988, regulamentando ainda que de forma genérica ou incompleta, determinados

direitos e obrigações constitucionais, o campo de atuação que impõe ao Estado se apresenta bastante amplo, sendo exigida ainda a efetiva implementação das normas que consagra, sob pena de, como já exposto, se negar eficácia e força normativa ao texto da Lex Magna.

A existência de atos administrativos vinculados, de um lado, e por outro, atos discricionários, impõe ao julgador e ao intérprete postura de excepcional equilíbrio, já que, embora não possam se substituir a outro poder, não pode deixar o magistrado de determinar, caso provocado, a invalidação do ato viciado. Se o controle do ato vinculado pela Administração é total, o mesmo não se pode dizer dos atos discricionários, nos quais não pode ocorrer a mera

conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Indaga-se: o administrador público é livre para descumprir as políticas públicas estabelecidas em normas constitucionais? A resposta há de ser negativa, sob pena de se consagrar a Les Magna como uma mera carta de intenções. A ação civil pública é, pois, instrumento adequado à implementação de políticas substituição da vontade do titular do Executivo pela vontade do magistrado.

Na precisa definição de Rodolfo de Camargo Mancuso (2000, p. 730/731), a política pública poderia ser considerada como a:

conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Indaga-se: o administrador público é livre para descumprir as políticas públicas estabelecidas em normas constitucionais? A resposta há de ser negativa, sob pena de se consagrar a Les Magna como uma mera carta de intenções. A ação civil pública é, pois, instrumento adequado à implementação de políticas públicas, constitucionalmente estabelecidas, não observadas pela Administração.

THEMIS

A doutrina tradicional, contudo, vem refutando a utilização da ação civil pública em situações que imponham a efetivação de políticas públicas exatamente com fulcro no princípio da separação de poderes. A respeito, colhe-se do entendimento doutrinário, criticando o que FRONTINI (2000, p. 699) chama de “**patologia**” ou “**abusos**” da ação civil pública, infra:

O certo, todavia, é que cabe ao Poder Executivo formular e executar as políticas públicas a serem desenvolvidas nos vários e amplos setores em que o Estado age. E a adoção de políticas públicas é matéria que se insere na competência interna e exclusiva do Poder Executivo.

Assim, as deliberações do governo, enquanto age ele dentro do cumprimento normal e de boa-fé de sua competência constitucional, adotando decisões de conveniência e oportunidade que lhe são próprias e exclusivas, ficam resguardadas da ingerência dos demais Poderes. As decisões do Poder Executivo, assim assumidas, ficam subtraídas a apreciação ou interferência dos demais Poderes.

Esse entendimento foi inicialmente adotado pela jurisprudência, apegada à ideia da separação de poderes, muitas vezes de forma acrítica, e sem análise aos seus fundamentos, olvidando do papel judicial de guarda da eficácia do texto constitucional. Nesse sentido, colhe-se do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, infra:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO DE ABRIGO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ARESTO RECORRIDO. ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

1. O Ministério Público Estadual de Minas Gerais ajuizou ação civil pública, objetivando compelir o Município de Três Pontes/MG a promover a criação, instalação e manutenção de abrigo a crianças e adolescentes que necessitarem do serviço, de preferência em entidade mantida com o Poder Público Municipal, bem como implementar a política de atendimento, nos termos do artigo 87, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. O juízo singular julgou procedente o pedido condenando o "Município de Três Pontas a fornecer, diretamente (em imóvel próprio ou alugado) ou mediante convênio com outra entidade, local apropriado para abrigo de crianças e adolescentes em situação de risco" (e-STJ 113). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à remessa

oficial, julgando prejudicado o apelo voluntário da municipalidade.
[...]

Enfoque constitucional do aresto impugnado. O acórdão impugnado, com base no princípio constitucional da Separação dos Poderes, consignou ser vedado ao Poder Judiciário interferir na formulação das Políticas Públicas, 'que constituam matéria sob reserva de governo'. 7. Recurso especial não conhecido. (RESP 200900957080, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:20/11/2009 LEXSTJ VOL.:00245 PG:00252.)

