

Interesses Difusos e Coletivos⁽¹⁾

Rodolfo de Camargo Mancuso

Doutor em Direito e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo.

Sumário: 1. O acesso à Justiça dos interesses metaindividuais. 2. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3. O rol dos interesses metaindividuais jurisdicionáveis e sua afetação aos co-legitimados ativos. 4. Ainda o objeto da ação civil pública; a defesa do erário.

1. O acesso à Justiça dos interesses metaindividuais

O gradativo acesso à Justiça dos chamados interesses metaindividuais vem provocando sensíveis reflexos em pontos fundamentais do

(1) Palestra proferida em 07/03/97, no evento "Semana Inaugural", da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

tripé em que se assenta o Direito Processual Civil: Ação, Processo e Jurisdição.

A ação judicial, quando serve à veiculação de pretensões de natureza coletiva (v.g., ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo), perde seu tradicional caráter individualístico (conflitos intersubjetivos, tipo Tício versus Caio), passando a operar como instrumento de mediação entre os conflitos de massa, envolvendo interesses plurissubjetivos assim canalizados ao Poder Judiciário. Para que se guarde proporção entre o largo espectro desses interesses e os agentes que deles podem se fazer portadores ("ideological plaintiffs", no direito norte-americano), é que a legislação brasileira previu uma legitimação ativa de tipo concorrente – disjuntivo (M.P., entes políticos, órgãos públicos, associações), atendendo, desse modo, à diretriz constitucional de uma democracia participativa, (vg. arts. 5º, XXI e LXXIII; 216, § 1º, 225, e, especialmente, art. 129, III e § 1º).

O processo, a seu turno, quando formado por uma relação jurídica cujo objeto é um bem de natureza coletiva (meio ambiente, consumidores, patrimônio público), também se modifica em relação à sua configuração habitual – de uma relação jurídica que acompanha, "em paralelo", correspondente relação de direito material – passando a ter por objeto valores que desbordam das órbitas individuais dos contraditores postados nos polos ativo e passivo. Assim, nos processos de tipo coletivo há um agente autorizado a pleitear em proveito de coletividades mais ou menos vastas, ou mesmo da comunidade como um todo⁽²⁾, de sorte que os efeitos da tutela judicial se projetarão ao longo da correspondente extensão do interesse metaindividual objetivado ("difuso"; "coletivo em sentido estrito"; individual homogêneo"), conforme a espécie.

A Jurisdição, enfim, que em sua concepção tradicional ora se apresenta como Poder (o "Judiciário") ora como Função (a "distribuição da justiça"), ora como Órgão (a "máquina judiciária"), ao ser instada a prover sobre demandas de caráter coletivo, transmuda seu tradicional "modus

(2) Nelson Nery Jr. e Rosa Nery preferem falar em "legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis), ordinária". (Código de Processo Civil, comentado, 2ª ed., RT, 1996, p. 1414)

operandi", de singela subsunção do fato à norma de regência, para entrar em ponderações outras, de cunho sociológico, cultural, político e econômico, assim mais se aproximando da realidade tangível e se oferecendo, pois, como relevante instrumento para uma ordem jurídica "justa" e não apenas "jurídica". Seja, por exemplo, o momentoso fenômeno das ocupações de propriedades rurais pelos grupos chamados "sem-terra", levando o aplicador do Direito a repensar os institutos da posse e da propriedade, notadamente buscando atualizar o conceito atual da expressão "função social da propriedade" (CF, art. 170, III), como condição para o trato de fenômenos coletivos, que empolgam antagônicos interesses de massa. Ou ainda, as controvérsias de grande porte, envolvendo as relações de consumo largamente disseminadas em sociedade, bem como as demandas coletivas que levam o Judiciário a ter que fazer escolha entre valores primários, como sóe ocorrer em matéria de meio ambiente.

Toda essa renovação do trinômio "ação - jurisdição - processo" hoje reflui para um melhor atendimento da "instrumentalidade do processo", tema tratado monograficamente por Cândido Rangel Dinamarco⁽³⁾, e sintetizada em cinco tópicos, por José Carlos Barbosa Moreira:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;*
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;*
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;*

(3) "A instrumentalidade do processo", ed. RT, São Paulo, 1987.

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.⁽⁴⁾

Em suma, hoje não há negar reconhecer que o trinômio responsável pela aplicação do Direito Objetivo “in concreto” – o processo, a ação e a jurisdição – somente se respalda de legitimidade na medida em que contribua, decisivamente, para a boa gestão do bem comum. No caso, o “produto final” que se espera de toda atividade judiciária há de ser uma resposta de boa qualidade, ou seja: justa, jurídica, tempestiva e econômica. Essa contribuição será ainda mais significativa quando ela se operar no âmbito da jurisdição coletiva, onde o largo espectro dos interesses em conflito potencializa a eficácia do comando judicial, projetando-o “erga omnes” ou ao menos “ultra partes”, em direção a vastos segmentos da sociedade, como se verifica nas demandas que envolvem interesses de massa, como os afíntes aos “aposentados”, aos “poupadores”, aos “mutuários da casa própria”, etc. .

De modo que o acesso à Justiça dos interesses metaindividuais, na medida em que canaliza para o Judiciário os grandes temas sociais, vem propiciando uma releitura da trilogia “ação - processo - jurisdição”, tornando-a mais próxima do jurisdicionado e ensejando que esses três elementos básicos se integrem no esforço comum por uma melhor qualidade de vida e por uma eficaz gestão da coisa pública. Essa contribuição será tão mais significativa quanto se observe a diretriz pela qual as situações eminentemente coletivas, devem ser conduzidas ao tratamento processual do tipo coletivo, evitando-se os percalços e as injustiças que se verificam quando tais ocorrências aparecem fracionadas, atomizadas, numa profusão caótica de demandas individuais.

Vivemos hoje uma realidade francamente coletiva, muito distinta e muito mais complexa do que aquela em que eram priorizadas as ações

(4) “Notas sobre o problema da efetividade do processo”.

“In”... Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques, ed. Saraiva, São Paulo, 1982, p. 203 e 204.

individuais, simbolizadas na clássica relação "Tício versus Caio", resolvíveis em termos de jurisdição singular. Hoje vivemos o tempo dos grandes conflitos de massa, contrapondo interesses plurindividuais de largo espectro. Diante dessa nova realidade, escreve Mauro Cappelletti, *"le vecchie regole e strutture processuali in tema di legittimazione e interesse ad agire, di rappresentanza e sostituzione processuale, di notificazione e in generale di diritto al contraddittorio, di limiti soggettivi e oggettivi della cosa giudicata, cadono come castelli di carta"* ⁽⁵⁾. (grifamos)

2. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Conquanto se possam distinguir os interesses, segundo sua dimensão subjetiva, em "individuais", de um lado, e "meta ou superindividuais" de outro, fato é que, assim como os "individuais" comportam sub-espécies ("interesse simples ou de fato", "meras expectativas", "interesses reflexamente protegidos") assim também se passa com os "meta ou super individuais", que igualmente se decompõem em sub-tipos, enquadrados em "faixas" diversas do universo coletivo: interesses "difusos", "coletivos em sentido estrito" e "individuais homogêneos" (lei nº 8.078/90, art. 81, I, II e III).

