

Maio/ Junho/ Julho, 1997

REVISTA
AJUFE
EDIÇÃO NACIONAL

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL

DIRETORA DA REVISTA
DRA. REGINA HELENA COSTA
JUÍZA FEDERAL - 14ª VARA - SP
TELEFONE/FAX: (011) 289-8462

DEPTO. COMERCIAL E PRODUÇÃO:

EDITOR EXECUTIVO: Arlindo Costa
DIRETOR COMERCIAL: Silvio Alonso
ASSESSORA COMERCIAL: Vera Livero
EDITORAÇÃO GRÁFICA: Marculina M. Paiva
FOTOLITOS: Grisé
REVISÃO: Lulza Nishiyama
CAPA: Claudio Larangeira (ABRIL IMAGEM)
CIRCULAÇÃO: Nacional
PERIODICIDADE: Bimestral
DISTRIBUIÇÃO: Juízes Federais, Juízes Estaduais, Desembargadores, Procuradores Estaduais e Federais, Promotores, Advogados, Ministros, Autarquias Estaduais e Federais, Órgãos Públicos, Entidades de Classe (O.A.B., A.M.B., A.A.S.P., etc.), Estatais, Empresas Privadas, Escritórios de Consultoria Fiscal e Jurídica, Meios de Comunicação, Agências de Publicidade, etc.

EDITORA: EDJUR PUBLICAÇÕES S/C LTDA.
CGC. 01.400.337/0001-59
SEDE: R. Cel. Xavier de Toledo, 220-5º andar
01048-100 - São Paulo - SP
FONES: (011) 255.1442
FONE/FAX: (011) 256.7270

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS:

1ª. REGIÃO (Sede: Brasília, DF)
Área Jurisdicional: Acre, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.
SBS, Q.2, Lt. 12 (Edifício Áurea) - CEP 70070-100
Telefone: (061) 314.5225
Fax: 322.1150 / Telex: 613.522

2ª. REGIÃO (Sede: Rio de Janeiro, RJ)
Área Jurisdicional: Espírito Santo, Rio de Janeiro.
Rua do Acre, 80 - CEP 20040-009
Telefone: (021) 291.0066
Fax: 233.7195 / Telex: 212.2994

3ª. REGIÃO (Sede: São Paulo, SP)
Área Jurisdicional: Mato Grosso do Sul, São Paulo.
Rua Líbero Baduró, 39 - CEP 01009-000
Telefone: (011) 230.4400
Fax: 605.0496 / Telex: 112.4259, 112.4268

4ª. REGIÃO (Sede: Porto Alegre, RS)
Área Jurisdicional: Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina.
Rua Mostardeiro, 483 - CEP 90430-001
Telefone: (051) 346.1166
Fax: 225.5937 / Telex: 051.5683

5ª. REGIÃO (Sede: Recife, PE)
Área Jurisdicional: Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe.
Av. Martin Luther King, s/n. - CEP 50030-230
Telefone: (081) 425.9000

JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO DE S. PAULO

BIBLIOTECA

N.º 7084

Em 10 / 10 / 97

PREÇO: doação
Ajufe

Nº 55

P0005220

**ASSOCIAÇÃO
DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL**

Presidente: Dr. Vilson Darós
Vice-Presidente: Dra. Vera Lúcia R. S. Jucovsky
Diretora Secretária: Dra. Helena Delgado Ramos
Diretor Tesoureiro: Dr. José Fernando J. Camargo
Diretor Social: Dr. Francisco Barros Dias
Diretor de Relações Públicas: Dr. Marcelo Nardi
Diretora Cultural: Dra. Eliana Calmon Alves

UTILIDADE PÚBLICA FEDERAL - Decreto de 08.08.96
(D.O.U. de 09.08.96, p. 15057)
Rua Otávio Francisco C. Rocha, s/n - 4º andar
Ala Norte - Praia de Belas
90010-395 - Porto Alegre - RS
Telefones: (051) 211.2360 Ramal 869

