

PROLEGÔMENOS DA TUTELA TRANSINDIVIDUAL ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

*Fábio Guedes de Paula Machado**

Resumo: *Há 10 anos atrás a Lei 9.605/98 inovou ao estabelecer a possibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica pela comissão de crimes contra o meio ambiente. Dez anos após sua entrada em vigor, este trabalho estuda a evolução do quadro legal e das circunstâncias que levaram a sua formulação e promulgação, bem como os argumentos a ela favoráveis e contrários, e jurisprudência resultante. Conclui que hoje, embora subsistam posições contrárias, doutrinas e jurisprudência dominantes aceitam a responsabilidade indireta da pessoa jurídica, vinculando-a a seu órgão ou representante legal.*

Palavras-chave: *Responsabilidade criminal. Pessoa jurídica. Crimes ambientais. Lei 9.605/98.*

Abstract: *Law 9,605/98, which deals with environmental crimes, innovated when it provided for the criminal liability of legal persons engaging in crimes against the environment. Ten years past its coming into force, this paper studies the legal framework and circumstances leading to its enactment, as well as pro and con arguments and jurisprudence on the subject. It concludes that today, despite the fact that contrary positions subsist, dominant doctrine and jurisprudence accept the indirect responsibility of the legal person, linking it to its legal body or representative.*

Keywords: *Criminal responsibility. Legal person. Environmental crimes. Law 9,605/98.*

* Fábio Guedes de Paula Machado é Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia, Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela PUC-SP e Doutor pela USP.

1 Conceituação, classificação e distinção dos interesses

“O interesse interliga uma pessoa a um bem de vida em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. A nota comum é sempre a busca de uma situação de vantagem que faz surgir um interesse na posse ou fruição daquela situação.”¹ Assim, Rodolfo de Camargo Mancuso formula o preciso conceito de interesse.

De acordo com o que ordinariamente se desenvolve na sociedade, o termo interesse pode ser exprimido por determinadas conotações, como v.g., o público, o privado, o social, o jurídico, o econômico e etc.

Radicalmente se antagonizam os conceitos de interesse público e interesse privado. Pelo primeiro, caracteriza-se pela titularidade do Estado, em especial para gerenciar os anseios do povo, como a saúde e a educação, ou como na lição de Hely Lopes Meirelles,² o interesse público se imiscui com os próprios fins da atividade administrativa.

Mesmo assim, boa parte da doutrina discorre acerca da dificuldade de se conceituar o interesse público, mesmo porque não há razão para se tentar separar o conceito administrativista de interesse público para o conceito processualista. Foi assim que Maria Sylvia Di Pietro manifestou-se sobre o tema: “Não é tarefa fácil definir o interesse público. Carl J. Friedrich compilou vários artigos de autores de diversas áreas a respeito do interesse público, assinalando no prólogo da obra que os pontos de vista dos diversos ensaios variam enormemente em perspectiva e metodologia, fluando desde uma convicção justificada de que o interesse público é uma preocupação central da filosofia política e legal, até o seu repúdio categórico como mera fachada dos interesses especiais e da posição de seus adeptos na batalha política (...) Não se pode discernir neles (ensaios) nenhuma tendência claramente filosófica, legal ou científico-política, ainda que alguns se inclinem mais em uma direção e outros se inclinem em outra. Não se chega a um acordo a respeito do alcance da aplicação deste conceito.”³

Outra dificuldade anotada pela doutrina recai sobre não serem sinônimos os termos interesse público e interesse oficial. Di Pietro, citando Dalmo de Abreu Dallari, aponta alguns critérios aceitos pela maioria dos autores para a identificação e consideração do que seja interesse público: em

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1994, p. 17.

² Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 15ª ed., p. 77.

³ Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 4ª ed., p. 158.

primeiro lugar, considera-se como tal aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, segundo uma escala prévia de valores, ou uma síntese previamente estabelecida para se verificar o que o povo quer. Aqui, há a necessidade de amplos debates públicos a respeito das decisões públicas. Em segundo lugar, também a maioria entende que o interesse público é algo vago e impreciso, idéia que Dallari rebate parcialmente por entender que “pela visão concreta, perante uma situação real, num contexto específico, há mais possibilidade de concluir a respeito do que é o interesse público.”

Consequência do interesse público é a de que o mesmo é indisponível, não podendo ser transacionado, tampouco deixado de ser executado por parte da Administração Pública ou daquele que tenha legitimidade para fazê-lo.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público — não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — o que também é um dever — na estrita conformidade do que predispuser a ‘intentio legis’.” Diz ainda: “As pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental”.⁴

No artigo “O Conceito Polêmico de Interesse Público”, João Câncio de Mello Júnior concluiu que em razão do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos a Administração Pública, constituída pelos mais variados órgãos, só poderá dispor sobre tais interesses desde que haja manifestação legislativa, por assim dizer, Lei pela qual o órgão representativo da vontade popular autorize a disposição. E isto vale para créditos tributários, alienações de bens, contratações etc.⁵

À luz dos posicionamentos colacionados, firma-se a compreensão de que o interesse público conceituado pela doutrina administrativista é o mesmo interesse conceituado pelos processualistas, apenas se alterando o campo de visão técnica.

⁴ Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros. 4ª ed. 1995, p. 23.

⁵ Jus — Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais — nº 17, 1994, p. 255-296.

Pelo segundo, interesse privado, tem-se o cidadão individualmente considerado, como titular, desencadeando-se expressões como o interesse “social-geral” e “geral-público”, onde não se verifica a gerência do Estado diretamente, mas indiretamente anseia que todos cumpram o que lhes for estabelecido, e ainda, quando provocado, função jurisdicional, põe fim ao conflito havido através de provimento judicial. Contudo, esta dicotomia perde valor em face do núcleo pretendido, ou seja, do interesse coletivo *versus* interesse individual e por fim o difuso.

Contudo, já em 1974, Cappelletti criticava a dicotomia de interesse público e privado, em razão de existir uma espécie intermediária que são os interesses individuais mais comuns a uma categoria de pessoas, ou seja, um conjunto de interesses individuais.⁶

Ao dizer de Mancuso, “é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim, se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber seu crédito.”⁷ Na verdade, os interesses individuais são só aqueles perseguidos individualmente.⁸

Inovação trouxe o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 81, III, quando aponta os interesses ou direitos individuais homogêneos. A própria lei o conceitua como sendo aqueles decorrentes de origens comuns, onde se permite a tutela destes a título coletivo. Ao dizer de Kazuo Watanabe ao comentar o *codex*, origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. Desta forma, em se verificando que pessoas tenham sido vitimadas, citando o exemplo apontado pelo mencionado autor por publicidade enganosa, verifica-se assim a homogeneidade que as une, porque foram lesadas, sem haver, contudo e anteriormente, nenhum vínculo que as unia.