De alguns anos a esta parte o legislador brasileiro compreendeu uma realidade que a doutrina já houvera detectado, a saber, que não são apenas as posições jurídicas já normatizadas e subjetivadas que são passíveis de tutela judicial. Ao contrário, são justamente os interesses e valores desprovidos de um "titular" que, sendo socialmente relevantes, merecem tratamento jurisdicional e de tipo diferenciado, dadas as suas peculiaridades. Nesse contexto, escreve Mauro Cappelletti, *"una quantità crescente, per numero e per importanza, di rapporti e di attività, coinvolgono non singoli soggetti soltanto, isolatamente presi, ma gruppi, classi, categorie intere. Interessi tipici di questo mondo nuovo, come quelli alla salute e all'ambiente naturale, hanno carattere "diffuso", "collettivo", poiché non appartengono a singoli individui in quanto tali ma alla collettività. La tutela contro la loro violazione, assume caratteristiche del tutto particolari ed un'importanza ignota finora nella storia delle civiltà e del diritto"* ⁽⁶⁾.

(5) "Formazione sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile". (*Rivista di diritto processuale*, nº 3, (separata) Cedam, Pádua, 1975, p. 388.

(6) "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi".
in "Giurisprudenza Italiana", vol. CXXVII, 1975, parte IV, col. 50.

Assim é que o legislador brasileiro deparou-se com a necessidade de trazer para o âmbito do Direito Objetivo o gênero “interesses transindividuais”, subdividindo-o nas três espécies antes referidas, que na verdade correspondem a diferentes “graus de coletivização”, seja numa perspectiva horizontal ou objetiva (amplitude da projeção do interesse ao interior da sociedade civil), seja numa perspectiva vertical ou subjetiva (expressão numérica dos sujeitos concernentes e bem assim o grau de sua indeterminação - absoluta ou relativa).

Não se trata aí – ao contrário do que uma leitura menos avisada possa sugerir – de nenhuma superfetação terminológica ou preciosismo jurídico, mas, ao contrário, trata-se da necessidade de normatizar, diversamente, realidades efetivamente distintas, embora locadas no grande gênero “interesses metaindividuais”, assim compreensivo das espécies “difuso”, “coletivo em sentido estrito” e “individual homogêneo”⁽⁷⁾.

Para uma boa compreensão do conteúdo de cada uma dessas espécies, é preciso ter em conta que, embora o legislador as tenha relacionado em modo seqüencial, nos três incisos do art. 81 da lei 8.078/90, fato é que há necessidade de distingui-las, conforme a natureza coletiva lhes seja essencial ou contingente, e, no primeiro caso, em qual extensão e compreensão, dentro do “universo coletivo”. Assim é que nos “difusos” e nos “coletivos em sentido estrito” o caráter coletivo lhes é imanente, lhes integra a própria essência, já que pelos respectivos conceitos legais (incisos I e II), se vê que o objeto se apresenta indivisível e os sujeitos concernentes são, em princípio, indeterminados. A diferença específica fica por conta de que, nos “difusos”, por se reportarem a meras situações de fato, aquelas notas revelam-se absolutas (sujeitos absolutamente indeterminados e objeto absolutamente indivisível), ao passo que nos “coletivos em sentido estrito” elas se relativizam, porque os sujeitos – pela circunstância de estarem ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em “grupos, categorias ou classes”, na dicção legal.

(7) Sobre os aspectos conceituais dos interesses metaindividuais, conforme o nosso “Interesses Difusos - conceito e legitimação para agir”, 3ª ed. RT, São Paulo, 1994.

Já outra coisa se passa com os “individuais homogêneos”, porque aí o nome já indica que sua essência é individual, e, se estão elencados no mesmo dispositivo legal (art. 81), na seqüência das duas outras espécies antes referidas, é porque com estas apresentam em comum as notas da uniformidade e da larga expressão numérica dos sujeitos concernentes. Mas, enquanto nos “difusos” e nos “coletivos em sentido estrito” essa uniformidade decorre de sua essência coletiva, já nos “individuais homogêneos” ela advém de circunstância externa, contingencial ou episódica, qual seja o fato deles decorrerem de uma “origem comum”. Assim, numa palavra, os “difusos” e os “coletivos em sentido estrito” são essencialmente coletivos, ao passo que os “individuais homogêneos” recebem tratamento processual coletivo pelo modo uniformizado como se exteriorizam, assim parecendo ao legislador que sua tutela judicial seria mais adequada e eficaz.

Aliás, para se ter uma percepção temporal acerca da abordagem jurídica desse tema, basta considerar que em 1989 José Carlos Barbosa Moreira já falava em “litígios essencialmente coletivos” e “litígios acidentalmente coletivos”, lembrando que o processo está recebendo o impacto da “propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?”⁽⁸⁾

Se se quiser, não haverá mal em dizer que, enquanto os “difusos” e os “coletivos em sentido estrito” devem merecer tutela processual coletiva (v.g., ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) já os “individuais homogêneos” podem sê-lo ou convém que mereçam tutela desse gênero. Com efeito, nos dois primeiros tipos, é sua essência coletiva que não comporta tratamento processual “atomizado”, ao passo que em relação ao terceiro tipo é a uniformidade das posições jurídicas, (embora individuais de per si), que recomenda o trato processual coletivo, até porque, de outro modo, o conflito se pulverizaria em multifárias ações individuais, pondo-se na “contra-mão” do atual estágio evolutivo do processo civil brasileiro, em que se está desestimulando o emprego do litisconsórcio muito numeroso, dito “multitudinário” ou “monstrum”: § único do art. 46 do CPC, acrescentado pela lei 8.952/94.

(8) “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”, in Revista de Processo nº 61, p. 187.

Nesse sentido, bem observou Teori Albino Zavascki que *"há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público"* (9).

Assim é que, por exemplo, é difuso o interesse à defesa do erário público ou à proteção dos mananciais hídricos, ou ainda à coerção da publicidade enganosa; é coletivo em sentido estrito o interesse que aglutina os proprietários de veículos automotores ou os contribuintes de certo imposto; é individual homogêneo o interesse que congrega os pais e responsáveis por alunos matriculados em certo nível de escolaridade, ou os cidadãos participantes de programas para aquisição de bens duráveis, ditos "consórcios", ou ainda os investidores em certa modalidade de aplicação financeira, como os ditos "poupadores".