RELACÃO DE DELEGADOS AJUFE - BIÊNIO 96/97

Dr. EDMILSON DA SILVA PIMENTA - Seção Judiciária do Estado de Sergipe;
Dr. FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA - Seção Judiciária do Estado do Maranhão;
Dr. ALEXANDRE VIDIGAL DE OLIVEIRA - Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso;
Dra. VALÉRIA MEDEIROS ALBUQUERQUE - Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro;
Dr. MARCUS VINICIUS REIS BASTOS - Seção Judiciária do Estado do Amapá;
Dra. SOLANGE SALGADO DA SILVA - Seção Judiciária do Distrito Federal;
Dr. JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR - Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul;
Dra. NEUZA MARIA ALVES DA SILVA - Seção Judiciária do Estado da Bahia;
Dr. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA - Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina;
Dr. AGAPITO MACHADO - Seção Judiciária do Estado do Ceará;
Dr. HÉLIO SÍLVIO OUREM CAMPOS - Seção Judiciária do Estado de Pernambuco;
Dr. ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA - Seção Judiciária do Estado do Paraná;
Dr. LEONARDO BUISSA FREITAS - Seção Judiciária do Estado de Goiás;
Dra. ÂNGELA MARIA CATÃO ALVES - Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais;
Dr. DERIVALDO DE FIGUEIREDO BEZERRA FILHO - Seção Judiciária do Estado do Piauí;
Dr. RUBENS ROLLO D'OLIVEIRA - Seção Judiciária do Estado do Pará;
Dr. JOSÉ CARLOS DO VALE MADEIRA - Seção Judiciária do Estado de Rondônia;
Dr. MARCOS AUGUSTO DE SOUZA - Seção Judiciária do Estado do Amazonas;
Dr. EVANDRO REIMÃO DOS REIS - Seção Judiciária do Estado do Acre;
Dr. ITAGIBA CATTÁ PRETA NETO - Seção Judiciária do Estado de Roraima;
Dr. MARCELO DOLZANI COSTA - Seção Judiciária do Estado de Tocantins;
Dr. ANTÔNIO CRUZ NETTO - Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo;
Dr. JEAN MARCOS FERREIRA - Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul;
Dr. PAULO MACHADO CORDEIRO - Seção Judiciária do Estado de Alagoas;
Dr. ALEXANDRE COSTA LUNA FREIRE - Seção Judiciária do Estado da Paraíba;
Dr. WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR - Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte.
Dr. NELSON BERNARDES DE SOUZA - Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO POPULAR. A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

LUCIA VALLE FIGUEIREDO

Juiza do Tribunal Regional Federal-3ª Região

SUMÁRIO:

1. Direitos coletivos e difusos.
2. Breve esboço histórico. O art. 6º do Código de Processo Civil.
3. A ação civil pública.
4. Legitimidade para agir na ação civil pública.
5. Da concessão da medida liminar.
6. O artigo 14 da Lei da Ação Civil Pública.
7. A tutela antecipada.
8. Responsabilidade na ação civil pública.
9. O Ministério Público na ação civil pública.
10. Conceito de patrimônio público e social - Eventuais desbordamentos da ação civil pública.
11. A ação popular: breves considerações gerais..
12. A legitimidade para agir.
13. Atos ilegais ou lesivos.
14. O patrimônio público defendido pela ação popular.

1. DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS

Distinguem-se direito coletivo e difuso. Ambos, sem dúvida, transcendem ao direito individual. São metaindividuais. Concernem aos indivíduos, mas também à coletividade à qual se integram. O direito coletivo é o que tem como suporte certa relação-base, relação de determinada categoria.

Já averbamos em trabalho anterior¹ que o direito coletivo, como o próprio nome está a indicar, refere-se à série de "interesses" ou direitos de determinada classe. Demos, como exemplo, os interesses dos advogados, defendidos, tutelados pelas associações de classe. Ainda, em linha de exemplo, os direitos de determinadas categorias profissionais, reunidas em associações ou sindicatos.

Estes são os direitos coletivos pertencentes a determinadas classes sociais em seu conjunto. Doutra parte, difusos, como também já dissemos, são aqueles direitos mais esmaecidos, mais diluídos, cujos titulares não se podem identificar desde logo.

Direito difuso é o de cada um e de todos. De todos e de cada um. A indeterminação, como diz Rodolfo de Camargo Mancuso², a indivisibilidade, a conflituosidade são suas características.

Os direitos difusos, enfatizamos nós, são aqueles que transcendem a esfera do indivíduo. Por isso

mesmo são chamados de "metaindividuais" ou "supraindividuais".

Nossa Constituição anterior traduzia, de maneira enfática, o que denominamos de garantismo individual. Em face disso, como iríamos, então, extrair a garantia para o direito difuso e/ou coletivo?

O processo civil foi a grande amarra, o grande cerceamento para o desenvolvimento da proteção do direito difuso e/ou coletivo, antes da atual Constituição.

Lembraríamos observação muito interessante do Professor Geraldo Ataliba, ao referir que o juiz pode sufocar o direito material pelos tecnicismos processuais. Entretanto, afirmamos nós que, embora o tecnicismo exagerado deva ser proscrito, se não tivermos a adequada vestimenta processual, realmente não poderemos levar ao Judiciário direitos violados ou ameaçados.

A vestimenta processual acaba sendo de transcendental importância, como, também é - sem dúvida - o alargamento dessa vestimenta, aquela vista larga, aquela abertura, que se deve ter para compreensão dos institutos novos do direito processual³. Sobretudo dos que se ligam às garantias fundamentais, sejam elas individuais ou coletivas.

A mentalidade acanhada, a interpretação mesquinha do Direito Processual trouxe, deveras, durante longos anos, sério problema de tutela aos interesses difusos. Se os interesses coletivos, a lume da Constituição anterior, já eram difíceis de ser tutelados, o que se diria dos difusos?

Na verdade, como afirmado, o direito difuso é de todos, não obstante seu reflexo individual. Não se pode dizer que o direito difuso, exatamente porque se encontra esmaecido, não seja palpável e concreto desde logo, e que a ninguém pertença. Muito pelo contrário. A característica do direito difuso é abrigar o interesse de todos, pelo menos da coletividade como um todo. *Esta a característica fundamental do direito difuso.* Não obstante, possa haver direito individual.