Os interesses coletivos compreendem grupo de pessoas unidas, pela mesma relação jurídica básica, como grupos formados por pessoas identificadas por uma relação fática comum, v.g., família, sindicato, associação e outros.

O Código de Defesa do Consumidor firmou no seu art. 81, a idéia de que os interesses coletivos englobam não apenas os interesses transindivi-

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. Rivista di diritto processuale, 30:367, 1975.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Opus cit, p. 41.

⁸ VIGORITI, Vincenzo. Interessi collettivi e processo — La legittimazione ad agire”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 67.

duais indivisíveis (interesse coletivo em sentido estrito), mas também os interesses individuais homogêneos, que se caracterizam pela extensão divisível, ou individualmente variável, do dano ou da responsabilidade; este nasce da reunião de interesses individuais.

Grande parte da doutrina declarou que as expressões interesse difuso e interesse coletivo eram sinônimas, contudo resguardando-se opiniões contrárias, no sentido de se verificar a distinção adequada entre os institutos.⁹

Na doutrina nacional, merece consideração a distinção entre interesses coletivos e interesses difusos feita por Ada Pellegrini Grinover, ao retratar que nos interesses coletivos há um grupo de pessoas com interesses comuns que só seriam comunitariamente buscados, ao passo que o interesse difuso não se caracterizaria por qualquer momento associativo.¹⁰ Por sua vez, Denti distingui o interesse coletivo do interesse difuso precisamente pelo caráter “corporativo”.¹¹

Confrontando os interesses individuais, coletivos e os difusos, podemos concluir que a nível de interesses temos duas grandes espécies, os individuais e de outro lado os coletivos e difusos, onde são considerados pela doutrina como interesses metaindividuais, isto é, por serem superindividuais ou por estarem muito além destes. E mais, os difusos possuem uma extensão inúmera, de amplitude magnífica em razão de sua qualidade, ao passo que no interesse coletivo, verifica-se um vínculo jurídico entre as pessoas deste grupo, sem o que se esvazia a corporatividade e coletividade, ao passo que no interesse difuso não se exige a pluralidade por si só, mas sim que seja uma tutela que atinja a uma infinidade de pessoas não identificadas.

Por fim, Mazzilli conceitua interesses difusos como “interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre os quais inexiste vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como feixe de interesses individuais, com pontos em comum.”¹²

⁹ FERRAZ, Antonio Augusto Melo de Camargo; NERY JÚNIOR, Nelson E MILARÉ, Edis. Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 57, nota 26. Ainda sobre esse aspecto terminológico, J.J. Calmon de Passos descarta que se trata de “interesses”: Interesses que a ordem jurídica protege e que na ordem jurídica dispõe de instrumentos para sua satisfação é interesse configurador de direito, e direito subjetivo se atribuível a um sujeito determinado.” In Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “Habras Data”, p. 11.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Interesses difusos. Enciclopédia Saraiva de direito. V. 45, nota 4, p. 414, v. e também p. 401.

¹¹ Op. cit., p. 16.

¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: RT, 6ª ed., rev., ampl. e atualizada. 1994, p. 21.

Frisa-se que a denominação interesse difuso não é nova para o mundo. Tal expressão já era conhecida pelo direito romano, tendo sido mencionada por Scialoja: “direitos públicos, que chamávamos difusos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que têm por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade.”¹³

Cita o mestre italiano que o culto à divindade, o direito à liberdade, o direito do meio ambiente, eram havidos como direitos difusos. Já entre nós, a base jurídica do reconhecimento dos direitos ou interesses difusos é a própria Constituição Federal.

Indica Fiorillo que “o princípio da igualdade, onde todos são iguais perante a lei; o direito à vida digna; o uso da propriedade; a higiene e segurança do trabalho; a educação, incentivo à pesquisa e ao ensino científico e amparo à cultura; a saúde; o meio ambiente natural; a proteção ao patrimônio cultural; a família, criança, adolescente e idoso e mesmo algumas regras vinculadas à comunicação social, demonstram a existência e preocupação do legislador maior em apontar estes direitos transindividuais em sua ótica material.”¹⁴

Pelos conceitos formulados, afirma-se que os direitos ou interesses difusos sempre existiram, ao menos a partir do momento em que se verificou e tutelou a vida, isto em uma concepção política e ampla.

Por fim, “na verdade o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa.”¹⁵

Preleciona Vittorio Denti, “que os interesses difusos se distinguem dos interesses públicos não pelo seu objeto, que é sempre constitutivo de bens de relevância geral, mas pela diversidade dos sujeitos os quais são imputáveis as situações jurídicas que os resguardam. Os interesses gerais, de fato, são interesses públicos quando a tutela destes bens é institucionalmente confiada a sujeitos que, de forma permanente ou ocasional, são prepostos da gestão destes. A disciplina dos interesses públicos é tipicamente própria de uma atividade administrativa e constitui objeto das normas que disciplinam as ações administrativas públicas. Os interesses difusos, ao invés, é chefe dos sujeitos que fruem dos bens coletivos, e em

¹³ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerza Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954, p. 472, § 69.

¹⁴ Op. cit., p. 176.

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson et alii. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 630.

seguida não são perseguidos pela atividade administrativa e tem na tutela judicial a sua sede natural, enquanto os fatos valem também nos confrontos dos administradores públicos.”¹⁶

2 O âmbito constitucional de tutela dos direitos difusos

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos difusos e coletivos foram elevados à proteção constitucional, consolidando posição de avanço que já se notava com a legislação infraconstitucional, mais precisamente a Lei da Ação Civil Pública n. 7.347/85, alcançando todos os novos direitos considerados como “de massa”.

Dentro desta sistemática de proteção à coletividade e cumprindo determinação do próprio legislador constituinte, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, diploma harmoniosamente integrado com a citada Lei da Ação Civil Pública, alargando, sobremaneira, os dispositivos de direito material e principalmente de direito processual de tutela jurisdicional destes novos interesses.

Até bem pouco tempo atrás, a doutrina processual civil em geral, concebia o estudo dos institutos processuais individuais e coletivos de uma forma isoladamente considerada, fazendo com que o estudioso recorresse muitas vezes a um acervo de livros para perfeita visualização dos temas postos à apreciação, v.g. a sentença, a coisa julgada e a execução. Entretanto, com o decorrer dos anos e grande utilização dos mecanismos de tutela de massa, e avanço dogmático que se estabeleceu sobre os mais diversos institutos processuais, é certo que a matéria ganhou grande receptividade por toda a comunidade jurídica.

2.1 O antecedente histórico

Com o fortalecimento do Estado e a proibição de se realizar a autotutela por parte dos cidadãos, além da multiplicação das relações jurídico-sociais, impôs-se ao Estado ditar as soluções para os conflitos interpessoais e a tutelar determinados interesses da sociedade ou de grupos sociais.