É sempre importante não perder de vista que é por força de lei que esses interesses metaindividuais foram libertados do "limbo jurídico" (10) em que se encontravam, para se exteriorizarem como posições socialmente relevantes, dignas, portanto, de tutela jurisdicional diferenciada; no caso, a que se faz através das ações coletivas, em sentido largo. Logo, se num caso concreto constata-se que o interesse objetivado é um daqueles já nominadamente "normatizados" (vg. meio ambiente, consumidores) ou então é um outro interesse socialmente relevante, seja em sua essência (difusos, coletivos em sentido estrito) ou em sua exteriorização (individuais homogêneos), não se poderá denegar a tutela judicial através da ação civil pública, ajuizável por qualquer dos co-legitimados ativos. Colocar restrições ou exigências para essa tutela, não autorizadas – na letra ou no espírito – dos textos de regência (leis 7347/85; 8078/90, arts. 81 a 104, 110, 117) é, de um lado, questionar as razões da lei e, de outro, distinguir onde não o fez o legislador.

(9) "O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos". Revista de Informação Legislativa, n. 117, Brasília, jan/mar. 1993, p. 186.

(10) A sugestiva expressão vem utilizada por Anna de Vita, em seu estudo "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese (...)". In "La tutela degli interessi diffusi nell diritto comparato", ed. Gluffrè, Milão, 1976, p. 383.

Ao prever o trato processual coletivo para situações eminentemente coletivas (embora estas comportem a gradação antes referida), pretendeu o legislador atingir, a um tempo, relevantes objetivos:

a) outorgar resposta judiciária isonômica e unitária aos grandes conflitos de massa, onde se controvertem interesses plurissubjetivos de largo espectro social;

b) coartar o tratamento processual atomizado de tais situações, pelo risco de decisões qualitativamente diversas, que acarretam injustiça às partes e descrédito na função judicial;

c) contribuir, poderosamente, para a desobstrução do serviço judiciário, hoje assoberbado pelo constante ajuizamento de demandas individuais, decorrentes da "atomização" ou "fracionamento" de controvérsias que, de outro modo, poderiam e deveriam ser conduzidas em modo processual coletivo. Nesse sentido, Kazuo Watanabe aponta *"o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias"*⁽¹¹⁾.

3. O rol dos interesses metaindividuais jurisdicionáveis e sua afetação aos co-legitimados ativos

Registra-se ainda hoje uma insuperada controvérsia quanto aos interesses metaindividuais que podem ser objeto de ação civil pública: quais são?; quantos são?; estão indicados em "numerus apertus" ou em "numerus clausus"? ; a quem compete defini-los: só ao legislador ou também ao juiz, no caso concreto? A par disso, vem o corolário dessas indagações, no que concerne aos co-legitimados ativos: qualquer deles pode atuar na defesa de qualquer interesse metaindividual, ou cabe distinguir,

(11) "Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense". Revista de Processo, vol. 67, p. 19.

cotejando-se o fim institucional do legitimado e o tipo de interesse objetivado?

Em primeiro lugar, cremos que boa parte dessas indagações se deve ao fato de que o "nomen juris" – ação civil pública – apesar de ter ganho notoriedade a partir da lei 7347/85, aparecia, explícita ou implicitamente, em textos anteriores, situação que se mostrou recorrente nos textos posteriores àquela lei básica. Assim, a precedente lei orgânica nacional do M.P. – nº 40/81, art. 3º, III, já mencionava a ação civil pública; e a lei federal 6938/81 mandava reparar os danos causados ao meio ambiente, atribuindo ao "parquet" o ajuizamento de uma "ação de responsabilidade civil e criminal" (art. 14, § 1º), ação essa que, tirante, naturalmente, as imputações criminais, só poderia ser a civil pública: civil, no sentido de "não penal"; e "pública", tanto por sua finalidade quanto pela natureza de seu agente.

Sobrevindo a lei 7347/85, seu preâmbulo falava em "ação civil pública de responsabilidade (...)" e seu artigo 1º indicava como objeto o "meio ambiente", o "consumidor" e os "bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (incisos I a III). O legislador ordinário, colhendo o ensejo de que o art. 129 da CF sobrevinda em 1988, mencionava a ação civil pública, ajuizável pelo "parquet" (inciso III) e/ou por outros co-legitimados (§ 1º), inclusive em relação a "outros interesses difusos e coletivos" (inciso III, parte final), valeu-se da subsequente promulgação do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), para inserir no art. 1º da lei 7347/85, como inciso IV, uma "cláusula de encerramento" – estendendo a ação a "qualquer outro interesse difuso e coletivo". (Na verdade, tratou-se de uma reinserção, porque no texto original da lei 7347/85 constava aquela expressão, que todavia veio a ser vetada).

Por outro lado, é importante, nessa resenha legislativa, levar na devida conta o fato de que a expressão "interesses individuais homogêneos", surgida na lei 8078/90, art. 81, III, situa-se na parte processual dessa lei (título III), parte essa que se traslada para a lei que rege a ação civil pública "padrão" (7347/85), por autorização constante do art. 117 daquela lei 8078/90 (v. art. 21 da lei 7347/85).

Esses sucessos legislativos precisam ser vistos e compreendidos em sua linha seqüencial, a fim de se evitarem conclusões equivocadas,

como por exemplo, que os interesses individuais homogêneos não seriam, “por definição”, vocacionados à tutela pelo M.P., pelo fato de que já antes não constavam na lei complementar nº 40/81, em vigor à época da promulgação da lei 7347/85, como não constam no art. 129, III da CF, nem tampouco no art. 1º dessa lei 7347/85.

Assim, porém, não nos parece. Primeiro, o campo propício para os interesses individuais homogêneos é o das relações de consumo e é por isso que eles vieram conceituados no Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90 - art. 81, III), valendo lembrar que pelo art. 1º desse Código, suas normas são “de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”: logo, é evidente que se trata de matéria plenamente tutelável pelo “parquet”, a teor do art. 127 da CF. Segundo, tendo tais interesses sido conceituados legalmente em 1990 (lei 8078), não poderiam, mesmo, constar nos textos legais precedentes, inclusive na CF 1988.

Por fim, é preciso dar o devido peso ao fato de que a CF previu uma certa “área complementar”, onde também pode e deve atuar o M.P., a saber: aquelas matérias compatíveis com suas funções institucionais (art. 129, IX).