Não se pode, contudo, pretender interpretar a garantia constitucional da ação civil pública, relevante instrumento de participação popular na gestão estatal, segundo perspectiva eminentemente liberal, se apegando a uma concepção de separação de poderes há muito superada. De fato, o poder se divide para ser limitado, sem que se abra a possibilidade de concentração nas mãos de um só homem, e não para dificultar a implementação de direitos.

É preciso destacar, ainda, que a concepção de separação de poderes de Montesquieu se deu tomando por base a realidade das monarquias parlamentares europeias, nas quais se buscava a atribuição de poder ao povo através do Legislativo, cujos representantes eram pelo mesmo eleitos, em que aos demais poderes, sem ostentar essa condição, se apresentava vedado invadir sua esfera de atribuições.

Tendo o Poder Legislativo se mostrado ineficaz em assegurar a correta destinação dos recursos públicos, possibilitando que, em decorrência de sua má fiscalização, deixem de ser assegurados os direitos constitucional e legalmente previstos, e não tendo o Executivo se desincumbido adequadamente de suas tarefas, abre-se ao Poder Judiciário a possibilidade de, provocado, determinar a observância da lei em casos concretos, independentemente da via processual escolhida, seja individualmente, seja através da ação coletiva (ação civil pública).

Ao Poder Judiciário, sendo atribuída a função de guarda da observância das leis e especialmente da Constituição Federal, em se deparando com a inércia e/ou ineficiência estatais, deve lhe ser possibilitado determinar aos demais poderes o cumprimento das normas que deixaram de observar. A realização, em concreto, do interesse público, através da efetivação das obrigações constitucionalmente estabelecidas, é dever do Estado, e não de um ou de outro de seus poderes.

Na feliz lição de Mancuso (2000, p. 125), não é que o Poder Judiciário:

esteja a invadir a seara dos outros; será, antes, um sinal de que os outros não estão a tutelar esses interesses, obrigando os cidadãos (através de ação popular, v.g.) ou as associações e o Ministério Público (através de ação civil pública) a recorrerem diretamente à via jurisdicional.

A respeito, vem decidindo mais recentemente o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA.

1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. STF, RE-AgR 367432. Rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010, Dje 86, de 13.05.2010.

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido". RE-AgR 417408, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20.03.2012, Dje 081, de 25.04.2012.

CONCLUSÃO

Como exposto, a ação civil pública representa relevante instrumento voltado à tutela de direitos de alta relevância, sendo urgente reconhecer efetividade à mesma, devendo ser interpretada com base em novos paradigmas que se associam à concepção de processo civil voltada, não mais à resolução de lides individuais.

A amplitude do cabimento da ação, em tela, decorre das profundas transformações provocadas pela superveniência da Constituição Federal de 1988, as quais afetam especialmente temas relacionados ao seu cabimento, para abranger objetos os mais diversos, bem como, no que tange à legitimidade para o ajuizamento especialmente por parte do Ministério Público, Defensoria Pública e sociedade civil organizada.

Quanto ao seu cabimento, urge superar o entendimento jurisprudencial restritivo ao ajuizamento da ação fundado em ofensa ao princípio da separação de poderes, já que representa papel do Poder Judiciário a guarda da Carta Magna, sendo, por isso, seu dever zelar pela observância de normas que protegem o interesse de consumidores, meio ambiente e outros direitos e interesses difusos e coletivos, inclusive diante de uma visão atual do princípio, em tela, separados os poderes não para limitar direitos, mas sim, o arbítrio estatal.

Relativamente à legitimidade para o ajuizamento, deve-se reconhecer haver o ordenamento jurídico buscado ampliar o rol de entes e órgãos aptos a fazê-lo, de forma a envolver nas discussões subjacentes a sociedade, através de seus diversos representantes notadamente o Ministério Público, na defesa da sociedade como um todo, e a Defensoria Pública, atuando em favor dos hipossuficientes.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Felipe Dezorzi. A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública, *in*: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, n. 6, ano 24, junho/2012, p. 48/64.

THEMIS

CARVALHO Filho, José dos Santos. **Ação Civil Pública** – comentários por artigo. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo Coletivo. 7 ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

FRONTINI. Paulo. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado, *in*: **Ação Civil Pública – 15 anos**. MILARÉ, Édís (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 668/706.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas, *in*: **Ação Civil Pública – 15 anos**. MILARÉ, Édís (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 707/751.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.