Tradicionalmente, os ordenamentos processuais estavam preparados para dirimir conflitos de interesses individuais¹⁷. Contudo, com o dinamismo

¹⁶ Giustizia... Op. cit., p.16.

¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. Lei 7.347/85 — Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995, p. 164.

mo que assolou a sociedade, e as crescentes novas preocupações com o bem estar em geral, fez com que estudiosos do direito passassem a se preocupar com a adequação deste tipo de tutela à coletividade de uma forma em geral, uma vez que o processo civil existente não resguardava tais ambições.

Haveria assim de se falar nos novos direitos, “nuovi diritti”, como também apontou Denti, ao tornar necessário distinguir os interesses transformados em situações subjetivas já tuteladas pelo ordenamento. Num segundo momento, os interesses não criados pelo legislador, mas sim da “praxe judiciária”, baseados em cláusulas gerais que se encontram nas Cartas Constitucionais. Os núcleos principais dos novos direitos resguardam:

- a) a proteção da pessoa física e a relevância da saúde;
- b) a circulação das informações e a proteção no aspecto moral da pessoa, mediante o controle da mídia;
- c) o direito à participação administrativa e à informação sobre os atos administrativos;
- d) os direitos dos consumidores com referência à circulação dos produtos defeituosos e ao controle da publicidade comercial.¹⁸

Acerca destas novas considerações, Denti assinalou que a “ação pública é instrumento de participação do Estado, implicando num controle da atividade estatal pelo judiciário.”¹⁹ Entre nós, Ada Pellegrini Grinover, com a mesma posição de Denti, qualifica como “novas formas de participação” a tutela jurisdicional de interesses difusos.²⁰ Portanto, para a provocação da atividade jurisdicional do Estado, em se verificando a quebra de um direito, é a ação civil pública o remédio adequado.²¹

Quando o Estado na busca da tutela de interesses sociais figura no pólo da relação processual, mais precisamente sendo legítimo para agir, diz-se que a ação é pública. Se o legitimado for outra pessoa ou personalidade jurídica que não pertença ao Poder Público, a ação será privada.

¹⁸ DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. Participação e processo. Coord. de Ada Pellegrini e outros. São Paulo: RT, 1988, p. 15.

¹⁹ DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi. Rivista di diritto processuale civile, 1974, p. 542.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, p. 5.

²¹ ... a primeira nota do objeto da nossa percepção, quando apreendemos a idéia de ação judiciária, é esta um meio para remover um impedimento, portanto — um remédio. O termo remédio é ontológico, que se aplica à ação de qualquer natureza quando para a consecução de um fim há impedimento a remover.

Pública, não em razão do direito material discutido, mas em respeito a parte legitimada a agir, e não sendo este qualquer órgão do Estado, mas um específico.

Este posicionamento era o preconizado por uma doutrina conservadora, que, contudo, recebeu severas críticas. Estas se fundaram na assertiva de que não haveria de ser pública a ação só porque figuraria no pólo ativo ente público, mas sim em razão do direito material posto à busca de uma tutela jurisdicional do Estado.

Entre nós, José Carlos Barbosa Moreira em 1977, publicava trabalho intitulado “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos,” oportunidade em que demonstrou a impossibilidade de se tutelar estes direitos que a todos atingem pelas regras processuais existentes.²²

Como lembra Fiorillo²³, procurava Barbosa Moreira adotar os dispositivos do Código Civil quanto as obrigações indivisíveis, visto que esta é uma das características do direito difuso, como aliás veremos a seguir. Entretanto não dispunha de mecanismos (legais) próprios e autênticos para a perfeita defesa destes direitos.

Também antes da promulgação da Lei n. 7.347/85, outros grandes processualistas desenvolveram estudos acerca da temática, entre outros Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Ada Pellegrini Grinover e os membros do Ministério Público paulista Nelson Nery Júnior, Édis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz.

Foi com a preocupação de se buscar a tutela destes direitos de massa pelo processo civil brasileiro, que foi nomeada comissão de juristas formada pelos profs. Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, dando origem ao “projeto Bierrenbach”.

O projeto Bierrenbach foi alvo de algumas críticas, de outro lado, os estudos dos membros do Ministério Público já caminhavam a passos largos e de maior abrangência, e ao longo de seu trajeto ganharam fortes aliados, acarretando na promulgação da Lei n. 7.347/85, ainda que com alguns vetos de grande importância.

De forma sintética este foi o desenrolar do avanço legislativo no nosso país.

Já em junho de 1986, a Escola Superior do Ministério Público do

²² Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, p. 110 e s.

²³ Op. cit., p. 165.

Estado do Rio Grande do Sul promovia o seminário “Ação Civil Pública” (Tutela dos Interesses Difusos), com as valiosas participações de Galeno Lacerda, Hugo Nigro Mazzilli, René Ariel Dotti e Paulo Affonso Leme Machado entre outros. No transcorrer do evento, registrou-se que: “Trata-se, efetivamente, de uma lei que inaugura, no Brasil, uma nova era, um novo ciclo. O que o futuro nos reserva, sem dúvida nenhuma, são estes conflitos cada vez mais angustiantes, a impor a defesa da comunidade contra as agressões cada vez maiores provocadas por interesses de toda natureza (das grandes empresas nacionais ou estrangeiras, da própria administração pública muitas vezes, na agressão ao meio ambiente, a sufocar cada vez mais comunidades inteiras). Este é o grande desafio do futuro e nós temos que nos preparar para isso.”²⁴

Pelo próprio papel institucional desenvolvido pelo Ministério Público, e sob uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a ele foi outorgada a titularidade principal para a propositura da ação civil pública, não se olvidando de que apenas esta instituição tem legitimidade para instaurar inquérito civil público, e conseqüentemente adotar atos e providências de investigação etc., conforme art. 8.º da Lei n. 7.347/85. Some-se a esta compreensão a previsão havida no art. 14, da Lei n. 6.938/81, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente, como também a menção disposta no art. 129, III, da Constituição Federal.

Sobre o tema “proteção dos interesses de massa”, e valendo-se das contribuições trazidas pelo direito comparado, verificou-se maior avanço dos Estados Unidos da América em face dos países europeus, destacando-se as “class actions”, e ao dizer de Cunha Campos, “A class action constitui hoje uma figura conhecida no mundo jurídico como técnica a atender à necessidade de tutela de interesses coletivos, notadamente quando os titulares deste interesse são inumeráveis e de difícil identificação”.²⁵

Ainda, nos termos da “Rule 23” da Federal Rules of Civil Procedure, são requisitos de admissibilidade da “class action”:

- a) que o número de interessados deve ser tão grande que seu comparecimento no mesmo processo mostre-se impraticável;
- b) necessária a ocorrência de questões de fato ou de direito comuns aos litigantes;
- c) a pretensão ou a defesa apresentada por aquele que pretenda re-

²⁴ LACERDA, Galeno. Ação civil Pública. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nº 19. Porto Alegre, 1986, p. 23.