Parece fora de dúvida que um tema considerado “de ordem pública e interesse social” (art. 1º da lei 8078/90), se enquadra naquela “área complementar” de atuação do M.P., valendo sobrelevar a larga extensão dos conceitos de “consumidor”, “relações de consumo”, “fornecedor”, “produto” e “serviço” (arts. 2º, 3º e §§ do C.D.C.) e, inclusive, o enquadramento do Poder Público como prestador de serviços (art. 22 e § único).

Sucedo que o conceito e a disciplina dos interesses individuais homogêneos não se restringem necessariamente às relações de consumo (embora sua maior incidência nesse campo), senão que se estendem ao objeto da “ação civil pública”, em sentido largo, e bem assim a todos os co-legitimados ativos (art. 82 da lei 7347/85), porque:

- 1) os arts. 83, 90 e 117 da lei 8078/90, interpretados sistematicamente, transportam para o bojo das ações civis públicas a disciplina

processual constante do CDC, onde se inclui o conceito de "interesse individual homogêneo" (art. 81, III) e inclusive o rito para sua tutela judicial específica (arts. 91 a 100);

2) não há previsão legal autorizando exegese restritiva no reconhecimento da legitimação ativa, em função do tipo de interesse metaindividual objetivado, como por vezes se pretende, quanto à cogitada exclusão, "a priori", da legitimação do M.P. quando se trate de interesse individual homogêneo, ou então para tutela do erário público. Quando o legislador quis restringir ou condicionar, ele mesmo o fez, por exemplo, quando exigiu compatibilidade entre o objetivo estatutário da associação autora e a natureza do interesse em lide (CDC, art. 82, IV). No mais, a postura do legislador foi francamente facilitadora do acesso à justiça dos interesses metaindividuais: a) possibilitou a inversão do ônus da prova (art. 6, VII); b) relativizou (art. 28) ou mesmo dispensou (art. 82, III) a exigência da personalidade jurídica; c) previu legitimação ativa de tipo concorrente-disjuntivo (arts. 5º e 82 e incisos); d) dispensou o adiantamento das custas e despesas e restringiu os ônus da sucumbência à hipótese de "comprovada má-fé" (art. 116). Todo esse contexto indicativo da "mens legislatoris" parece dever induzir, por lógica, a uma tendência exegética mais generosa ("benigna amplianda") e não o contrário.

3) o antes afirmado estende-se também em face dos demais co-legitimados ativos, no cotejo com quaisquer interesses metaindividuais, seja porque a própria CF deu essa abertura (art. 129, § 1º, parte final), seja porque a legitimação prevista é do tipo concorrente-disjuntivo. Naturalmente, "modus in rebus", algumas restrições nesse campo são pensáveis, mas na verdade sua raridade acaba por confirmar a regra, como no caso lembrado por José Carlos Barbosa Moreira: *"O Estado do Rio de Janeiro não tem por que propor ação civil pública em relação a um dano ambiental que se limita a Rondônia. Não vejo como seria isto possível. Penso até que seria desastroso, pelos problemas práticos que iria certamente gerar."*⁽¹²⁾

(12) "Ação Civil Pública" (Conferência no STJ em 1992), in Revista Trimestral de Direito Público, (separata), Malheiros Editores, p. 16.

No tocante ao MP, a restrição possível (e até óbvia) que se lhe pode fazer quanto à sua legitimação é quando se trate de um conjunto de interesses individuais puros, ou seja de mera "soma" de interesses individuais, sem nenhuma conotação de "indisponibilidade" e de "interesse social" (CF, art. 127), porque aí não haveria como sustentar que tal tutela se compatibilizaria com a natureza das funções complementares do "parquet" (CF, art. 129, IX). Aliás, a mera "soma" de interesses individuais (por exemplo, de moradores num condomínio horizontal em litígio com a Municipalidade) se resolve em litisconsórcio ativo facultativo, cabendo sua representação judicial a advogado (CPC, arts. 37 e 46). No ponto, nos parece precisa a lição de Kazuo Watanabe: *"Certamente, como bem adverte Andrea Proto Pisani, não se deve restringir a legitimação para agir do Ministério Público apenas aos casos em que esteja presente o interesse geral e indiferenciado de natureza publicista, incumbindo-lhe também tutela dos interesses coletivos específicos de natureza privatística. Mas não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros ou os de um grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja presente, por alguma razão específica, o interesse social), sob pena de amesquinamento da relevância institucional do Parquet, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa "da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF)"*⁽¹³⁾.

É importante o aviso doutrinário, trazendo hipóteses como essas, porque elas dão o contraponto para se escoimar o joio do trigo, permitindo, "por exclusão", a identificação serena e racional dos casos que, malgrado configurem um cúmulo de posições individuais, oferecem certas peculiaridades que justificam o trato processual coletivo e, a partir daí, se libera a legitimação concorrente - disjuntiva prevista no art. 5º da lei 7347/85. No ponto, José Carlos Barbosa Moreira, falando de "litígios acidentalmente coletivos", adverte: *"há casos em que a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto social, um impacto de massa"*.⁽¹⁴⁾ Figure-se hoje,

(13) "Demandas coletivas ...", cit., p. 18.

(14) "Ações coletivas (...)", cit., Rev. de Processo nº 61, p. 188, 189.

por exemplo, a ocupação de uma área rural por mil trabalhadores ditos "sem terra"; indaga-se: o episódio se reduz à mera "soma" de mil condutas individuais, ou, já configura um fenômeno coletivo, dadas as suas repercussões sociais e o risco iminente de conflito armado, tudo a justificar tratamento diferenciado por parte das Autoridades?

Esse ponto veio bem esclarecido por Hugo Nigro Mazzilli: *"Uma coisa seria pôr o Ministério Público em defesa de interesses de, digamos, meia dúzia de consumidores que tiveram seus carros danificados pela maresia, durante sua importação. Nesse caso, não haveria expressão social para justificar a atuação ministerial. Coisa diversa, porém, seria negar "a priori" a possibilidade da iniciativa ministerial para propor, por exemplo, uma ação coletiva que visasse a impedir o inconstitucional bloqueio de cruzados em todo o país (Plano Collor), ou a obter a devolução de tributos ilegalmente retidos ou recolhidos de milhares ou milhões de contribuintes. Nesses últimos casos, negar o interesse da sociedade como um todo na solução desses litígios e exigir que cada lesado comparecesse a juízo em defesa de seus interesses individuais, seria negar os fundamentos e os objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública."*⁽¹⁵⁾.

É extremamente importante trazer ao lume a recente decisão do STF no RE 163.231-3, na Ação Civil Pública movida pelo M.P. contra Associação Notre Dame de Educação e Cultura (DJU 5.3.97, rel. Min. Maurício Corrêa, v.u.) da qual se extraem estes excertos:

.....