Deveras, grande foi o esforço doutrinário, por se não ter construção sólida, para vencer a estrutura clássica processual garantidora apenas do direito individual e, sobretudo, vencer as amarras do art. 6º, do Código de Processo Civil.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO. O ART. 6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 6º do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a substituição processual, trouxe sérios entraves, antes da Constituição de 1988, à tutela dos direitos difusos, pois estaria a vedar postulações de direitos que não próprios, a não ser em casos específicos e determinados pela lei.

Os sindicatos, mercê de legislação específica (art. 513 da CLT) estariam legitimados para postulações trabalhistas. Porém, a jurisprudência tergiversava em admitir discussões outras. Aqui e acolá, todavia, encontravam-se decisões jurisprudenciais mais avançadas.

Dessarte, partindo-se do princípio que a todo direito deve existir, em contrapartida, dever, constituía-se em verdadeiro absurdo o juiz não conseguir extrair do contexto sistemático a tutela imprescindível ao direito difuso. Se o direito individual é tutelável, o direito que transcende às classes, que atinge a coletividade, não poderia também deixar de ser por mesquinha questão processual.

Assim, se sempre tivesse havido tal preocupação, saberíamos extrair a tutela. Não seria possível que a Constituição enunciasse direitos e não se encontrasse forma de garanti-los, por impedimento concernente à legitimidade para agir, estabelecido pelo Código de Processo Civil.

Já, em 1977, Barbosa Moreira⁵, com a sua acuidade peculiar, lançou mão das obrigações indivisíveis do Direito Civil para extrair a tutela dos direitos difusos. Observe-se a genialidade do processualista aberto, que não vê o processo como instrumental acanhado, mas como arma necessária para vestir o direito material, para fazer com que possa esse ficar protegido.

De conseguinte, em 1977, quando ainda nem se antevia a ação civil pública, quando ainda não tinham acontecido os Seminários⁶, em que Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Mariz de Oliveira, dentre outros, pontificaram em trabalhos, que correspondiam a subsídios inestimáveis para o tema atual, já vislumbrava o emérito Barbosa Moreira a forma de tutela. Foram, realmente, os trabalhos desses ilustres autores mencionados, o embrião, a matriz da Lei da Ação Civil Pública, progresso inestimável para a tutela dos direitos difusos.

O problema da legitimidade ativa, como já enfatizado, foi o grande problema da tutela do direito difuso e/ou coletivo. Ainda, muito mais facilmente poderíamos encontrar legitimidade para agir quando estivéssemos diante do direito coletivo do que do difuso. No direito coletivo tínhamos os sindicatos legitimados, as associações de classe.

A Constituição de 1988, em seu artigo 129, inciso III, traz, de maneira clara e precisa, a competência do Ministério Público para promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ainda, admitiu, concorrente e disjuntivamente, a legitimidade das associações bem como dos sindicatos.⁷

As ações popular e civil pública (esta última a partir da Constituição de 1988), têm embasamento constitucional. Diríamos mesmo que a ação civil pública, na nossa Constituição, pode ser encontrada, de maneira clara, como embrião do garantismo social, que se pretendeu ver implantado.

Hermann Benjamin, a propósito da ação civil pública, averbou acerca do conceito de interesse público⁸:

"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*).

Nesse sentido moderno e *macro* que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial^{8A}, 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^{8B}".

Vejamos, agora, as características essenciais da ação civil pública.

3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Felizmente a atual Constituição bem resolveu o problema da legitimação em seus artigos 5º, inciso XXI, e 8º, inciso III (legitimação por substituição processual para as associações e para os sindicatos), como já dissemos.

De qualquer sorte, ainda remanesceria a questão de se saber se a competência do sindicato, quanto à legitimidade para defesa do direito coletivo, estender-se-ia somente a seus associados ou, também, a qualquer componente da classe. Pensamos que seja realmente para toda categoria, pois que essa a função essencial dos sindicatos, tal seja, esse o resultado do associativismo voluntário.

4. LEGITIMIDADE PARA AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

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.

O art. 1º da Lei 7.347/85, diz o seguinte:

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

- 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".

A titularidade está presente no art. 5º, cujo teor de seu caput e incisos é o seguinte:

"Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

- I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II - 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."

Verifique-se que, na medida em que o Ministério Público é autor da ação, e também podem ser autores da ação a União, Estados, Municípios, a tutela ficou muito mais facilitada.

A ação popular não é facilmente utilizada, por não termos conceito tão arraigado de cidadania. Outorgar-se, pois, legitimidade à pessoa física, como se faz, por exemplo, na ação popular, empobrece o espectro dessa importante garantia.

Seria necessária e elementar a conscientização da cidadania para se possibilitar à pessoa física a tutela real e efetiva dos direitos de todos.

Não podemos esperar e cobrar que a União, Estados, Municípios, e mesmo o Ministério Público, associações de classe, façam por nós tudo aquilo que nos omitimos de fazer enquanto cidadãos.