²⁵ CAMPOS, Ronaldo Cunha. Ação civil pública. São Paulo: Aide, 1989, p. 84.

presentar o grupo deve ser típica, vale dizer, deve refletir a posição e os interesses da totalidade do grupo. Trata-se do aspecto concernente à autenticidade; e

d) a corte deve verificar se aquele ou aqueles que se apresentem como representantes do grupo encontram-se tecnicamente e adequadamente instrumentados para a defesa dos interesses do grupo.²⁶

Figura ainda nos EUA, a “Public Interest Actions”, instituto onde não se opera uma distinção rígida com a “class action”, havendo, contudo, duas notas comuns às espécies, de acordo com as observações de Cappeletti:

a) em ambas, as questões suscitadas revelam abrangência maior que o interesse individual daquele que se apresenta em juízo pleiteando o provimento jurisprudencial;

b) nas duas ações há a busca de uma justa solução através do contraditório.

De outro lado, as diferenças básicas concernem na “public interest action”, onde o titular é a sociedade em geral, ou um segmento da mesma; o postulante assume a posição de porta-voz do público em geral e objetiva precipuamente armar o cidadão de um instrumento de participação no governo, inclusive para afastar o exercício ilegal de poder. Já na “class action” seu aparente caráter público não se deve a seu conteúdo, mas em virtude da abrangência da sentença (que colhe um grande número de pessoas, uma massa por vezes) e a impraticabilidade de forçar inúmeros indivíduos a aforar ações idênticas; ainda, aquele que se apresenta em juízo pretendendo representar todo um grupo deve demonstrar ser um típico integrante do mesmo, devendo a sentença atingir todos os membros da “class”, exigindo-se notificação. E, por fim, a política que informa a “class action” visa a proporcionar o acesso ao judiciário de grupos cujos interesses estariam até então desprotegidos.²⁷

É, portanto, a ação civil pública o instrumento de que se serve seu legitimado, o Ministério Público entre outros, para a tutela de um direito a ser deduzido em juízo, de natureza difusa ou coletiva, ainda que seu titular seja de difícil reconhecimento, ou que todos de uma forma geral, sejam por ele beneficiados.

²⁶ Opus cit., p. 86.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Governmental and private advocates for the public interest in civil litigations: a comparative study. Access to justice — Promissing institutions, coordenação de CAPPELLETTI E WEISNER, 1979, Milano, Giuffrè, sigthoff and noordhoff, alpehen aan den rijn, vol.II, tomo II, nota 280, p. 832/3.

3 A ação civil pública

Promulgada a Lei n. 7.347/85 e posteriormente a Constituição Federal em 1988, seguindo-se diplomas legislativos que versaram acerca da tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, passou a população a ter uma proteção mais eficaz quanto aos seus maiores bens. Em especial quanto ao Ministério Público, perpétuo defensor da sociedade, uma infinidade de ações civis públicas foram propostas para a proteção dos mais diversos bens supra-individuais, em especial para a proteção do meio ambiente, do patrimônio público e do consumidor.

“A ação civil pública é o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional.”²⁸

Em 1985, mais precisamente em 24 de julho, foi editada a Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Este diploma legislativo possibilitou que os interesses metaindividuais ou transindividuais pudessem ser objeto de tutela jurisdicional, em contraposição ao ordenamento jurídico até então vigente que possibilitava apenas a tutela dos interesses individuais.

Senão o bastante, a promulgação da Carta Constitucional de 1988 veio a corroborar a tutela destes interesses transindividuais, estabelecendo metas políticas no seu preâmbulo, como no art. 5.º, XXXV, ao dispor que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No art. 129, III, anota que é função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Até mesmo antes disto, os autores do anteprojeto da LACP, não tinham em mente a ampliação dos legitimados para a sua propositura, o que acabou ocorrendo em virtude do art. 5.º da LACP, deixando, portanto, de ser o Ministério Público o único legitimado para sua propositura.

Na realidade, a LACP tratou de inaugurar um microsistema, diverso daquele implantado pelo Código de Processo Civil, onde este basicamente tratava das relações individuais, ao passo que o novo microsistema baseia-se na resolução dos conflitos de massas, inicialmente discutindo apenas os interesses difusos.

Foi assim que o microsistema deixou de recepcionar, *a priori*, alguns

²⁸ MILARÉ, Édis. A ação civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 6.

institutos do Código de Processo Civil, em tese contrários à sua *ratio*, contudo valendo-se da iniciativa de adotar as regras do CPC compatíveis com suas finalidades.

3.1 Princípios da ação civil pública

A ação civil pública possui princípios específicos que devem ser rigorosamente obedecidos para o regular desenvolvimento do processo. Como já visto, o art. 5.º, da Lei n. 7.347/85, enumera os entes que podem figurar no polo ativo da relação processual. Contudo, os princípios que passaremos a analisar não se aplicam aos entes elencados, e sim apenas ao Ministério Público, figurando inclusive como dever funcional, art. 129, III, da Constituição Federal e art. 25, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, n. 8.625/93.

a) Princípio da Taxatividade: Consiste em dizer que as hipóteses em que o Ministério Público pode agir são de enumeração taxativa, *numerus clausus*, não se podendo falar em interpretação extensiva. São, portanto, aquelas previstas na lei de ação civil pública no seu art. 1.º, e nos demais diplomas que versem sobre a proteção destes supradireitos, a exemplo do que veio a ocorrer no art. 81, do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90. Este princípio é exceção ao princípio dispositivo, pelo qual o direito de ação é subjetivo e ilimitado, não sendo cerceado.

b) Princípio da Obrigatoriedade: Este princípio aplica-se para o Ministério Público, como dever institucional, não se estendendo aos demais legitimados em vista de que estes agem de acordo com a sua discricionari-idade e oportunidade. De acordo com este princípio, o Ministério Público se vê obrigado a propor a ação civil pública numa analogia com a ação penal pública incondicionada, isto quando se verifica do fato elementos de probabilidade da existência de lesão ou perigo de lesão do bem tutelado. Contudo, há casos em que se opera uma flexibilidade do princípio, de forma que em se realizando o ‘ajustamento de conduta’, instrumento trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 113, § 6º, dando nova redação à Lei n. 7.347/85, revestindo-o com força de título executivo extrajudicial, deixa de ser prescindível a propositura da ação civil pública. Frisa-se que tal limitação do princípio da obrigatoriedade só poderá se verificar nas situações permissivas em lei.

Contudo a litigância de má-fé continua a gerar controvérsias entre a doutrina e jurisprudência. Para alguns, entre eles Nelson Nery Júnior, é possível a condenação do Ministério Público, na pessoa de seu membro,

como litigante de má-fé, desde que tenha o mesmo agido com expressa má-fé, dolo ou culpa, obviamente restando provado. Conseqüentemente, se acionado, o Estado responderá pelo ato, sendo-lhe permitido o regresso contra o membro da instituição que realizou tal conduta dolosa.