"22. Não paira nenhuma dúvida que a recorrida autorizou o aumento das mensalidades contra legem, sendo certo inclusive que há farta prova nos autos de que não se obedeceu à legislação da época quando se reuniu a comunidade escolar, através da Associação de Pais e Mestres, descumprindo-se nuclearmente o que então determinava a Lei nº 8030/90, que disciplinava a forma das cobranças das respectivas mensalidades.

(15) "A defesa dos interesses difusos em Juízo", 7ª ed., Saraiva, 1995, p. 80.

No ponto, cf. o nosso "Sobre a utilização da ação civil pública da lei 7347/85, para fins de desbloqueio coletivo de ativos financeiros", RT 672/260.

23. Procurado o Ministério Público de São Vicente, por alguns pais que tinham dificuldade em arcar com os ônus do aumento, optou o representante do Parquet pela propositura da ação civil pública.

24. Estaria o MPE extrapolando as suas atribuições? Parece-me que não, pois dessa forma procedendo o fez com base no dispositivo constitucional do artigo 129, inciso III, da Carta Política, que a ele assegura a proteção de outros interesses difusos e coletivos, e fundadamente assim estava legitimado não só pela norma constitucional, senão também pelo próprio Código do Consumidor e por sua Lei Orgânica, que ao MP cometeram, dentre outros, o dever de proteger os direitos coletivos.

25. Se o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos, que pelo referido Código são definidos como transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. E é exatamente o que ocorre nestes autos, em que há um objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados pela mesma causa e uma parte contrária, no caso a Associação Notre Dame de Educação e Cultura, que atrai a legitimidade da postulação pela relação jurídica-base.

.....

27. Evidencia-se, quantum satis, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto nascidos de uma mesma origem; ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos, porque na verdade todos da mesma natureza; e como homogêneos são uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente.

28. Ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a "outros interesses difusos e coletivos", outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o Parquet mais do que impelido a promover a ação, pelo dever de ofício, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação, amparados como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205).

31. Tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta, por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para ação civil pública, quando o bem que visa a resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda o abrigo estatal.

32. Assim, conheço do recurso extraordinário interposto e lhe dou provimento para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação." (grifamos).

O critério para o "salto de qualidade" desses interesses uniformizados pela origem comum, que lhes permite a tutela coletiva, não se reduz apenas ao aspecto da expressão numérica dos sujeitos concer-

nentes, ou seja, a óptica quantitativa, mas impende valorizar a base qualitativa, ou seja: quando razões de ordem social, econômica ou mesmo de melhor técnica processual, recomendem o trato processual coletivo da matéria. Nesse ponto, parece correto o enunciado da Súmula de Entendimento nº 7 do M.P. de São Paulo: *"O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico."*

No mais, digno de registro é que, mesmo antes da abertura propiciada pela cláusula – "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo" – (lei 8078/90, art. 110, inserindo inciso (IV) ao art. 1º da lei 7347/85), já se houvera iniciado, ao influxo do disposto no art. 129, III da CF/88, a expansão do objeto da ação civil pública, para assim alcançar a tutela coletiva: dos deficientes físicos (lei 7853/89, arts. 3º e 7º) e dos investidores no mercado de valores mobiliários (lei 7913/89, arts. 1º e 3º). Na sequência advieram outros textos, prevendo a tutela judicial: da criança e adolescente (lei 8069/90); do erário público, "latu sensu", por atos de improbidade administrativa (lei 8429/92, art. 17); da ordem econômica (lei 8884/94, art. 88).

Presentemente, existe projeto de lei objetivando estender a ação civil pública também para a área trabalhista (projeto de lei da Câmara Federal, nº 98/94), valendo lembrar que a CF menciona o "meio ambiente do trabalho" (art. 200, VIII).

De tudo, parece inevitável a conclusão de que os interesses meta-individuais, passíveis de tutela por ação civil pública, estão hoje em "numerus apertus", porque, a par daqueles já normatizados no Direito Objetivo, como os antes relacionados, nada impede que, presente a nota da relevância social, outros venham a merecer igual tutela, por exemplo, os concernentes a certas etnias ou minorias sociais. A estes grupos sociais refere-se Alessandro Pizzorusso: *"gli appartenenti ai gruppi etnico-linguistici hanno rappresentato fino ad oggi, nel loro insieme, soltanto delle "comunità diffuse", ossia delle collettività di persone sprovviste come tali di qualsiasi*

possibilità di azione giuridica, nonostante che lo stesso ordinamento le riconosca come centri di riferimento di un compendio di interessi collettivi giudicati meritevoli di tutela ed in effetti in qualche modo tutelati attraverso l'opera degli organi pubblici o di soggetti che ne assumono la rappresentanza"⁽¹⁶⁾.

Aliás, o direito contemporâneo parece encaminhar-se, decididamente, no sentido da superação de dogmas que até há pouco se tinham como incontornáveis: por exemplo, que as posições jurídicas não subjetivadas ficariam à margem da tutela judicial (a falácia de que *"un interesse che appartiene a molti non appartiene a nessuno, nessuno lo può portare in giudizio"*)⁽¹⁷⁾; ou ainda, a suposição de que personalidade jurídica seria o "passaporte" necessário para a empresa adentrar o mundo jurídico: nosso Código do Consumidor acolheu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica - "disregard of legal entity" - (art. 28) e, bem assim, concedeu legitimação ativa a órgãos públicos desprovidos de personalidade jurídica (art. 82, IV). Enfim, o dogma "nemo ad factum praecise cogi potest" hoje também está contornado, com a previsão legal de "astreintes" e "medidas de apoio", voltadas à consecução da prestação específica da obrigação: CPC, art. 461 e §§, redação da lei 8952/94.⁽¹⁸⁾ Enfim, é a vitória do "ser" sobre o "ter"; é a priorização da relevância social do interesse, sobre a titularidade, subjetivada, desse interesse.

Ou, como bem colocado por José Carlos Barbosa Moreira, *"o uso exclusivo da palavra "direito", semanticamente agrilhoadà à severa tradição dogmática, gera para certas posições de vantagem, desprovidas deste ou daquele atributo inerente ao conceito clássico de "direito subjetivo", o perigo de ver-se relegadas à posição de inferioridade pelo prisma da tutela, no plano constitucional. De outro lado, o adjetivo "individual" sugere tratamento discriminatório, nesse mesmo plano, com relação aos direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) que não se refiram de modo*

(16) "Verso il riconoscimento della soggettività delle comunità etnico-linguistiche?". In "Giurisprudenza Italiana", vol. CXXIV, 1972, parte IV, col. 65.