Considero muito importante a conscientização de que todos devam ter de trabalhar em defesa dos direitos coletivos e difusos conquistados nesta Constituição.

Assinalemos alguns pontos tópicos da ação civil pública, que entendemos importantes e que já foram por nós mencionados em outro trabalhoº.

5. DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

Na Lei da Ação Civil Pública, encontramos a possibilidade da concessão da medida liminar. O art. 12 faculta ao juiz a concessão da medida, a 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 jeito, ficam para final.

6. O ARTIGO 14 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Temos, também, na ação civil pública, o art. 14, que, acreditamos, ser o que mais possibilita a evolução da tutela do direito difuso, do direito urbanístico e do direito ambiental, quando afirma o seguinte:

"O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte".

Comentemos um pouco esse artigo.

Note-se a dilação 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 Código¹⁰.

Verifique-se que, na Ação Civil Pública, o art. 14, precisa 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.

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 dano ambiental, por hipótese, 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 sentido da Ação civil pública. Entendemos que o art. 14, que possibilita ao juiz aferir a existência de dano irreparável à parte, e lhe faculta, de consequente, sopesar qual interesse em jogo é prevalente, constitui evolução do Direito Público sobre o Direito Privado, e, muito significativa.

Aliás, o juiz exerce, na ação civil pública, papel diferente. Não nos parece que a inércia possa se dar exatamente da mesma forma em que ocorre em outras ações.

7. A TUTELA ANTECIPADA

Em trabalho anterior¹¹ já abordamos a possibilidade de concessão da tutela antecipada na ação civil pública. Reproduzimos parcialmente o que já averbamos:

"Note-se que a tutela antecipatória pode ser deferida pelo magistrado singular como também pelo Tribunal, quando for o caso.

Consoante Arruda Alvim, no estudo mencionado:

...*nomem iuris* do Instituto, Tutela Antecipatória, revela que poderá ser concedida a própria tutela, tal como constante do pedido, acolhendo-o totalmente ou em parte e, que, essa poderá ser concedida antes do momento normal para a sua concessão. Referimo-nos a 'momento normal', pois que, se concedida antecipadamente a tutela, nem por isto o processo deixará de prosseguir e vir a comportar sentença (art. 273, parágr. 5º). O legislador assume o risco mínimo - de que a decisão

concessiva da tutela possa vir a ser alterada, e, o faz, sopesando os valores em jogo.

Na verdade, a tutela antecipatória difere da medida liminar. Por meio dela antecipa-se o provimento final, sem que com isso a composição da lide seja interrompida.

Porém, repito, 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.

Não se há de falar também na satisfatoriedade da tutela, o que implicaria na impossibilidade de desfazimento.

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 sentença¹².

Vejam os pressupostos da antecipação. E, para isso, trazemos à colação o artigo 273:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

parágr. 1º - Na decisão que antecipar, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

parágr. 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (...)

O magistrado deverá inicialmente convencer-se: a) da verossimilhança da alegação; b) de haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; c) ou que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu.

Vejam a questão da verossimilhança.

Deverá o magistrado pela prova já trazida aos autos, no momento da concessão da tutela, estar convencido de que - ao que tudo indica - o autor tem razão e a procrastinação do feito ou sua delonga normal poderia por em risco o bem de vida pretendido - dano irreparável ou de difícil reparação.

A irreparabilidade do dano na ação civil pública é manifesta, na hipótese de procedência da ação.

A volta ao *statu quo ante* é praticamente

impossível e o *fundo* a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/85, não será suficiente a elidir o dano.

Mister também salientar que os valores envolvidos na ação civil pública têm abrigo constitucional. A lesão a ditos valores será sempre irreparável (danos ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores histórico, turístico e paisagístico).

O artigo 461 do Código de Processo Civil, em seu § 3º, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, possibilita a concessão da tutela liminarmente, caso seja relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final.

Verifica-se que se pretendeu não o ressarcimento que, insista-se, na ação civil pública não ressarce efetivamente, porém apenas minora o dano. Porém, pretende-se, isso sim, a tutela específica, que, muita vez, ou a maioria das vezes na ACP somente será alcançada com a medida liminar, ou a própria antecipação da tutela se for o caso.

Na verdade, somente com a casuística, que se colocará aos magistrados, será possível de se verificar a altíssima contribuição dada à agilização da prestação jurisdicional.

Todavia, ao conceder a tutela antecipatória, porque presentes seus pressupostos, tais sejam, a verossimilhança do dano irreparável ou de difícil reparação, deverá o juiz motivar devidamente.

Aliás, a motivação se não fosse expressa garantia constitucional seria, sem sombra de dúvida, de inegável necessidade diante do inciso LV do artigo 5º do texto constitucional (devido processo legal), como também do inciso XXXV do mesmo artigo (amplo acesso à jurisdição). Ademais, a motivação encontra-se implícita nos direitos e garantias constitucionais e explícita no art. 93, IX da Lei das Leis. Anote-se que os direitos e garantias constitucionais, individuais e coletivos, fazem parte do cerne fixo da Constituição.