Noutro sentido, entende-se que não é possível a condenação do “Parquet” como litigante de má-fé, visto que quando promove a ação civil pública o faz amparado no princípio da obrigatoriedade, conseqüentemente, não podendo ser responsabilizado se definitivamente for o pedido da demanda julgado improcedente.

Já para o inquérito civil público, que é peça administrativa e investigativa, tendo como presidente o membro do Ministério Público, similar com o tradicional inquérito policial, não subsiste a obrigatoriedade de sua instauração. Não obstante se exija a fundamentação da decisão que rejeita a notícia do fato que se configura como lesivo à coletividade.

Citando Carnelutti, Nelson Nery Júnior discorre que o mestre processualista mantendo sua rígida posição a respeito do direito de ação, diz que se o Ministério Público é obrigado a propor a ação, que em verdade não é ação propriamente dita, pois pelo aclamado conceito de ação ela se funda no direito subjetivo de se exercício ou não. Mesmo contrariando o mestre, afirma o processualista brasileiro que o pensamento citado não invalida a tese da obrigatoriedade da propositura da ação, pois o que foi observado é a “conceituação dessa atividade do Ministério Público como sendo de exercício ou não do direito de ação, sendo reconhecido o dever do Ministério Público de propor a ação civil.”²⁹

Não se verificando a presença do Ministério Público no pólo ativo da relação processual sua intervenção é obrigatória, art. 5.º, § 1.º, da Lei n. 7.347/85, como aliás já o fizera o art. 82, do Código de Processo Civil, sob pena de ser decretada a nulidade do processo.

c) Princípio da Indisponibilidade: por este princípio o Ministério Público não pode desistir da ação, da liquidação ou da execução do título, proposta por ele ou por outrem, ainda que este a abandone.

3.2 A legitimidade do Ministério Público para agir

Ainda, o texto original da Lei n. 7.347/85, fixou as pessoas legítimas para a sua propositura, como sendo o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, suas autarquias, empresa pública, fundação, soci-

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública. Revista de Processo, nº 31. São Paulo: RT, p. 224/232.

idade de economia mista e a associação, que esteja constituída ao menos um ano e que inclua entre suas finalidades a proteção aos interesses difusos.

De acordo com o rol taxativo previsto no art. 5.º da lei retro citada, as pessoas físicas não possuem legitimidade para a propositura da ação civil pública para a tutela dos interesses difusos e coletivos. Contudo, tais pessoas podem se servir da ação popular constitucional prevista no art. 5.º, LXXIII, da Magna Carta, onde qualquer cidadão é parte legítima para buscar a tutela jurisdicional dos interesses previstos no dispositivo, bastando para tal apenas a comprovação do “status” de cidadão, através do título de eleitor, ou como aponta moderna corrente doutrinária, desnecessário inclusive a prova da cidadania, por entender que todos têm acesso ao exercício de determinados direitos, como v.g. meio ambiente equilibrado, art. 225, da Constituição.

Acatando o pensamento supra, como dito anteriormente, quando se verificasse situação de desconformidade na tutela ambiental propositadamente causada pelo autor da ação, restaria apenas o ingresso deste terceiro no processo, v.g. assistência qualificada, mas de qualquer forma, ingressando no processo na fase em que este se encontrar, daí o receio do apego às regras processuais e, para mim, do próprio obstáculo do acesso à justiça.

O espírito da nossa moderna Constituição se pauta diante de uma visão progressista, no sentido da defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, sem prejuízo dos direitos de cunho eminentemente privado.

Cappelletti, em sua obra “Acesso à Justiça” revela que o interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou, em especial nos países do mundo Ocidental, a três posições básicas, as quais são descritas como ondas renovatórias do Acesso à Justiça, que tiveram início basicamente a partir da década de sessenta, sendo elas:

a) assistência Judiciária para os pobres; b) representação dos interesses difusos; e c) do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça — Um novo enfoque de Acesso à Justiça.

Conclui o renomado processualista Italiano: “O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.³⁰

³⁰ Op. cit. p. 31.

Na mesma linha de raciocínio, Dinamarco descreve as fases históricas do direito processual, como sendo:

a) Sincretista ou Privativista, que perdurou até 1868, quando o alemão Oskar Von Bülow por intermédio de sua consagrada obra “Die von der Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen”³¹, demonstrou existir relação jurídica processual independentemente de relação jurídica material.

b) Autonomista ou Conceitual, onde o processo era visto mais pelo lado estritamente formal.

c) E a atual, conhecida como fase Instrumentalista, onde o processo é um instrumento meio de realização de justiça por intermédio dos escopos jurisdição (sociais, políticos e jurídico), ressaltando que já se afirmou que o divisor de águas entre essas duas últimas fases se vislumbra na obra “A Instrumentalidade do Processo”, do mencionado jurista brasileiro.

Diz Dinamarco: “Tal é a idéia de acesso à justiça, que constitui a síntese generosa de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo. Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível (n. 37). A propósito, afirma-se energeticamente que a própria instrumentalidade do processo, como método, não exaure a sua missão se não for capaz de efetivamente conduzir ao aperfeiçoamento do sistema, na sua vivência cotidiana. O ciclo doutrinário desta fase instrumentalista já se fez o que lhe cumpria e este estudo mesmo é uma síntese do que a respeito foi construído com muito brilho e criatividade pelos processualistas da escola contemporânea. Agora, mãos a obra: é preciso, (a) de uma lado, dotar o sistema de instrumental bastante ágil e rente à realidade e (b) de outro, influir no espírito dos operadores do sistema, para que empreguem o novo instrumental e também o velho, com mentalidade nova. Sem mentalidade instrumentalista nos juízes, advogados e promotores de justiça, não há reforma que seja capaz de ter alguma utilidade”³².

Destarte, do sincretismo ao instrumentalismo, de Bülow a Cappelletti, do absolutismo à democracia, o direito processual foi colocado no quadro das instituições políticas e sociais da nação.

Dentro dessa retomada de visão, o constituinte pátrio não ousou em

³¹ La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964, p.

³² A Instrumentalidade do processo. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 459.

titubear, tanto que se pode falar hoje em direito constitucional processual.

No que se refere a esta nova ordem constitucional-processual, incumbiu-se ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, “caput”).

A interpretação da Constituição, nesse aspecto, desde que se trate de direitos sociais ou individuais indisponíveis, deve ser ampliativa e não restritiva, já que o próprio artigo 5.º, inciso XXXV, consagra como sendo direito e garantia fundamental, o acesso à justiça, pois determina: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Restringir o rol de atribuição do Ministério Público na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis pela intenção do legislador, é se postar contra a processualística moderna, contrariando a visão instrumentalista do processo, além de estar impedindo o povo, seja coletivamente ou individualmente falando, de se valer de um de seus direitos mais fundamentais, qual seja, o do Acesso à Justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da C.F.) e a uma ordem jurídica justa.