(17) Mauro Cappellèti, citando Alberto Romano, in "Appunti sulla ...", cit., *Giurisprudenza Italiana*, vol. CXXVII, 1975, parte IV, col. 49.

(18) Cf. o nosso "Considerações acerca de certa tendência legislativa à atenuação do dogma "nemo ad factum praecise cogi potest". In "Processo Civil - evolução - vinte anos de vigência", coord. José Rogério e Tucci, ed. Saraiva, São Paulo, 1995.

específico a um titular – ou a certo número de titulares – nitidamente “individualizados”⁽¹⁹⁾.

Em suma, os interesses plurissubjetivos que comportam tutela judicial coletiva são os que se revestem de relevância social, por consultarem alguns dos valores maiores da sociedade, identificação essa a ser feita “in concreto”, por qualquer dos co-legitimados ativos à ação civil pública. No ponto, cf. Hugo Nigro Mazzilli: *“Atualmente inexistente, portanto, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos. Além das hipóteses já expressamente previstas em lei para a tutela judicial desses interesses (defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das crianças e adolescentes, das pessoas portadoras de deficiência, dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários, de interesses ligados à defesa da ordem econômica) – qualquer outro interesse difuso ou coletivo pode ser defendido em juízo, seja pelo Ministério Público, seja pelos demais legitimados do art. 5º da lei 7.347/85 e do art. 82 do Código do Consumidor.”*⁽²⁰⁾ No ponto, ainda, cf. Nery & Nery: *“O que caracteriza um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva e individual homogênea”*⁽²¹⁾

4. Ainda o objeto da ação civil pública: a defesa do erário

Está ainda bastante viva, na jurisprudência e doutrina, a discussão quanto à viabilidade da ação civil pública para a defesa do erário, e bem assim, positiva que seja a resposta, impende saber se o Ministério Público apresenta legitimação ativa para tal.

Buscando maior objetividade no trato da questão, colocaremos, articuladamente, os possíveis argumentos que podem estar à base da tese contrária à defesa daquele valor através da ação civil pública e, especialmente, quando tal ocorra por iniciativa do M.P., que é o co-legitimado ativo mais atuante na espécie, como o revela a experiência forense. Em seguida, enfrentaremos, de per si, os tópicos dessa pontuação.

(19) Art. cit., in “Estudos de Direito...”, cit., p. 209.

(20) “A defesa...”, cit., p. 100 e 101.

(21) “Código...”, cit., 2ª ed., 1996, nota 3ª ao art. 1º da lei 7347/85.

A) que a palavra “erário” não aparece nos textos atinentes à ação civil pública.

Esse aspecto terminológico se explica por mais de uma razão. Primeiro, o “erário” é espécie do gênero “patrimônio público”, valendo observar que a ação popular – invocada no art. 1º da lei 7347/85 – promulgada vinte anos antes desta última (lei 4717/65) dava o conteúdo de patrimônio público, com sua devida e necessária abrangência (§ 1º do artigo, redação da lei 6513/77): “*Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico*”. (grifamos)⁽²²⁾

Como se vê, o erário nada mais é do que o aspecto financeiro da expressão “patrimônio público”, do mesmo modo como, “mutatis mutandis”, o conceito de “meio ambiente” pode ser visto sob as acepções natural, cultural e artificial⁽²³⁾. Assim, tanto ofende ao patrimônio público a obra viária que destrói sítio arqueológico (dano ao patrimônio histórico) como o procedimento da Autoridade que possibilitou a realização dessa obra por preço superfaturado e sem licitação (dano ao erário público).

De sorte que, entre a interpretação meramente gramatical e a teleológico-sistemática, parece-nos não haver dúvida que deve prevalecer esta última, a qual conduz à conclusão de que o “erário” é, sem dúvida, tópico integrante do gênero “patrimônio público”. Aliás, ainda que assim não se entendesse, a defesa do erário é, claramente, matéria de interesse público, e então já por aí se justificaria a intervenção do “parquet”, porque ele deve atuar nas causas onde haja “interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III).

É importante se ter presente que expressões do gênero – “interesse público/geral/social”; “erário”; “patrimônio público”; “fazenda pública” – devem ser interpretadas segundo o núcleo essencial que lhes aproxima os conceitos, a saber, a nota comum da defesa da causa pública, e, não, de modo a privilegiar o aspecto literal, gramatical (“littera occidit, spiritus vivificat”). Até porque, de certo modo, aí se cuida de “conceitos jurídicos

(22) Sobre os elementos e as condições da ação popular, cf. o nosso “Ação Popular”, 2ª ed., RT, São Paulo, 1996, especialmente capítulo 3º.

(23) Cf. José Afonso da Silva, “Direito Ambiental Constitucional”, ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 3.

indeterminados”, a terem os seus conteúdos preenchidos “in concreto”, à semelhança do que ocorre em outros ramos de Direito, por exemplo, no penal: “raptar mulher honesta” (CP, art. 219) ou, no administrativo: contratação direta pela “singularidade do objeto”, ou por “notória especialização”. Como adverte José Carlos Barbosa Moreira: “Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor” (24).

De resto, no Dicionário “Aurélio”, a palavra “erário” aparece no verbete “fisco”, e ainda como sinônimo de “fazenda pública”. Não estranha assim que, na organização judiciária, as ações populares, os mandados de segurança (individuais e coletivos), as ações civis públicas, justamente por lobrigarem interesses indisponíveis, de grande relevância social, tramitem em 1º grau pelas Varas geralmente denominadas “de Fazenda Pública”.

Enfim, argumentando com a legitimação deferida ao M.P. pelos arts. 16 e 17 da lei 8429/92, para ajuizamento de ação por ato de improbidade administrativa, José Marcelo Menezes Vigliani argumenta que “*seria um verdadeiro absurdo lógico, legitimá-lo para postular a aplicação das penas pelos atos de improbidade que causassem danos ao erário, sem legitimá-lo à postulação do restabelecimento do erário ao estado anterior, antes do avanço do agente público!*” (25).

B) que o erário só é passível de tutela judicial via ação popular.

O fato de o conceito de ação popular na CF mencionar o “ato lesivo ao patrimônio público” (art. 5º, LXXIII), não nos parece razão suficiente a embasar a afirmação supra.

A própria lei da ação civil pública invoca expressamente a ação popular (art. 1º), assim aproximando e credenciando ambos os institutos para a tutela judicial dos interesses metaindividuais. Tanto assim que, no-

(24) “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. In “Temas de Direito Processual”, 2ª série, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988, p. 65.

(25) “A legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público”, RT 735/177. O autor traz à colação resenha jurisprudencial (STJ, TJSP, TJGO, TJMG), respaldando a tese por ele perfilhada: item 2.5, p. 181, 182.

meadamente, alguns interesses aparecem no objeto dessas duas ações, como se dá com o “meio ambiente” e o “patrimônio histórico e cultural”; entre elas é visível, portanto, a existência de uma área que lhes é comum.