Como se tudo isso não fora suficiente, o § 1º, do artigo 273, determina que o juiz indique, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Todavia, ao enfatizarmos a motivação é bom deixarmos devidamente claro que a fundamentação legal, tal seja, a remissão ao artigo e incisos da lei não se constitui em motivação para a finalidade postulada pelo texto constitucional e pelo parágrafo 1º do artigo 273, do Código de Processo Civil.

A motivação deverá traduzir a indicação, de modo claro e preciso, das razões que formaram o convencimento do magistrado.

Em outro falar: é necessário que o magistrado aponte claramente o porquê da verossimilhança

(conceito indeterminado).

Enfim, é necessário que motive devidamente.

Aduz-se, como reforço, que a necessidade de motivação é expressa no texto constitucional, mesmo para decisões administrativas. É o que se colhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas."

8. RESPONSABILIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Passamos ao tópico da responsabilidade na ação civil pública. É objetiva. Todavia, a recomposição do patrimônio nunca se dá de maneira perfeita ou completa. A recuperação do patrimônio, na verdade, não é total. É dizer, a indenização, poderíamos afirmar ser mais ou menos assemelhada à indenização por dano moral.

Deveras, a indenização tem muito mais a chancela de sanção do que propriamente de recomposição, por impossibilidade fática, no mais das vezes. Todavia, não vamos dizer que a indenização seja inútil, até porque se houver agressão ao ordenamento jurídico, recomposição tem de haver, seja qual for. Por isso também fomos fervorosos adeptos da indenização por dano moral, em boa hora acolhida pela Constituição de 1988 (art.5º, V)¹³.

9. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No texto constitucional, vê-se que a tutela dos direitos difusos foi cometida expressamente ao Ministério Público. Portanto o Ministério Público tem o dever de velar por sua tutela.

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

Todavia, com isso não se quer afirmar que, sempre, seja o Ministério Público obrigado a propor a ação civil pública. O juízo de necessidade, possibilidade e tipicidade, certamente é da Instituição, até mesmo porque, devemos lembrar, a legitimidade constitucional é disjuntiva e concorrente.

Ampliou-se, posteriormente, com a modificação do Código do Consumidor e da Lei Orgânica do Ministério Público, o objeto possível da ação civil pública.

Assim, por força do Código do Consumidor, com a modificação introduzida no art. 82 passou a competência

do Ministério Público estender-se também ao parágrafo único do art. 81 do mesmo código.

De outro turno, a Lei Orgânica do Ministério Público, ver letras "a" e "b" do art. 25, IV, dispõe:

"Art. 25, IV:

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".

Assinala Ada Grinover¹⁴ que, na verdade, criou-se uma ação popular em que a legitimidade ativa teria sido ampliada, no que tange à letra "b", afirmando que se propostas ação popular e ação civil pública haveria verdadeira conexão e continência.

Em sua palavras, examinando hipótese concreta ocorrida:

"O fato de, na causa de pedir da ação popular constitucional, terem os Autores acrescentado a ilegalidade do objeto e o desvio de finalidade do ato de nomeação só se deve a que, segundo a doutrina, para a ação popular não basta a lesividade, devendo também arguir-se a ilegalidade do ato. Mas, na verdade, no conceito de imoralidade administrativa estão compreendidos a ilegalidade do objeto e o desvio de finalidade.

6. A prática mostra, portanto, que pode existir triplíce identidade entre a ação popular constitucional e a ação civil pública.

A consequência processual da litispendência é a extinção do processo, a teor do disposto no art. 267, V, CPC.

E é evidente que a ação civil pública e a ação popular constitucional não podem, ambas, prosseguir, pois de seu julgamento poderiam surgir decisões contraditórias, com coisas julgadas não só logicamente inconciliáveis, mas praticamente incompatíveis^{14A}. Como poderiam, autores e réus, atender a dois julgados, quando um acolhesse o pedido de declaração de nulidade do ato de nomeação e o outro considerasse válido o mesmo ato?

Trata-se de verificar qual dos dois processos deve ser extinto, em fase da litispendência. Pelo disposto

no art. 219, CPC, é a citação válida que induz litispendência. A lei processual não toma em consideração, para a litispendência, a data do despacho da inicial, mas única e exclusivamente a ocorrência de citação¹⁵.

Todavia, embora se considere o que de comum têm as duas ações, não posso todavia entender que essa ação civil pública seja a mesma ação popular constitucional, apenas com legitimidade ampliada.

E, assim não posso entender porque lei não poderia estar a modificar a Constituição. Parece-nos, pois, que a ampliação da competência do Ministério Público decorre de norma constitucional, norma de eficácia limitada (art. 129, III), por admitir legislação ordinária.

Doutra parte, também se me afigura que a competência do Ministério Público para a interposição da ação civil pública tenha 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, ocorre, algumas vezes, desbordamento da atuação do Ministério Público.

Deveras, necessário é estar-se sempre atento ao texto constitucional, às competências estabelecidas no prelado art. 129, sobretudo 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 justificar-se a atuação do Ministério Público.

10. CONCEITOS DE PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL - EVENTUAIS DESBORDAMENTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

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

O Ilustre Procurador do Estado, Dr. Elival da Silva Ramos, toma como sinônimo as expressões "bens públicos" e "patrimônio público"¹⁶. Dessarte, também descarta a inclusão de Hely Lopes Mello dos bens das entidades paraestatais como bens públicos.

Assim, pontua:

"Nos termos em que estão situados perante a nossa lei civil, os bens públicos pressupõem sempre a titularidade de uma pessoa jurídica de direito público. Ora, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações

governamentais são entidades com personalidade jurídica de direito privado, sujeitando-se ao regime jurídico privatístico em suas relações com terceiros (artigo 173, § 1º, da Constituição). Por outro lado, embora muitos dos bens que a elas pertencem sejam oriundos da Administração Centralizada, sendo usual a cláusula estatutária de reversão de seu patrimônio à entidade-mãe, na hipótese de sua extinção (cláusula essa que se pode entender implícita), o fato é que, enquanto existente a empresa ou fundação, não se confunde o seu patrimônio com o da Administração-geradora"^{16A}.

E, conclui, em arremate à exposição que vinha desenvolvendo:

"O quarto elemento, sim, é de extrema importância: toda conceituação de bem patrimonial público ou de bem dominial público está vinculada a um determinado ordenamento jurídico. Não há nem pode haver um conceito universal de bem público, refletindo as variações terminológicas exatamente a variedade dos regimes jurídicos a eles aplicáveis".

Conceituamos nós patrimônio público:

"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"¹⁷.

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

Assim, 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.

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, também indisponíveis.

Noutro pensar, quando os direitos individuais homogêneos não tiverem repercussão no patrimônio social, não caberá ao Ministério Público defendê-los, pena de infringência ao art. 133 da Constituição (o advogado é indispensável à administração da Justiça).

A respeito, colacionamos a jurisprudência que se segue:

"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;

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 Petrucio Ferreira; j. 19/09/95; DJU 20/10/95, pp. 72.144/5)".¹⁸

Por outro lado, importante questão acerca da competência do Ministério Público é assinalada por Arruda Alvim¹⁹, 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.

Averba, a respeito:

"4. Declarada que seja a norma inconstitucional, no âmbito de ação direta do STF, não poderá mais ela ser aplicada em todo o território nacional,

precisamente porque a eficácia de uma tal decisão é *erga omnes*.

5. Disto se segue que se encontram em pauta os seguintes valores fundamentais: a) controle da constitucionalidade das leis, com vistas a assegurar, neste particular, o primado da Constituição sobre todo o ordenamento, o qual nessa encontra seus pressupostos de validade; b) a necessária compatibilidade de uma lei com a Constituição; c) a lei que for assim declarada, exige que uma tal decisão tenha validade e eficácia em todo o território do país, *não podendo haver fratura desse território*; d) isto é assim porque ou a lei vale ou não vale, e, se era preordenada a valer em todo o território, no território todo haverá de ser aplicada, desde que ocorrentes os respectivos pressupostos de incidência; e) se se admitisse a Inconstitucionalidade decretada, para parte do território, infringidos estariam os princípios da própria igualdade jurídica, como ainda, isto envolveria *insuperável contradição*, pois que a lei valeria para parte do território e para outra seria nula; f) há, no caso, exclusividade da competência do Supremo Tribunal Federal".

Todavia, não entendemos possa a previsão constitucional significar inviabilização da competência do Ministério Público. O que é necessário - absolutamente necessário -, é que o Juiz limite exclusivamente à relação *sub judice* a declaração incidental de constitucionalidade.

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

"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 caso²⁰. Na declaração incidental, uma vez declarada, há uma relação jurídica a ser *fulminada, concretamente, mas a lei continua inteiramente em vigor*^{19A}. No caso de que estamos a tratar, isso inostrará: 1º) porque inexistente 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 conclusão²¹ é que reside nossa parcial divergência, tal seja, a competência jurisdicional

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

Porém, erros dos magistrados não poderão acarretar a conseqüência extrema de se entender manietada a competência. Todavia, a alerta do eminente mestre é de suma importância para que cautelas extremas sejam tomadas quanto à eficácia das decisões.

Entretanto, não endossamos e, efetivamente não entendemos haver desbordamento da atuação do *parquet*, quando se trata de constranger a municipalidade a não poluir, autêntica obrigação de não fazer, muito embora a jurisprudência ainda seja, em sua maioria, no sentido de que se estaria a invadir, pelo Judiciário, a atuação discricionária da Administração Pública.

Deveras, recentemente, no M.P.E, tivemos possibilidade de abordar a matéria e concluímos a respeito:

"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. 1, I).

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 completa; 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".²³

11. A AÇÃO POPULAR: BREVES CONSIDERAÇÕES GERAIS

Terminado este breve esboço da ação civil pública, passemos à ação popular, último tópico deste estudo.

No Projeto II, da Constituição, tivemos a ação popular com a legitimidade ativa ampliada. Entretanto, por força de modificação posterior, nitidamente involuiu-se, voltando-se à Carta de 1969. Apenas o cidadão pode interpor a ação popular.

Passamos, de conseguinte, para breve exame da Lei da Ação Popular, bem como do art. 5º, inciso LXXIII, do Texto Constitucional.

A Lei nº. 4.717, de 1965, apresenta a seguinte contextura, em modesta síntese: há restrição quanto à legitimidade ativa, afeta somente ao cidadão, o que torna reduzida a possibilidade da ação popular.

Deveras, as ações populares, que ainda são movidas, vingam em cidades grandes; em cidades menores não, pois não se pode pensar no autor popular, como cidadão, a enfrentar a "Toda Poderosa Administração Pública".

De outra parte, a ação popular foi alargada constitucionalmente para abrigar também os atos lesivos praticados contra o patrimônio histórico e cultural, ao meio-ambiente, à moralidade administrativa, bem como contra o patrimônio de entidades de que o Estado participe.

12. A LEGITIMIDADE PARA AGIR

O texto da Lei da Ação Popular contém evoluções grandes, mas, de qualquer sorte, restringe-se à

legitimidade ativa ao cidadão. Na medida em que só o cidadão puder acionar, puder ser autor popular, claro está que a ação popular perde muito de sua força e tem de perder. É difícil para o cidadão entrar em confronto com a Administração Pública, como já assinalado.

A legitimidade para agir, atribuída somente ao cidadão, é algo que acanha a ação popular, desvirtuando medida de ouro para controle da ilegalidade da administração, para controle da lesividade que a administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa.

Realmente subtrai a grandeza da ação popular. Pensem, por exemplo, se a legitimidade fosse dada às associações de classe, à Ordem dos Advogados, que se tem manifestado tão atuante ao longo desses anos. É claro que a ação popular teria muito mais condições. De conseguinte, a restrição quanto à legitimidade para agir é algo que precisaria ser modificada.

Todavia, com possibilidade da promoção da ação civil pública, que tem por objeto a moralidade administrativa e a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, atribuída ao Ministério Público²⁴, temos que, em grande parte, encontra-se sanado o problema.

Acreditamos que, para efetivamente vingar a ação popular, está faltando, realmente, vivência efetiva de cidadania, de sentimento arraigado do *status civitatis*, necessário a postulações não apenas individuais, mas em benefício da coletividade.

Devemos tomar, como parâmetro, nosso grande e saudoso mestre, Seabra Fagundes. Em todas as horas de sua vida, o ilustre professor de todos nós, foi cidadão exemplar.

Todavia, embora a ação popular esteja restrita em sua legitimidade ao cidadão, depois de proposta, se houver desistência da ação, o Ministério Público deverá suceder o autor popular.

13. ATOS ILEGAIS OU LESIVOS

Não mais temos, na ação popular, restrição no tocante à necessidade de que o ato seja ilegal e lesivo. Não se trata mais de "e", mas sim de "ou" lesivo.

Aliás, no Texto Constitucional de 1967 e posterior Emenda nº 1 de 1969, temos referência somente a atos lesivos. O texto constitucional anterior dispunha da seguinte forma, no parágrafo 31, do artigo 153:

"Qualquer cidadão será parte legítima para

propor Ação Popular, que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidade pública".

A Lei da Ação Popular, entretanto, prescreveu que os atos deveriam ser ilegais e lesivos. O texto constitucional atual, felizmente, traz, apenas, o pressuposto da lesividade e não mais também da ilegalidade.

14. O PATRIMÔNIO PÚBLICO DEFENDIDO PELA AÇÃO POPULAR

No tocante ao conceito de patrimônio público, houve sua ampliação, albergando-se, também, atos lesivos ao patrimônio das empresas estatais. Isto já estava na Lei da Ação Popular, no parágrafo primeiro, do artigo 1º, porém não havia previsão constitucional.

Estendeu-se, ainda, ao patrimônio estético, artístico, histórico ou paisagístico. E, sobretudo, ao controle da moralidade.

Atente-se, agora, ao art. 4º da Lei da Ação Popular, que dispõe:

"Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º:

Há, nessa hipótese, presunção de lesividade *juris et de jure*. Vale dizer, se algum contrato for pactuado sem licitação, quando esta for exigível, teremos ato nulo (embora não costumemos utilizar a nomenclatura "ato nulo", ora empregada por estar assinalada na Lei da Ação Popular), pois, por presunção, já seria lesivo e, de conseguinte, deveria merecer sanção.

Na atual ação popular constitucional, temos, como remarcado, abertura com relação a que os atos lesivos não se referem apenas ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa. É dizer, a moralidade administrativa, encartada como princípio, como se verifica no artigo 37 da Constituição da República, deve também poder contar com instrumental jurídico hábil a controlá-la.

Pretende-se, é óbvio, que o patrimônio público não seja malbaratado. Que o administrador sirva à comunidade e não se sirva desta.

Então, vejamos: na Ação Popular existe nitidamente a defesa de direito difuso, a *res omnium*, de todos. O patrimônio público não é *res nullius*, mas é *res omnium*, coisa de todos e, por ser coisa de todos, tem de ser interpretado com largueza o instituto para que se possa, porventura, dar solução compatível²⁵.

Não nos cumpria trazer minúcias do regime jurídico dessas ações, mas, tão-somente, trazê-las a contexto

como garantias coletivas dos administrados, ao lado do mandado de segurança coletivo, que não foi versado por desbordante do tema. Ademais disso, as ricas questões processuais inerentes a ambos os temas tiveram de quedar-se ao largo, por se tratar, apenas, de exposição tópica.

NOTAS:

1 *Direitos Coletivos e Difusos*, Coleção Primeira Leitura da Constituição de 1988, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

2 Camargo Mancuso, Rodolfo de; *Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para Agir*, São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 58 a 61.

3 Sirva de exemplo o novo agravo de instrumento, em que algumas perplexidades são sentidas ainda pela doutrina e jurisprudência, emperrando, assim, a finalidade essencial de agilização para a qual foi criado.

4 Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

5 Barbosa Moreira, José Carlos; *Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, em "Temas de Direito Processual", Saraiva, 1977.

6 Grinover, Ada Pellegrini, coordenadora; *A tutela dos interesses difusos*, Editora Max Limonad, 1984.

7 O § 1º do art. 129 dispõe: "A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei."

8 Benjamin Hermann, "A insurreição da alçada 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.

8a Nota de rodapé da citação: 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).

8b Continuando com nota de rodapé da citação: Em sentido diverso, alguns administrativistas vêem, como única diferença entre interesses individuais e interesse público, o dado quantitativo, sendo este "o resultado da somatória de um número majoritário de interesses individuais coincidentes" (Héctor Jorge Escola, ob. cit., p. 242); trata-se de conceito, equivocado, que no caldo da processualística moderna, muito pouco diferiria dos interesses individuais homogêneos.

9 Já abordamos o tema no estudo já citado, ao qual, para evitarmos a repetição, remetemos o leitor, ao trabalho "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*, coord. por Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 329/351.

10 Consulte-se topicamente o opúsculo do Professor Clóvis Beznos, "Ação Popular e Ação civil pública", Coleção Constituição de 1988, Primeira Leitura, v. 2, Editora Revista dos Tribunais.

11 "Ação civil pública - Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos na tutela antecipatória", in *Ação civil pública*, coordenação de Edis Milaré, pp. 329-351.

12 No mesmo sentido José Manoel Arruda Alvim, no trabalho mencionado, fls. 7, nota de rodapé nº 5.

13 A jurisprudência quase não mais tergiversa ao admitir o dano moral, até mesmo cumulado com o material.

14 Grinover, Ada Pellegrini, "Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão. Continência e Litispendência", in *Ação civil pública*, coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 23/27.

14a Nota de rodapé da citação: sobre Inconciliabilidade lógica - aceitável - e incompatibilidade prática - Inaceitável - entre coisas julgadas, v. Ada Pellegrini Grinover, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo, Ed. Rev. Tribs., 1978, pp. 12-13.

15 Idem, ibid., p. 27.

16 Apud Figueiredo, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 2a. ed., Malheiros, 1995.

16a Notas de rodapé da obra citada: Ramos, Elival da Silva, *Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público*, in Cadernos FUNDAP, n. 17, São Paulo, 1989, pág. 16/31.

17 Idem, ibid., p. 341.

18 in Repertório IOB de Jurisprudência nº 4/96, 2ª Quinzena de Fevereiro/96, p. 67.

19 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*, coordenação de Edis Milaré, S.P., RT, 1995, pp. 155/156.

20 Nota de rodapé da citação: Cf. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo, cit., p. 107, com apelo de Marcelo Caetano.

19a 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.

21 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 Juris (Associação dos Juizes 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 arguição de inconstitucionalidade, no bojo de ação civil pública (v. Arnold Wald, op. ult. cit., p. 87); os nossos Tribunais assim já se têm 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 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.

22 Nesse sentido a medida provisória de nº 1.570-3, de 23.06.97, que dispõe, em seu art. 2º:

"Art. 2º O art. 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

De fora parte que entendemos não poder a medida provisória dispor sobre processo civil. Não pode, porque os pressupostos constitucionais de relevância e urgência não estariam presentes. Haveria - sem sombra de dúvida - usurpação da competência do Congresso Nacional.

23 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 nº 1, out/dez/1996.

24 L.O.M.P., art. 25, IV, "b" (Lei 8625/1993).

25 Versou a matéria, de maneira sucinta, pois apenas enfrentava a Constituição de 1988, o Professor Clóvis Beznos, na obra "Ação popular e ação civil pública", na coleção "Constituição de 1988, Primeira Leitura", Revista dos Tribunais, 1988. Deve-se consultar, para ampliação, a preciosa monografia de José Afonso da Silva, "Ação Popular, Constitucional, Doutrina e Processo", São Paulo, RT 1988. Também Rodolfo de Camargo Mancuso, "Ação Popular", São Paulo, RT, 1994.