E mais: o artigo 127, “caput”, da Constituição da República Federativa do Brasil, é claro ao afirmar que ao Ministério Público incumbe, repita-se, a defesa também dos interesses individuais indisponíveis.

Difícilmente poder-se-ia compreender o vocábulo “defesa”, dentro de um paradigma referente, tão-somente, à função de fiscal da lei — *custos legis*. Leciona Antônio Cláudio da Costa Machado: “...Como *custos legis*, a instituição não é autorizada a deduzir uma pretensão material contra alguém; nem a defender alguém contra a pretensão que outrem lhe tenha deduzido; nem lhe é facultado prestar assistência a quem quer que seja...”³³

Ora, outorgar ao Ministério Público tal atribuição, sem lhe possibilitar a condição necessária ao seu exercício, seria o mesmo que entregar a um exército, que tem o dever de defesa da Pátria, um armamento desprovido de munição; o que seria ilógico.

Essa defesa constitui mais, significa que o Ministério Público tem o dever-poder de agir e inclusive com uso do direito de ação, para a proteção desses direitos.

É o que se extrai do texto constitucional, ao afirmar que incumbe ao Ministério Público, no sentido de ser um dever, conforme pode-se obser-

³³ A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 283.

var de uma interpretação, seja literal, teleológica e sistemática, do referido dispositivo.

Questiona-se, outrossim, se seria possível o “Parquet” exercer o seu dever-poder de defesa dos interesses individuais indisponíveis, sem o uso do historicamente consagrado direito de ação, com todas as suas condições.

Convém salientar, também, que direito indisponível é todo aquele regulado por uma norma cogente, imperativa, de ordem pública, cujo exercício, por sua natureza, não depende exclusivamente da vontade de seu titular (cf. *in* RF 254/203); enquadrando aqui, perfeitamente, o direito à filiação.

Citando Antônio Cláudio Costa Machado, “por certo, o ser indisponível ou inalienável qualidade que a ordem jurídica atribui a certos direitos independentemente da sua natureza, isto é, independentemente da natureza da relação jurídica em cujo ventre tais direitos são gerados. A indisponibilidade não se discrimina. Tanto é indisponível o direito privado como o direito público regido por lei de ordem pública. O que importa é a essencialidade social do direito, o que não é exclusivamente de nenhum ramo jurídico. Logo, qualquer direito indisponível merece a tutela processual do Ministério Público”.³⁴

Primeiramente, reafirma-se que nesta nova fase instrumentalista e de acordo com o espírito progressista da nossa Magna Carta, seria um des-pautério dar interpretação restritiva às atribuições constitucionais do Ministério Público, pois ele “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, *ex vi* do artigo 127, *caput*.”

Restringir o exercício desses misteres a hipóteses taxativas é retirar da sociedade e da democracia um dos principais canais de proteção e viabilização de direitos essenciais ao processo histórico de democratização.

De novo, retorna-se a Cappelletti, quando ele constata e realça a terceira onda renovatória do acesso à justiça, como sendo “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça — Um novo enfoque de Acesso à Justiça; devendo, nesse contexto, serem interpretadas as atribuições do *Parquet*, ou seja, o Ministério Público no exercício das suas atribuições se coloca como sendo um dos canais essenciais de acesso à justiça. Restringir tais atribuições é restringir o povo de

³⁴ Op. cit., p. 20.

um de seus direitos fundamentais.

Assim, o inciso III, do artigo 129, da Constituição Federal, quando traz como atribuição promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, não é norma de encerramento a esgotar, nessa área, as hipóteses de substituição processual por parte do Ministério Público, em prejuízo dos interesses individuais indisponíveis, cujo dever-poder de proteção por essa Instituição já está garantido no 127, “caput”.

Por conseguinte, quando o referido artigo 129, no seu inciso IX, diz que é função institucional do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas”, significa dizer que essa norma é de encerramento no sentido de coibir a representação judicial dos interesses disponíveis, pois, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis é seu dever-poder pelo próprio comando constitucional, podendo-lhe, inclusive, conforme se observa do dispositivo, serem conferidas outras atribuições, desde compatíveis com as suas finalidades institucionais.

Nesse diapasão, leciona Hugo Nigro Mazzilli: “Importante é anotar que tal dispositivo é norma de encerramento, que permite à lei infraconstitucional atribuir-lhe outras funções (o que, aliás, é de todo previsto no § 5º do art. 128). Contudo, nenhuma das novas atribuições infraconstitucionais poderá fugir da destinação institucional do Ministério Público, o que, a nosso ver, lhe veda a defesa de interesses exclusivamente individuais disponíveis (cf. art. 127, caput)”.³⁵

Desta forma, para aqueles que entendem faltar legitimidade ao Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos por serem os mesmos disponíveis, a resposta correta à questão encontra-se na Carta da República, quando prescreve que os membros do *Parquet* poderão desenvolver outras atividades desde que compatíveis com os fins da instituição.

Topograficamente, restaria ainda a análise de que quando da promulgação da Constituição Federal não havia ainda entre nós a expressão direito ou interesse individual homogêneo, ainda que espécie do gênero interesse coletivo, eis que só foi trazida ao ordenamento positivo quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Apenas a título histórico, a Lei n. 6.938/81, outorgava legitimidade

³⁵ O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 119.

apenas para o Ministério Público promover a ação civil em prol da defesa do meio ambiente, rol que acabou sendo alargado pela Lei da Ação Civil Pública e leis seguintes que lhe deram nova redação.

3.3 Dispositivos Ampliativos da ação civil pública.

Se se considerar que o embrião da atual ação civil pública foi a previsão da ação civil da Lei n. 6.938/81, que traça a Política Nacional do Meio Ambiente, é certo que mesmo após a promulgação da Lei n. 7.347/85, novas leis foram promulgadas, notadamente para ampliar os seus contornos. Citam-se a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, destinada à defesa das pessoas portadoras de deficiência física; Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que criou a ação civil pública para responsabilizar os agentes causadores de danos aos investidores no mercado de valores mobiliários; Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabelecendo o Código de Defesa do Consumidor, e porque não relacionar como espécie de Ação Civil Pública a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispôs sobre os atos de improbidade administrativa; Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, por infração da ordem econômica e economia popular; Lei n. 10.257/2001, de tutela à ordem urbanística; e mais recentemente, a Lei n. 11.448/2007, que reorganizou a titularidade para a propositura da ação civil pública e incluiu a Defensoria Pública.

A se compulsar a Lei da ação civil pública, aponta-se que os diplomas legislativos referidos, ou passaram a dar nova redação à lei, v.g. art. 1º, IV e V, ou podem com esta se combinar para a aplicabilidade homogênea, como é o caso do art. 17, da Lei dos Atos de Improbidade Administrativa que importam em prejuízo ao erário e à moralidade pública, merecendo melhor visualização da lei e suas alterações.

Por fim, dentre todos os dispositivos acrescidos à Lei da Ação Civil Pública, para grande parte da doutrina, o de maior destaque foi a inclusão do interesse coletivo como objeto de tutela por parte desta ação. Conforme redação anterior, apenas os direitos difusos eram objeto de tutela por parte deste diploma legislativo, como também foi este o dispositivo que mais polêmicas gerou acerca do assunto por parte de uma doutrina conservadora, firmando convencimento de que tanto o legislador constituinte quanto o legislador ordinário do Código de Defesa do Consumidor, não utilizaram de boa técnica quando da elaboração dos diplomas legislativos, ou ainda, que foram além do conteúdo da Lei n. 7.347/85.

3.4 A prova

A regra imposta pelo sistema do Código de Processo Civil no seu art. 333, I, é a de que o ônus da prova cabe ao autor, cabendo ao réu fazer prova de fato extintivo ou modificativo deste direito, conforme inciso II. Conseqüentemente, se o autor não produz a prova ou se esta é falha, acarretará a improcedência de seu pedido, neste caso, afastando-se inclusive a contraprova que o réu poderia produzir ao longo do processo.

De outro lado, como já comentado anteriormente, diverso é o sistema adotado pela Lei da Ação Civil Pública. Em se considerando a integração dos sistemas da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, art. 21 da LACP com a redação dado pelo art. 117 do CDC, e em especial no tocante a prova, pelo que o art. 6.º, VIII, possibilita a inversão ‘ope iudicis’ da prova, isto porque o espírito da lei é a da “facilitação da defesa de seus direitos (consumidor), em se verificando a verossimilhança da alegação do consumidor e sua hipossuficiência.”³⁶ Torna-se inerente à ação civil pública a inversão do ônus da prova.

Acerca do termo hipossuficiência, este não estaria indicado apenas para aqueles em condições econômicas precárias, mas sim para aquele que de contrapartida com seu antagonista, se verificaria em condições de inferioridade.

Para tanto um simples exemplo soluciona a questão acerca da acepção da palavra. Cita-se que um advogado bem sucedido, por hipótese, é hipossuficiente em assuntos de informática, logo, em havendo litígio judicial versando sobre matéria consumerista, não lhe caberia o ônus da prova, mas sim o seu antagonista, v.g., um técnico, uma revendedora de produtos etc.

Já para o meio ambiente, a nosso ver, muito mais propositada é a inversão do ônus da prova. Se se considerar que do lado ativo da relação processual encontram-se os legitimados do art. 5.º da LACP, v.g., uma associação de proteção ambiental, e de outro uma grande empresa multinacional com atividades envolvendo materiais químicos, que por sinal despeja seus dejetos em córrego que acaba por desaguar num Rio abastecedor de uma cidade, seria de fácil constatação as dificuldades que esta associação reuniria. Primeiro para a própria propositura da ação em face da hipossuficiência que normalmente ronda esta pessoa jurídica, o que lhe

³⁶ WATANABE, Kazuo “et alii”. op. cit., p.495 e ss.

dificulta também um acesso a profissionais especializados; em segundo plano, o custo que a prova pericial-laboratorial acarretaria para a mesma, incluindo-se assistente-técnico etc. Por derradeiro e não menos importante, compreende-se como elemento a caracterizar a inversão do ônus probatório os princípios da prevenção e da precaução, próprios do Direito Ambiental.

Conclui-se, de antemão, que as dificuldades são de diversas ordens e inibem ou dificultam o pleno acesso à justiça. De outro lado, a empresa muito bem posta, assistida por advogados preparados, de corpo técnico adequado para inviabilizar ou mistificar a própria prova ou seus resultados, além do esgotamento dos graus de instância constitucionalmente estabelecidos, protelando-se assim a tutela do ambiente.

Portanto, da forma concebida pela lei acerca do assunto, possibilita-se que o inferiorizado material e processualmente, possa buscar o acesso à justiça, especificamente às tutelas do meio ambiente, consumidor etc. E, a bem da verdade, tal premissa se estende a todos os legitimados, haja vista que até mesmo o Ministério Público, autor por excelência da ação civil pública, também reúne dificuldades de produzir a prova, sequer possui dotação orçamentária para prover este tipo de despesa, sendo necessária muitas vezes a realização de convênios com universidades e outras organizações com o afã de que estas possam realizar os exames e perícias, que na maioria das vezes se avolumam em grande quantidade de dinheiro etc.

Contudo, este posicionamento ainda não foi adotado pacificamente por parte dos tribunais superiores, até mesmo contrariando dispositivo legal, mas aguarda-se que, com a evolução normal do assunto, em breve a inversão do ônus da prova em matéria de direito difuso e coletivo estará sobejamente materializado.

3.5 Liminares

A medida liminar é provimento cautelar, provisório, admitido pela Lei de Ação Civil Pública, no seu art. 12, ‘caput’, podendo o pedido se verificar no corpo da inicial, “initio litis” ou “ab ovo”, ou no transcurso do processo, mediante expresso requerimento do legitimado ativo, desde que configure motivo relevante e devidamente fundamentado, para a tutela de um interesse difuso e ou coletivo, sem o que, impossível ou de difícil reparação será o prejuízo causado pelo sujeito da ação ou omissão.

A liminar a ser requerida consiste na autorização ou abstenção da prática de um ato ou de qualquer outra prática inerente à tutela do direito

discutido, podendo, ainda ser cumulado com as “astreintes” (palavra de origem francesa onde o descumprimento do preceito implica em multa diária) devendo ser arbitrada em valor que iniba o agente infrator de atuar com a conduta lesiva ao direito difuso e ou coletivo.

Importante ressaltar que também a liminar é possível de concessão nas ações cautelares, sejam elas de natureza satisfativa, ou preparatórias, como muito bem lembra Mazzilli.³⁷

À previsão da cautelar feita na Lei da Ação Civil Pública somem-se as tutelas de urgência previstas nos arts. 273 e 461, do Código de Processo Civil.

Para a sua concessão, mister ressaltar que dispensável é a justificação prévia, embora esta decisão seja passível de interposição de recurso de agravo, por instrumento ou retido nos próprios autos. No primeiro, prevê o art. 527, do CPC, a concessão do efeito suspensivo. Outrossim, entende boa parte da doutrina que se traduz numa verdadeira incongruência a possibilidade de concessão da liminar em decisão interlocutória a favor da tutela supraindividual, porém contra esta conceder-se efeito suspensivo em razão da interposição de recurso, de forma a não se tornar exigível o preceito antes determinado.

Com a edição da Lei n. 8.437/92, em seu art. 4.º, possibilitou-se ao Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público, requererem ao Presidente do Tribunal competente a suspensão da execução da liminar, havendo notório interesse público ou eivado de flagrante ilegitimidade e ou para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, aplicando-se também para suspender a execução de sentença pendente de recurso.

Ao mais, as regras acerca da liminar obedecem à legislação processual vigente, podendo ser esta revogada no transcurso do processo se assim se convencer o magistrado, ou como firma convencimento Mazzilli, “entendemos, porém, que em casos excepcionais, convindo ao interesse público, pode o juiz condicionar a revogação da liminar ao trânsito em julgado da sentença de improcedência — o que se explica pelas conseqüências muitas vezes irreversíveis dos danos a valores de que cuida a Lei da Ação Civil Pública.”³⁸

Considerando-se o permissivo do art. 19 da Lei da Ação Civil Pública, que prevê a adoção de dispositivos do Código de Processo Civil, desde

³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Opus cit.*, p. 32.

³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Opus cit.*, p. 311.

que não contrários ao seu sistema, firma-se que foi de grande avanço para a defesa dos metaintereses a reforma havida no Código de Processo Civil, mormente a dos arts. 273 e 461, § 3.º, que instituiu a tutela cautelar e tutela antecipatória. Não se olvide que a tutela cautelar tem por finalidade assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, bem como a viabilidade do direito afirmado pelo autor.

A tutela antecipatória (CPC 273 e 461, § 3.º) objetiva adiantar os efeitos da tutela de mérito, mediante pedido do autor, de seu assistente ou do Ministério Público. Pode ser fundada na urgência (CPC 273 I) ou no abuso do direito de defesa pelo réu (CPC 273 II). Ainda que baseada na urgência, não tem natureza cautelar.³⁹

Explica Nery Júnior que “a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução “*latu sensu*”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas “cautelares satisfativas”, que constitui em si uma “*contradictio in terminis*”, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, “*ipso facto*”, não é cautelar.”⁴⁰

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos.⁴¹

Em face destas considerações, percebe-se a amplitude da tutela antecipatória em vista da liminar prevista na Lei da Ação Civil Pública, onde por esta, verdadeiramente, o que ocorre é a antecipação da sentença de mérito. A título ambiental, na hipótese de um degradador ambiental, este estaria obrigado a iniciar a reparação até mesmo antes de ser prolatada sentença de mérito.

Evidenciado, portanto, o grande avanço da tutela de massa com a reforma processual havida, e ao dizer de Antonio Cláudio Costa Machado, “Este novo art. 273 corresponde ao maior e, também, ao mais perigoso de

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo: RT, 1995, p. 121.

⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 51.

⁴¹ MARIONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. Revista de Processo, v. 69. São Paulo: RT, 1992, p. 99 e ss.

todos os avanços introduzidos pela chamada reforma do processo civil.”⁴²

Resta efetuar-se a distinção entre os preceitos, posto que ao se tratar de obrigação de fazer ou não fazer, há de aplicar-se a tutela específica mencionada no art. 461, do CPC.

Por fim, as liminares previstas na Lei de Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor, apresentam uma natureza eminentemente cautelar. Isto porque as duas espécies de ações já trazem em seu bojo a cautelaridade na forma de proteção ao meio-ambiente, bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e ao consumidor, contra eventuais danos.⁴³

3.5 Fundo para reconstituição do bem lesado

A Lei de ação civil pública criou um fundo específico no art. 13, e assim o fez para abrigar as condenações havidas em dinheiro. O fundo será estadual e federal.

Acerca dos valores anotados e devidos, seja em razão de ter sido concedido a liminar “initio litis”, ‘astreintes’, no transcurso do processo, ou proveniente de condenação fixada em sentença, ambos serão devidos até mesmo antes do trânsito em julgado.

Conclusão

O microsistema processual iniciado com a promulgação da Lei n. 7.347/85, Lei de ação civil pública, e emendado com o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, rompe com o classicismo ortodoxo do Código de Processo Civil, voltado à resolução dos conflitos individuais, e dirige-se à promoção dos interesses difusos, coletivos e individuais-homogêneos, também conhecidos como direitos de 3ª geração.

Os direitos de massa ou supra-individuais ganham importância a partir da redemocratização do país dada pela promulgação da Constituição Federal e estabelecimento das garantias fundamentais.

Significa dizer que se estabelece no pólo ativo da relação processual o autor-popular, dentre os quais o Ministério Público. Incumbido pela Constituição Federal e leis internas de organização este órgão especializa-se na promoção da ação civil pública.

⁴² A reforma do processo civil interpretada. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19.

⁴³ LARA, Betina Rizzato. Liminares no processo civil. São Paulo: RT, 2ª ed., atual. 1994, p. 182.

Por sua vez, o rol apontado no art. 1.º, da Lei 7.347/85, de direitos difusos, coletivos e individuais-homogêneos, não é taxativo, o que implica dizer que a descrição plena encontra-se elencada no texto constitucional, e o legislador infraconstitucional não pode introduzir hipóteses de impedimento ao seu não exercício e proteção através da ação civil pública. Ao contrário, por se referir à proteção de verdadeiros direitos fundamentais, a interpretação a ser dada às hipóteses de tutela através do processo e dispositivos normativos só poderá ser a extensiva, havendo de se configurar todo o sistema para a efetiva realização destes novos direitos.

Referências

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação civil pública**. São Paulo: Aide, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. **Rivista di diritto processuale**, 30, 1975.

_____. Governmental and private advocates for the public interest in civil litigations: a comparative study. **Acess to justice** — Promissing institutions. Coord. de Cappelletti e Weisner. Milano: Giuffrè, 1979. Vol. II. Tomo II.

_____. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi. **Rivista di diritto processuale civile**, 1974.

_____. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. **Participação e processo**. Coord. de Ada Pellegrini e outros. São Paulo: RT, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 2ª ed. São Paulo: RT, , 1990.

_____. **A reforma do processo civil interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ, Antonio Augusto Melo de Camargo; NERY JÚNIOR, Nelson E MILARÉ, Edis. **Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. Lei 7.347/85 — **Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: RT, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interesses difusos. **Enciclopédia Saraiva de direito**. V. 45.

_____. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, 1984.

MELLO JÚNIOR, João Cândio de Melo. O conceito polêmico de interesse público. **Jus — Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais** — nº 17, 1994.

LACERDA, Galeno. Ação civil Pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, nº 19. Porto Alegre, 1986.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: RT, 2ª ed., atual. 1994.

MACHADO, Antônio Cláudio Costa. **A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesse difuso. Conceito e legitimação para agir**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1994.

MARIONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. **Revista de Processo**, v. 69. São Paulo: RT, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: RT, 6ª ed., rev., ampl. e atualizada. 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

MILARÉ, Édís. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. A ação civil pública. **Revista de Processo**, nº 31. São Paulo: RT.

_____. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: RT, 1995.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “Habeas Data” — Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954.

VIGORITI, Vincenzo. **Interesi collettivi e processo — La legittimazione ad agire**”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

VON BÜLOW, Oskar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.