Dada a restrição da legitimação ativa na ação popular ao cidadão-eleitor, compreende-se que o legislador ordinário, presente a experiência forense com essa ação, tenha, na lei 7347/85, colhido o ensejo para atualizar e potencializar a tutela judicial dos valores maiores da sociedade. Assim é que, de um lado, ampliou a legitimação ativa (art. 5º) e, de outro, tornou mais abrangente o objeto, cuidando ainda, para afastar dúvidas, de dizer expressamente que os interesses arrolados nos incisos do art. 1º são tuteláveis pela ação civil pública, mas “sem prejuízo da ação popular”(“caput”).

A se entender de outro modo, esse relevante valor social – o erário público – ficaria pouco protegido se sua tutela judicial continuasse dependente da isolada iniciativa e desprendimento do cidadão-eleitor, quando a experiência vem mostrando que nos casos onde aquele valor mais está em risco, como nos grandes escândalos financeiros, muitos cidadãos se intimidam, receando tudo que envolve tal empreitada, como o custo e a morosidade do processo, sem falar no temor de possíveis represálias dos agentes públicos envolvidos e dos terceiros beneficiários do ato sindicado. No ponto, o Min. Sepúlveda Pertence, do STF, já alertara, certa feita: “A experiência da ação popular é muitas vezes comprometida pelo sentido político-partidário que ela toma, quase sempre surgindo em meio a uma polêmica de evidente conotação de conjuntura política. A introdução do MP nesta vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração que os dois incisos obviamente comportam, é que parece ao mesmo tempo o grande poder e o grande desafio que essa instituição recebe (...)”⁽²⁶⁾.

Ademais, além dos interesses nominadamente indicados nos incisos do art. 1º da lei 7347/85, ali consta a cláusula que abre para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inciso IV); e não há dúvida de que o “erário público”, concernindo a todos, é um interesse tipicamente difuso:

(26) “A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações”. II Fórum Jurídico, (diversos autores) Forense Universitária, 2ª ed., p. 266/267.

os sujeitos são indeterminados e o objeto é indivisível: art. 81, I, da lei 8078/90. Se alguma dúvida ainda sobejasse a respeito, restou afastada com as leis 8429/92 e 8625/93, aquela voltada à coerção dos atos de improbidade administrativa e recomposição do erário, legitimando para tal o M.P. (arts. 16, 17 e 18) e esta igualmente legitimando o "parquet" para defesa do erário, explicitamente (arts. 25, IV, "a" e "b" e VIII).

De sorte que nos parece correta a exegese pela qual também a tutela do erário se inclui no objeto da ação civil pública. Sendo assim, não há como privar o M.P. de promovê-la judicialmente, mormente em se considerando que, ao contrário dos outros co-legitimados ativos, cuja atuação judicial pode depender de alguma exigência ou restrição suplementar (ex. a associação deve ser velha de um ano; o ente político "Estado de São Paulo" não irá, por certo, ajuizar ação ambiental no Rio Grande do Sul), já o M.P. é uno e indivisível" (CF, art. 127, § 1º), podendo atuar sem restrições geográficas, bastando que se trate de "interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. retro, caput).⁽²⁷⁾

C) que a legislação ordinária, conferindo a defesa do erário ao M.P. através da ação civil pública, extrapola os lindes constitucionais e avança no objeto específico da ação popular.

O argumento parte do princípio que o art. 129, III da C.F. previu, dentre as funções institucionais do M.P., o ajuizamento da ação civil pública para defesa do "patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", sem aí mencionar o "erário público", valor este que, em contrapartida, integra o âmbito da ação popular, já que esta pode ser manejada para "anular ato lesivo ao patrimônio público" (CF, art. 5º, LXXIII).

Em primeiro lugar, cabe dizer que a própria CF vigente estende ao M.P. a possibilidade de "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade" (art. 129, IX). Ao "parquet" cabe, pelo art. 127 da CF, a defesa dos "interesses sociais e individuais indisponíveis", não parecendo haver equívoco ou excesso em considerar que a tutela do "erário" consulta à defesa do "interesse social", até porque

(27) De ordem geral sobre a legitimação ativa, cf. o nosso "Ação civil pública", 4ª ed., RT, São Paulo, 1996, cap. 6º.

o erário, em última análise, vem a ser o aspecto financeiro do "patrimônio público", do mesmo modo como os valores artísticos, estéticos e históricos constituem aspectos do gênero "patrimônio cultural". Não se vê, então, motivo convincente para que o M.P. não possa tutelar o erário público, sabido que este é formado dos aportes pecuniários trazidos pelos contribuintes, havendo, pois, óbvio interesse social em que se fiscalize sua gestão e se puna os atos de improbidade, com a conseqüente recomposição dos cofres públicos.

Desse modo, a legislação ordinária, subsequente à CF vigente, tendo reconhecido ao M.P. o poder-dever de zelar pelo erário, via ação civil pública, a rigor nada mais fez do que detalhar os valores e interesses que, explicitamente ou ao menos em linha de princípio, já constavam na Carta Magna. Assim:

- lei 8429/92 - sobre atos de improbidade no serviço público: o art. 16 confere ao M.P. ação cautelar de sequestro, e o art. 17 lhe possibilita a ação principal, cuja procedência, diz o art. 18, determinará a "reparação do dano" ou a "perda dos bens havidos ilícitamente, decretando "o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito".

(Tutela judicial do erário público, pois).

- lei 8625/93 - lei orgânica nacional do M.P.: o art. 25, IV, prevê o ajuizamento de ação civil pública: "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 a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem".

E o inciso VIII daquele art. 25 ainda incumbe o "parquet" de "ingressar em juízo de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por Tribunais e Conselhos de Contas".

(Tutela judicial do erário público, pois).

Ao que se vê, o fato de a “tutela do erário” ser factível via ação popular, em nada impede igual possibilidade hoje reconhecida ao M.P. através da ação civil pública, até porque a própria lei 7347/85 começa por dizer (art. 1º) que por ela se regem, “sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade (...)” etc. Aliás, analisando a ação prevista naquele art. 25, IV, “b” da lei 8625/93, Ada Pellegrini Grinover afirma: “*Uma nova modalidade de ação civil pública, introduzida pelo art. 25, IV, “b” da lei 8625, de 12.2.93 - LNMP, veio consagrar, na realidade, utilização de verdadeira ação popular, com legitimação atribuída ao Ministério Público*”⁽²⁸⁾.

Outro aspecto importante é que a legitimação ativa deferida por aquelas leis ao M.P., para atuar em defesa do erário, apresenta-se afinada com a diretriz constitucional de que tal legitimação ministerial para a ação civil pública “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei” (art. 129, § 1º). Logo, nada obsta que a iniciativa processual venha exercida por qualquer outro dos demais co-legitimados indicados no art. 5º da lei 7.347/85. Todavia, as estatísticas forenses mostram que esse “apelo ao pluralismo”, feito pelo constituinte e pelo legislador ordinário, acabou não provocando o eco esperado junto aos demais co-legitimados ativos. Assim, José Carlos Barbosa Moreira esclarece: “No Estado do Rio de Janeiro são 100 ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, para pouco mais de dez ações promovidas por associações civis; em São Paulo, no campo dos Direitos do Consumidor são 95 ações do Ministério Público para 10 associações; em matéria de ambiente, segundo uma pesquisa feita em 100 comarcas daquele Estado, das 444 ações propostas, apenas 4% o foram por associações civis”⁽²⁹⁾.

Sendo esses os fatos, caberia então uma reflexão acerca do juízo de valor que se possa fazer acerca da atuação dos co-legitimados ativos à ação civil pública, afim de não se incorrer numa visão demasiadamente crítica ou severa em face daquele que, justamente, se vem mostrando mais diligente e operante. Aqui e ali, é verdade, pode ocorrer algum ajuizamento precipitado⁽³⁰⁾ mas não compromete o mérito daquilo que ordi-

(28) “Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência”. In “Ação Civil Pública”, Lei 7347/85 - Reminiscências e Reflexões após 10 anos de aplicação”, coord. Edis Milaré, ed. RT, São Paulo, 1995, p. 23.

(29) “Ação Civil Pública”, cit., separata da Revista Trimestral de Direito Público, p. 7.

(30) Para uma visão panorâmica desse relevante aspecto, inclusive com subsídios jurisprudenciais, v. José Rogério Cruz e Tucci, “Processo Civil - realidade e Justiça”, ed. RT, São Paulo, 1994, p. 89 e s.

nariamente se tem verificado e os números o demonstram: dentre os legitimados ativos para a ação civil pública, o M.P. é o que mais ocupou o espaço liberado pelo constituinte e pelo legislador ordinário para a tutela judicial dos interesses metaindividuais.

Em suma, nos parece que a “defesa do erário” se enquadra como tema de interesse social indisponível (CF, art. 127) e sua tutela através da ação civil pública se afigura compatível com as finalidades institucionais do “parquet” (CF, art. 129, IX).

D) que a ação civil pública é vocacionada à cominação de fazer ou de se abster (lei 7347/85, art. 11), razão pela qual a eventual parte pecuniária da condenação é recolhida ao Fundo dos Interesses Difusos (art. 13), o que confirmaria a tese da inidoneidade dessa ação para ressarcimento do erário público.

As premissas dessa afirmação estão corretas, mas, ao nosso ver, delas não se extrai a pretendida conclusão.

O art. 13 da lei 7347/85 é regulamentado, a nível federal, pelo Dec. 1.306/94, onde se prevê um Conselho Gestor (art. 3º) a quem cabe gerenciar os recursos que foram arrecadados nas ações civis públicas, para “reparação dos danos causados... por infração da ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos” (art. 1º). Tais recursos serão distribuídos para a efetivação das medidas preventivas, corretivas e de fomento, indicadas no art. 6º, sendo que “suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou do dano causado” (art. 7º).

Logo, tratando-se de montante pecuniário decorrente de condenação em ação civil pública onde se buscou a tutela do erário público (vg., por ato de improbidade administrativa previsto na lei 8429/92), parece-nos que caberá ao Conselho Gestor examinar e deliberar acerca do modo idôneo e racional de se compatibilizar aquele produto pecuniário com o interesse tutelado na ação, até para se atenderem as diretrizes do Dec. 1306/94: “Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível” (§ único do art. 7º); e aliás, justamente para isso, tais recursos “deverão ser identificados segundo a natureza da infração ou do dano causado” (§ único do art. 10).

(Presentemente, o Conselho Federal, gestor do Fundo, tem seu regulamento previsto na lei 9.008, de 21.3.95).

No ponto, comentando o acórdão do STJ que, em ação civil pública movida pelo MP para defesa do erário, dera pela ilegitimidade ativa do "parquet" (Resp. 34.980-5-SP, 2º., rel. Min. Peçanha Martins, v.u. 15.6.94, DJU 19.9.94), Nilo Spinola Salgado Filho e Wallace Paiva Martins Júnior, Promotores de Justiça em São Paulo, asseveram que aquele desiderato "era provimento típico da Lei federal 7347/85 (art. 3º) a indenização pelo dano causado, não sendo válido argumentar que a quantia reverter-se-ia ao fundo tratado no art. 13, porque ele tem como pressuposto a irreversibilidade do dano. Por fim, à época do julgamento, vigiam tanto o art. 83 da Lei federal 8078/90 (aplicável por força do art. 21 da Lei federal 7347/85), os arts. 5º e 17 da Lei federal 8429/92 e o art. 25, inc. IV da Lei federal 8625/93, admitindo a ação civil pública para proteção do patrimônio público, combatendo ato lesivo ou ofensivo à moralidade administrativa, com a possibilidade de qualquer provimento adequado a tornar eficaz a tutela do interesse, com o ressarcimento do dano" (31).

É interessante observar que, se o produto pecuniário decorrente de condenação pecuniária decorresse de ação popular (art. 11 da lei 4717/65; RJTJESP, 96/35), se chegaria à solução análoga à alcançável na ação civil pública ajuizada em defesa do erário: o montante apurado seria recambiado ao ente político (União, Estado, Município) que teve seu erário lesado, o qual ficaria, assim, recomposto, em virtude do cumprimento do julgado. Não se vê, destarte, a dificuldade insuperável que induziria a inaptidão da ação civil pública para fins de ressarcimento ao erário público.

Aliás, tanto na ação popular como na civil pública, é evidente que o produto pecuniário decorrente da condenação não concerne ao autor e sim à entidade pública prejudicada pelo ato ilegal e lesivo, sindicado na ação. Por isso mesmo é que, configurada a contumácia do autor popular em executar o julgado, o M.P. deve assumir esse mistér, justamente pelo interesse público (aí não apenas fazendário) na recomposição do erário (art. 16 da lei 4717/65). Também por aí se constata a inexistência de in-

(31) "Ação Civil Pública: Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa", RT 735/172.

compatibilidade entre a defesa judicial do erário e as funções institucionais do “parquet”.

Essas as considerações que, esperamos, sejam úteis, no presente momento histórico em que a ação civil pública vem se afirmando como o instrumento processual por excelência, na tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais.