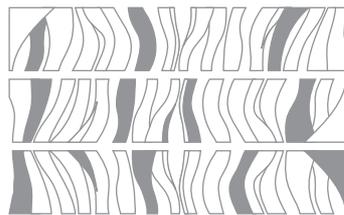


TEMA DA PESQUISA

Atuação do Ministério Público em defesa dos consumidores (ação civil pública)

SUMÁRIO

Súmula 601 – O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2018_47_capSumulas601-605.pdf	2
MP tem legitimidade para propor ação civil pública sobre direito do consumidor – Conjur https://www.conjur.com.br/2016-mar-31/mp-propor-acao-civil-publica-direito-consumidor	40
Ministério Público e ação civil pública – Teori Albino Zavascki https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176080/000472923.pdf?sequence=3	42
O Ministério Público em defesa do consumidor. Competência. Vedações constitucionais. Doutrina. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Antonio Ricardo Brígido Nunes Memória http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/artigo114.pdf	50
A legitimidade do Ministério Público na ação civil pública – Juliana Fioretto https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_juliana.pdf	57
A ação civil pública como instrumento do Ministério Público na defesa de interesses individuais para tratamentos de saúde – Thereza Catharina Afonso Ferreira Madeira	66
www.lex.com.br › doutrina_27204955_LEGITIMIDADE_DO_MINISTERI... Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor – o papel do Ministério Público – Hugo Nigro Mazzilli http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acoescolet.pdf	100
A atuação do Ministério Público na segunda instância – Hugo Nigro Mazzilli http://www.mazzilli.com.br/	127



Súmula n. 601

SÚMULA N. 601

O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público.

Referências:

CF/1988, arts. 127 e 129, III.

CDC, arts. 81 e 82.

Lei n. 7.347/1985, arts. 1º, 5º e 21.

Precedentes:

AgRg no AREsp	300.270-MG	(1ª T, 17.09.2015 – DJe 24.09.2015)
REsp	929.792-SP	(1ª T, 18.02.2016 – DJe 31.03.2016) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no REsp	1.221.289-PR	(1ª T, 23.06.2016 – DJe 16.08.2016)
AgRg no AREsp	209.779-RJ	(2ª T, 05.11.2013 – DJe 20.11.2013)
AgRg no AREsp	255.845-SP	(2ª T, 07.05.2015 – DJe 10.08.2015)
AgRg no REsp	1.518.698-SE	(2ª T, 25.08.2015 – DJe 16.11.2015)
AgRg nos EDcl		
no REsp	1.508.524-SC	(2ª T, 10.03.2016 – DJe 16.03.2016)
REsp	1.099.634-RJ	(3ª T, 08.05.2012 – DJe 15.10.2012)
AgRg no REsp	1.349.634-DF	(3ª T, 16.10.2014 – DJe 24.10.2014)
AgRg no REsp	1.411.444-SP	(3ª T, 27.10.2015 – DJe 13.11.2015)
REsp	1.254.428-MG	(3ª T, 02.06.2016 – DJe 10.06.2016)
AgRg no AREsp	34.403-RJ	(4ª T, 09.04.2013 – DJe 18.04.2013)
REsp	1.209.633-RS	(4ª T, 14.04.2015 – DJe 04.05.2015)
REsp	871.172-SE	(4ª T, 14.06.2016 – DJe 24.08.2016)
AgRg no REsp	932.994-RS	(4ª T, 15.09.2016 – DJe 22.09.2016)

Corte Especial, em 7.2.2018

DJe 15.2.2018

RECURSO ESPECIAL N. 929.792-SP (2007/0018251-5)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: ABC Transportes Coletivos Vale do Paraíba Ltda

Advogado: Paulo César Braga e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS. TARIFA FIXADA POR DECRETO DO PREFEITO MUNICIPAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUESTIONAR O SEU VALOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVOGAÇÃO DA TARIFA POR ATO JUDICIAL. INCABIMENTO DO DEVER DE RESTITUIR, POR PARTE DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA, OS VALORES COBRADOS NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DO DECRETO MUNICIPAL FIXADOR DA TARIFA. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO. BOA-FÉ OBJETIVA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Ministério Público tem legitimidade subjetiva ativa para promover Ação Civil Pública ou Coletiva para tutelar não apenas direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também direitos individuais homogêneos, inclusive quando decorrentes da prestação de serviços públicos. Precedente: AgRg no AREsp 255.845/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 10.8.2015.

2. É incabível exigir da concessionária de serviço público a devolução do valor de tarifa cobrada dos usuários de serviço de transporte urbano de passageiros, praticado ao tempo em que vigorou o ato municipal (Decreto Executivo) que o fixou, regularmente emitido pela autoridade competente; os atos do Poder Público são ornados da presunção de validade e legitimidade e os seus destinatários que os observam e os cumprem acham-se atuando de boa-fé.

3. Neste caso, houve somente a condenação da concessionária, tendo-se como pressuposto a declaração de nulidade dos Decretos editados pelo Município de conversão de moeda quanto à tarifa e de sua posterior elevação. Decretos esses que foram expedidos pela Municipalidade, sobre a qual não recaiu responsabilização alguma, o que não se pode admitir em termos de lógica jurídica.

4. Não incidência de verba honorária na Ação Civil Pública julgada improcedente, salvo se verificada má-fé do autor (art. 18 da Lei 7.347/85), o que não ocorre no caso sob exame, ao que se pode perceber. Precedente: AgRg no REsp 1.100.516/PR, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 12.5.2015.

5. Nos termos do art. 293 do CPC, os pedidos são interpretados restritivamente, de maneira que a empresa concessionária de transporte coletivo não poderia ter sido condenada por um postulação indenizatória que não foi formulada contra si pelo Parquet em sua exordial.

6. Recurso Especial conhecido e provido; não cabimento de honorários advocatícios, neste caso, dada a ausência de má-fé do MP promovente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Sérgio Kukina (voto-vista) e Regina Helena Costa (voto-vista), conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 31.3.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por ABC TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA., com fundamento nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da Constituição Federal, a partir do qual objetiva reforma do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve incólume sentença condenatória em Ação Civil Pública, em aresto com a seguinte ementa:

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa dos interesses difusos dos usuários de serviço público de transporte coletivo. A conversão da obrigação de reduzir tarifa em perdas e danos iguais ao lucro correspondente a período já vencido se insere no pedido. Não afronta a autonomia municipal a verificação pelo Poder Judiciário da realidade da motivação do aumento de tarifa de serviço público municipal (fls. 2.048/2.053).

2. Nas razões do seu Apelo Nobre, sustenta a Recorrente, além de divergência jurisprudencial, vulneração, pelo acórdão recorrido, dos arts. 128, 459, 460, 461, § 1o. do CPC; art. 13 da Lei 7.347/85, arts. 81, *caput*, parág. único, I e 82, I do CDC, aos seguintes argumentos:

(a) não assiste razão ao Tribunal a quo quando utiliza o CDC para fundamentar a legitimidade de agir do Ministério Público, pois não haveria nos autos relação de consumo a justificar a intervenção do Ministério Público em defesa de consumidores;

(b) o acórdão recorrido não poderia impor somente à recorrente a condenação em perdas e danos e exonerar o Município de qualquer responsabilidade quanto ao suposto aumento abusivo da tarifa de transporte público por meio de Decreto Municipal. Assevera que a política tarifária é integralmente definida pelo Município e, por isso, se ilícito houve in casu, é do ente público a responsabilidade pela edição dos Decretos que determinaram os aumentos questionados. Sustenta, por isso, que se a condenação em reparar danos for mantida, o Município deve solidariamente suportar a indenização fixada; e

(c) os pedidos devem ser interpretados restritivamente, de modo que a recorrente não poderia ter sido condenada em perdas e danos, pois não houve postulação do Ministério Público nesse sentido, sendo certo que a defesa articulada pela empresa se limitou aos termos da petição inicial. A manutenção do acórdão condenatório resultaria, segundo a recorrente, em cerceamento de defesa às requeridas, pois teriam sido surpreendidas com uma condenação contra a qual não tiveram a menor possibilidade de defesa, posto que a solução encontrada pelo julgador sequer havia sido debatida na demanda (fls. 2.096).

3. Pugna, por isso, pela reforma do acórdão, a fim de que o pedido seja julgado improcedente, afastando-se a condenação em perdas e danos.

4. Com contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem (fls. 2.123/2.124), ao fundamento de que *busca a recorrente o reexame das provas que serviram de base à decisão recorrida, o que importaria em nova incursão no campo fático, objetivo divorciado do âmbito do recurso especial de acordo com a Súmula 7 da Corte Superior.*

5. Em face do indeferido processamento do Apelo Raro, a recorrente manejou Agravo de Instrumento a esta Corte (apenso 1).

6. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República MARIA CAETANA CINTRA SANTOS, opinou pelo *não provimento do recurso.*

7. É o relatório, em síntese.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator) 1. Dessume-se dos autos que, em novembro de 1996, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública em desfavor do MUNICÍPIO DE TAUBATÉ/SP, e de ABC-TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA., empresa concessionária do serviço público municipal de transporte de passageiros, na terra de Monteiro Lobato.

2. Na petição inicial, narra o *Parquet* que a Medida Provisória 457/94, transformada na Lei 8.880/94, introduziu a URV como padrão de valor monetário, sendo certo que o seu art. 35, § 1o., estabeleceu que as tarifas que não foram convertidas em URV deveriam ser fixadas em Real no dia 1.7.1994, tendo como parâmetro a média tarifária dos últimos 4 meses, e que, em 28.6.1994, o Prefeito Municipal de Taubaté/SP expediu os Decretos 7.820/94 e 7.837/94, a partir dos quais, no primeiro, foi fixada a tarifa do serviço de transporte coletivo de passageiros da cidade em R\$ 0,45, e, no segundo, que a reduziu para R\$ 0,44. Aduz que essa operação não observou a média dos últimos 4 meses ao converter a tarifa em Real, pois, considerando as variações diárias de valor da URV no referido período, o valor correto seria R\$ 0,31 (0,3141 URV) e que isso resultou em desrespeito pelo Município à citada norma federal, bem como em enriquecimento abusivo pela empresa.

3. Sustenta, além disso, que houve aumento do referido preço público em patamar bem superior ao razoável nos meses de junho/outubro de 1995

e de julho de 1996 - tudo por autorização do Prefeito Municipal, com base em planilhas de custos elaboradas pela empresa -, e que o parecer técnico que acompanha a exordial demonstra que as planilhas foram feitas realizando-se conta de chegada, ou seja, custos que aparentemente justificariam o valor da tarifa sugerida. Afirma que os ulteriores Decretos 8.807/95, 8.148/95 e 8.336/96 concederam igualmente aumentos abusivos. Em síntese, requereu a concessão de liminar para suspender a eficácia dos aludidos Decretos Municipais, obrigando-se o Município a fixar em R\$ 0,53 a tarifa do transporte coletivo de passageiros, sob pena de multa diária, com a confirmação no julgamento final (fls. 25/47).

4. A medida liminar foi concedida para *anular o decreto que aumentou as tarifas, as quais devem retornar aos valores estabelecidos pelo Decreto 8.148, de outubro de 1995* (fls. 1.198).

5. Em sentença, houve confirmação da liminar, tendo sido declarada a nulidade dos Decretos Municipais de aumento da tarifa e determinada a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos referentes ao períodos dos Decretos. Por consequência, a concessionária foi condenada ao pagamento dessas perdas e danos, com apuração dos valores em liquidação de sentença, *tendo como base para esse cálculo o valor da tarifa na data da edição de cada Decreto e o que, a ser apurado em perícia, deveria ter sido praticado, com a ressalva de que eventual valor estimado a maior em perícia judicial não implicará crédito ou compensação em favor da concessionária* (fls. 1.966). O lucro em excesso, segundo o *decisum*, deveria ser revertido ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados. A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

6. Pois bem. Ao mérito do Recurso Especial.

7. Inicialmente, em que pese ao Recorrente ter apresentado insurgência pela alínea *c* do permissivo constitucional, observa-se que não logrou comprovar o dissídio jurisprudencial nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágr. único do CPC e 255 do RISTJ, uma vez que não realizou o necessário cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas, a fim de demonstrar a similitude fática e jurídica entre eles.

8. Quanto ao mais, cinge-se a controvérsia em saber, em primeiro momento, se o Ministério Público tem legitimidade ativa no caso em tela; porventura superado o tópico, averiguar se o acórdão recorrido poderia impor somente à Recorrente a condenação em perdas e danos e exonerar o Município de qualquer responsabilidade quanto ao suposto aumento abusivo da tarifa de

transporte público por meio de Decreto Municipal; caso superada essa questão, analisar se a Recorrente poderia ter sido condenada em perdas e danos, ao argumento de que não houve tal postulação do Ministério Público e de que a defesa da empresa se limitou aos termos da petição inicial.

9. Sobre o primeiro ponto – legitimidade ativa *ad causam* –, não merece guarida a argumentação da parte recorrente, porquanto esta Corte Superior firmou o entendimento de que há legitimidade do *Parquet* para promover Ação Civil Pública ou coletiva para tutelar não apenas direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também direitos individuais homogêneos, inclusive quando decorrentes da prestação de serviços públicos, como é o caso dos autos, que trata da legalidade de fixação da tarifa de transporte público.

10. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. CONSUMIDORES USUÁRIOS DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA. ACÓRDÃO RECORRIDO CONSONANTE COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTENTE. USURPAÇÃO LEGISLATIVA. INCIDÊNCIA DA 284/STF. ISONOMIA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Não procede a alegação de ofensa aos arts. 165 e 458, incisos II e III, do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem não pecou na fundamentação do acórdão recorrido, uma vez que decidiu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. Igualmente não procede a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou os temas abordados no recurso de apelação.

3. O Tribunal de origem, ao avaliar a legitimidade do Parquet para propor o presente feito, fundou suas razões de decidir na afirmação de que são evidentes os interesses e os direitos individuais homogêneos, uma vez que, no caso em testilha, evidencia-se que os direitos coletivos tutelados são de natureza individual e homogênea, máxime em se considerando que não obstante pudessem ser protegidos individualmente, visto que divisíveis, a tutela coletiva também é admissível porquanto resultante do mesmo contrato de adesão (fl. 253, e-STJ).

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido da tese esposada pelo acórdão recorrido de que há legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública ou coletiva para tutelar, não apenas direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, inclusive quando decorrentes da prestação de serviços públicos. Trata-se de legitimação que

decorre, genericamente, dos artigos 127 e 129, III da Constituição da República e, especificamente, do artigo 82, I do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) (REsp 984.005/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 13.9.2011, DJe de 26.10.2011). Incidência da Súmula 83/STJ.

6. A determinação de prazo era decorrência lógica do pedido inicial está em harmonia com a fundamentação aventada, portanto tal circunstância não tem condão de conferir ao pronunciamento judicial a característica de julgamento extra petita, mas, sim, interpretação lógico-sistemática do pedido inicial como um todo.

7. O Tribunal de origem, com análise do contrato de adesão em testilha, verificou a ocorrência de abuso, porquanto havia cláusula prevendo prazo para o consumidor pagar o produto, sob pena de multa, e, por outro lado, não havia prazo para a operadora para a entrega do produto.

8. Não foi criada lei pelo Judiciário por meio do decisum ora recorrido, mas sim revisão de cláusula contratual abusiva. Incidência da 284/STF.

9. Quanto à alegada ilegalidade da medida fixada que não vincularia as demais operadoras de telefonia móvel, o tema, além de não ter sido prequestionado na origem, refoge da competência desta Corte, por deter conteúdo eminentemente constitucional.

10. A matéria constitucional agitada no recurso especial não pode ser examinada na via especial, em virtude do óbice contido na Lei Maior. Na forma da jurisprudência deste Tribunal, não cabe ao STJ examinar no âmbito do recurso especial, ainda que a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, tarefa reservada ao STF, nos termos dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 255.845/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 10.8.2015)

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA JURÍDICA DOS CONSUMIDORES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PLANO BÁSICO DE SERVIÇO (CELULAR PÓS PAGO). NEGATIVA DE ACESSO A CONSUMIDOR EM SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA PERANTE TERCEIROS. DISPONIBILIZAÇÃO APENAS DO PLANO ALTERNATIVO (CELULAR PRÉ-PAGO). TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO.

1. O Ministério Público está legitimado a promover judicialmente a defesa de direitos dos consumidores, inclusive os individuais homogêneos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

2. Ao considerar ilegítimo o tratamento discriminatório dado a consumidores de telefonia móvel situação de inadimplência perante terceiros (cujo acesso seria restrito ao plano pré-pago, mas não ao pós-pago), o acórdão recorrido não negou a competência regulatória conferida à Agência Nacional de Telecomunicações -

ANATEL pela Lei 9.472/97. Não se pode confundir a competência para expedir normas - que o acórdão não infirmou -, com a legitimidade da própria norma editada no exercício daquela competência - essa sim negada pelo acórdão.

3. Não se pode afirmar, também, que, ao assim decidir, o acórdão tenha violado o princípio da livre iniciativa ou o da intervenção estatal mínima ou o do regime privado da prestação do serviço, enunciados nos artigos 126 a 128 da Lei 9.472/97. Tais princípios, de origem constitucional, não têm caráter absoluto. Pelo contrário, como todo o princípio, a relatividade é da sua natureza, uma vez que sua aplicação não dispensa, nem pode dispensar, um sistema metódico de harmonização com outros princípios da mesma hierarquia, igualmente previstos naquela Lei, como o do respeito ao usuário e da função social do serviço de telefonia (art. 127). Deverão ser também harmonizados com os direitos dos usuários, notadamente o de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço (artigo 3º, III), bem como com o das obrigações das prestadoras, nomeadamente as de universalização do serviço, assim consideradas as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (artigo 79, § 1o.). Registre-se que a Lei, em seu artigo 126, enfatiza expressamente que os serviços de telecomunicações são ainda submetidos aos princípios constitucionais da atividade econômica, entre os quais se insere o da defesa do consumidor (artigo 170 da Constituição da República).

4. Na verdade, a controvérsia a respeito da legitimidade ou não do tratamento discriminatório a consumidores em situação de inadimplência perante terceiros assumiu, no caso, um perfil eminentemente constitucional, não só por exigir juízo de ponderação e de harmonização entre os princípios e valores decorrentes da Constituição, mas sobretudo porque seu desenlace envolve necessariamente juízo sobre a adequada aplicação do princípio constitucional da isonomia.

5. Recursos especiais desprovidos (REsp 984.005/PE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 26/10/2011).

11. Assim sendo, ratificada a pertinência subjetiva do Ministério Público para o ajuizamento da ação na vertente situação, não merece guarida, no ponto, a alegação de que o acórdão foi hostil aos arts. 81 e 82 da CDC.

12. Prosseguindo nos demais pontos de insurgência, a pergunta do Apelo Raro é se o acórdão recorrido poderia impor somente à Recorrente a condenação em perdas e danos e exonerar o Município de Taubaté/SP de qualquer responsabilidade quanto ao suposto aumento abusivo da tarifa de transporte público por meio de Decreto Municipal.

13. Prefacialmente, dúvida não há de que a Carta Magna preserva ao Município a competência para a prestação do serviço público municipal de

transporte de passageiros, realizado diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. É a disposição do art. 30, V do texto constitucional.

14. Na lição do Professor HELY LOPES MEIRELES, serviços de utilidade pública *são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários* (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 410). São exemplos de serviço de utilidade pública, para além do transporte coletivo, o de energia elétrica, de gás, de telefone - ensina o Professor.

15. Contudo, no caso dos Municípios, foi adotado pelo legislador constitucional o caráter *essencial* do serviço de transporte coletivo, ultrapassando a ótica de um mero serviço de utilidade pública.

16. De qualquer modo, para a prestação do referido serviço, quando contratado mediante concorrência pública a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, há inafastável sujeição da concessionária ao regime estabelecido pelo Poder Concedente, que pode ser a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município.

17. Quanto ao Estado de São Paulo, estabeleceu o DL Complementar 9/69 que *ao Município compete prover a tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse e ao bem-estar de sua população* (art. 3o.) e que lhe cabe, *privativamente conceder, permitir ou autorizar serviços de transportes coletivos e de taxis e fixar as respectivas tarifas* (inciso XI, c).

18. Atrelado a esse dispositivo estadual e dentro do espectro que lhe conferiu a norma de interesse estritamente local, o Município de Taubaté/SP, por seus Vereadores, editou a Lei 2.199/85, segundo a qual o Executivo Municipal foi *autorizado a outorgar concessão, mediante concorrência pública, do serviço de transporte coletivo de passageiros no Município, por auto-ônibus, com exclusividade, na forma do que dispõe o artigo 68 do Decreto-lei Complementar 9, de 31 de dezembro de 1969.*

19. Quanto ao ponto nodal da alegação do Ministério Público nesta Ação Civil Pública, isto é, o suposto valor abusivo das tarifas praticadas no Município Paulista, é válido trazer à baila, para logo, que o reajustamento é, em tese, garantido legalmente ao concessionário.

20. Com efeito, o prestigiado doutrinador administrativista, HELY LOPES MEIRELES, leciona:

(...) o reajustamento contratual de preços e de tarifas é a medida convencionada entre as partes contratantes para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste. Para que não se altere a relação encargo-remuneração em prejuízo do contratado, a Administração procede à majoração do preço, unitário ou global, originariamente previsto para a remuneração de um contrato de obra, serviço ou fornecimento ou da tarifa inicialmente fixada para pagamento de serviços públicos ou de utilidade pública prestados por particulares, em ambos os casos em conformidade com os critérios expressamente estabelecidos no ajuste.

O reajuste ou reajustamento de preços ou de tarifas é conduta contratual autorizada por lei para corrigir os efeitos ruinosos da infração. Não é decorrência da imprevisão das partes; ao contrário, é previsão de uma realidade existente, diante da qual o legislador pátrio institucionalizou o reajustamento dos valores contratuais.

Modernamente, tem-se adotado as tarifas indexadas ou a indexação de preços nos contratos de longa duração, para se obter o reajustamento automático em função da alteração dos fatores a que se vinculam, tais como a elevação do custo de vida, o encarecimento da matéria-prima, a majoração dos transportes e outros elementos que influem nos custos de produção de bens e operação de serviços. Esses fatores constituem os parâmetros de variação dos preços ou tarifas são perfeitamente aceitáveis desde que constem de cláusula contratual expressa que estabeleça o índice de alteração e o coeficiente do preço-base (idem, ibidem, p. 238).

21. Por sua vez, o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO traz importante contribuição para o debate ao distinguir tecnicamente reajuste e revisão de tarifas. Confira-se:

(...) ora a lei fala em revisão de tarifas, ora em reajuste e revisão. Terá se servido destas expressões insequentemente, tomando-as como sinônimas, usando uma como reforço da outra, ou haverá, a sabendas, se servido ora de uma, ora de ambas, pretendendo irrogar a cada qual um significado preciso?

Estamos em que o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela.

Já a revisão das tarifas é uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos.

Assim, na revisão, dada a irrupção de encargos excedentes dos originais, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição.

Isto ocorre, apenas, quando o serviço concedido vier a sofrer o impacto de fatores supervenientes a serem considerados. Tem lugar, pois, quando sobrevierem eventos, contratualmente previstos ou não, por força dos quais venha a operar-se a ruptura do equilíbrio inicial (Curso de Direito Administrativo. 31a. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 754).

22. No caso dos autos, o Decreto 5.529/86, do Município de Taubaté/SP, apregou que o serviço de transporte público *será remunerado mediante tarifa, que será fixada pelo Prefeito Municipal* (art. 11), e que as tarifas *serão reajustadas sempre ocorrer alteração do custo operacional do serviço, comprovado pela Prefeitura e a seu critério exclusivo de modo a atender o disposto no artigo 167, III da Constituição Federal* (parágr. único).

23. Toda a digressão legislativa e doutrinária ora apresentada – necessária para a visualização do *estado da arte* e não para análise de legalidade entre leis locais e leis federais, competência do qual o STJ é desprovido –, demonstra que a *quaestio* do caso concreto, conversão de tarifas do transporte público em Real, nos primeiros decretos, e reajustamento e revisão, nos ulteriores, estava sob a específica competência do Executivo Municipal, a partir da comprovação da alteração do curso operacional e a critério exclusivo do Prefeito.

24. Não havia, portanto, uma indexação que permitisse um reajustamento automático ou tabelado. Em termos técnicos, tudo girava em torno da discricionariedade do Administrador Público, que poderia se valer, dentro das raias legais, do juízo de conveniência e oportunidade para atualização ou aumento da tarifa de transporte coletivo.

25. Sendo assim, quanto ao tema de fundo, não se pode atribuir carga de responsabilidade por perdas e danos à concessionária de serviços públicos por ter formulado pedido de elevação da tarifa, ainda que a postulação estivesse munida de planilhas demonstrativas do aumento de custos operacionais, na medida em que, conforme se fundamentou, a atribuição administrativa pela fixação da tarifa e seu ulterior reajuste ou revisão estava sob o puro cetro do Prefeito.

26. Não se pode dizer que o Alcaide é um néscio, pois, diante das informações que poderia colher em outros Municípios, possuía todas as condições de objetar valores de insumos e custos eventualmente superiores

aos de mercado, circunstância que *justifica ausentar a concessionária de culpa pela suposta elevação indevida da tarifa do transporte coletivo.*

27. Postas essas premissas, no transcorrer dos acontecimentos endoprocessuais, verifica-se que a Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em desfavor do MUNICÍPIO DE TAUBATÉ/SP, poder concedente, e da pessoa jurídica ABC TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA, concessionária, após representação formulada por um cidadão por supostas irregularidades na prestação do serviço. A pretensão base é a redução do valor da passagem do transporte, a partir *declaração de ilegalidade dos Decretos Municipais.*

28. Em sentença, porém, houve somente a condenação da concessionária, tendo-se como pressuposto lógico a declaração de nulidade dos Decretos editados pelo Município de conversão de moeda quanto à tarifa e de sua posterior elevação.

29. Decretos esses que, como visto, foram expedidos pela Municipalidade, sobre a qual, *in concreto*, não recaiu responsabilização alguma.

30. Rememorando o *decisum a quo*, a obrigação de fazer concernente à redução do valor da tarifa foi convertida em perdas e danos quanto ao prejuízo aos usuários do transporte coletivo no período de vigência dos Decretos Municipais, *condenando a corré ABC - TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA. ao pagamento dessa dívida de valor. Perdas e danos esses a serem apurados em liquidação de sentença, consistentes na diferença entre o lucro bruto auferido pela concessionária e o que deveria ter percebido, tendo como base para esse cálculo o valor da tarifa na data da edição de cada Decreto e o que, a ser apurado em perícia, deveria ter sido praticado* (fls. 1.966).

31. Nessa ordem de ideias, em termos objetivos, sobreveio condenação à concessionária de serviço público em virtude de um Decreto editado pelo Prefeito. Acionados o poder concedente e a concessionária, quedou-se inerte o Ministério Público diante de uma sentença que a só uma das partes condenou, deixando de interpor Apelação para que a responsabilização abrangesse também o Município de Taubaté/SP.

32. É bem verdade que os autos ascenderam ao Tribunal também por determinação do Magistrado em cumprimento ao art. 475 do CPC (remessa necessária), mas, de qualquer modo, a sentença que condenou a concessionária foi confirmada por acórdão da Corte Bandeirante.

33. Está-se diante de um caso cuja solução é a utilização do *argumento apagógico*: caso se admitisse a condenação da concessionária somente, sem que o autor da ação buscasse também a responsabilização do poder concedente por Decretos Municipais que supostamente causaram prejuízos aos usuários, então toda pessoa jurídica contratada a prestar um serviço público estaria imediatamente vinculada a indenizar o próprio Estado e os usuários do serviço, em perdas e danos, por causa de leis que ele próprio - o Estado - editou, um inaceitável *reductio ad absurdum*.

34. O problema lógico, como se vê, se deu *intra muros*: a alegação na petição inicial de prejuízos aos consumidores em virtude de Decretos locais, associada à ausência de condenação ao Município de Taubaté/SP, e ultimada pela ausência de recurso do *Parquet* para extensão da responsabilização à Municipalidade geram uma quadra processual insustentável de condenação somente da pessoa jurídica, isoladamente considerada.

35. É crucial reprimir que a Ação Civil Pública foi ajuizada contra o Município de Taubaté/SP e contra a concessionária de transportes coletivos ABC Ltda., não havendo, entretanto, pedido expresso de indenização por perda e danos em desfavor da empresa. A pretensão se limitou à adoção de tarifa a R\$ 0,53.

36. Contudo, em sentença, houve *indevida conversão da obrigação de fazer em perdas e danos* ao se condenar a empresa concessionária a pagar indenização ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, na medida em que não restou condenação alguma à Municipalidade, que ficou excluída do polo passivo – pode-se dizer –, dada a ausência de sua responsabilização.

37. Noutras palavras, pode-se dizer, pelo enredo processual analisado, que as consequências da nulificação dos Decretos se efetivaram *absurdamente* sobre a ABC Ltda., que não os editou.

38. Postas essas premissas, observe-se que, ao tempo em que os ônibus circularam com a tarifa majorada, estiveram sob o pálio dos Decretos Municipais, cujo valor foi posteriormente reduzido por força de decisão liminar nesta Ação Civil Pública.

39. Por isso, fica preservado o Acórdão quanto à nulidade dos Decretos, até porque o Município de Taubaté/SP não recorreu para defender a legalidade dos atos que editou.

40. Porém, conforme fundamentado, é incabível exigir da concessionária de serviço público a devolução do valor de tarifa cobrada dos usuários de serviço

de transporte urbano de passageiros, praticado ao tempo em que vigorou o ato municipal (Decreto Executivo) que o fixou.

41. Acrescente-se que, nos termos do art. 293 do CPC, *os pedidos são interpretados restritivamente*, de maneira que a concessionária de transporte público não poderia ter sido condenada por um postulação que não foi formulada contra ela pelo *Parquet* em sua exordial. Confira-se, a propósito, o inteiro teor da petição inicial, na parte dos pedidos:

a) a concessão de MEDIDA LIMINAR, inaudita altera pars, a fim de suspender a eficácia dos Decretos Municipais 7753/94, 7820/94, 7837/94, 7777/94, 8148/95 e 8336/96, obrigando-se a Municipalidade de Taubaté a adotar a tarifa de R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos de real), para o serviço público de transporte coletivo de passageiros, até o julgamento final da presente lide;

(...).

c) ao final, seja a ação julgada procedente obrigando-se a municipalidade de Taubaté a adotar a tarifa de R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos de real), para o serviço público de transporte coletivo de passageiros, sob pena de pagamento de multa diária de 10.000,00 (dez mil reais), sujeito à incidência de correção monetária dos índices oficiais, desde a distribuição desta petição até o seu efetivo pagamento ara recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (Decreto Estadual 27.070/87 artigo 13 da corrente 4300074-8, da Agência 0248 (Liberdade - capital) do Banespa (fls. 47).

42. Como se vê, não houve pedido de indenização em desfavor da empresa concessionária, desautorizando-se, portanto, que contra ela houvesse conversão da obrigação de fazer em perdas e danos: só se pode converter em outra coisa algo que preexiste; os pedidos se restringiram a uma pretensão de nulidade de Decreto Municipal de Taubaté/SP com a consequente adoção da tarifa em determinado valor (R\$ 0,53), fixação que, aos olhos do Magistrado de piso, se tornou impraticável por ocasião da sentença.

43. Daí por que adveio o entendimento do julgador de origem para que a obrigação de fazer se convertesse em perdas e danos. Determinação, porém, que não pode ser arrostada pela empresa de transportes, frente à completa inexistência de pedido em seu desfavor e, portanto, de condenação contra si.

44. Frise-se: o pleito inaugural se limitou à declaração de nulidade de éditos normativos fixadores de tarifa de transporte coletivo, que, obviamente, se vincularam à atividade legislativa do Município de Taubaté/SP. O restabelecimento do *status quo ante* deve ser *interpretado restritivamente*,

conforme estabelece a legislação processual de regência, de tal modo que o pronunciamento jurisdicional emitido *in casu* somente pode açambarcar a Municipalidade acionada, até para que não se vulnerem garantias processuais de defesa do Réu.

45. Frente ao exposto, o Acórdão do Tribunal deve ser reformado, a fim de julgar improcedente o pedido quanto à condenação da empresa ABC TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA. ao pagamento de reparação em perdas e danos.

46. Cumpre desde logo esclarecer que *em se tratando de ação civil pública, a condenação em honorários advocatícios será cabível desde que verificada a má-fé da parte autora, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85* (AgRg no REsp 1.100.516/PR, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 12.5.2015).

47. No caso dos autos, a ação foi precedida por um procedimento administrativo, motivado por representação de um cidadão quanto às supostas irregularidades na prestação do serviço de transporte coletivo em Taubaté/SP, sobrevindo a Ação Civil Pública apenas quanto ao tema da fixação da tarifa.

48. Posto isto, não se verifica má-fé do *Parquet*, especialmente porque tratou-se de uma causa extremamente técnica, embasada em laudos formulados por instituições especializadas no tema. Não há *mala fides* na atuação do órgão, até porque se sagrou, em parte, vencedor no feito (declaração de nulidade dos Decretos Municipais), e não se pode dizer que age em má-fé quem vence a ação, ainda que em parte.

49. Ante o exposto, conhece-se do Recurso Especial de ABC TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA e a ele se dá provimento para, reformando o acórdão recorrido, excluir a condenação da concessionária quanto à obrigação de reparar perdas e danos.

50. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se, na origem, de ação civil pública com preceito cominatório de obrigação de fazer, objetivando a redução da tarifa de ônibus no município de Taubaté, ao argumento de que os preços foram ilegalmente majorados quando da conversão da moeda em real, pois deveriam observar unicamente a regra estabelecida no art. 35, § 1º, da Lei n. 8.880/94.

A ação foi julgada procedente em sentença que declarou a nulidade dos decretos municipais que fixaram as tarifas de forma irregular e converteu a obrigação de fazer em perdas e danos, consistentes na diferença entre o lucro bruto auferido pela concessionária e o que deveria ter ela efetivamente percebido, determinando a reversão dos valores apurados para o Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (fls. 1.947/1.966).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve na íntegra a sentença, em acórdão assim ementado (fl. 171):

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa dos interesses difusos dos usuários de serviço público de transporte coletivo. A conversão da obrigação de reduzir tarifa em perdas e danos iguais ao lucro correspondente a período já vencido se insere no pedido. Não afronta a autonomia municipal a verificação pelo Poder Judiciário da realidade da motivação do aumento de tarifa de serviço público municipal.

Ato contínuo, a ré ABC Transportes Coletivos Vale do Paraíba LTDA interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em que aduz violação aos arts. 81, parágrafo único, I e 82, I, da Lei n. 8.078/90, ao argumento de que o Ministério Público não deteria legitimidade para questionar política tarifária do serviço de transporte coletivo, pois inexistente relação de consumo na questão em debate.

Afirma, ainda, que a sentença não poderia converter a obrigação de fazer em perdas e danos, pois ao assim fazer ampliou indevidamente o pedido exordialmente formulado pelo *Parquet* estadual, procedendo em franco desrespeito aos arts. 128, 459, 460 e 461, § 1º, do CPC.

Por fim, defende a responsabilidade exclusiva do município co-réu no irregular reajustamento de preços, de modo que a Municipalidade deveria arcar de forma solidária com a indenização devida. Aqui, para sustentar sua tese, dá por aviltado o art. 13 da Lei n. 7.347/85.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 2.379/2.390, opinou pelo desprovimento do apelo nobre.

O eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ao apreciar as razões de inconformismo, afastou a alegada ilegitimidade ativa do Ministério Público para promover a presente ação civil pública, fundando-se, para tanto, na jurisprudência pacífica desta Corte sobre o tema.

De outro lado, reconheceu a responsabilidade do município de Taubaté pela majoração indevida das tarifas, uma vez que os decretos impugnados são de sua autoria. Entretanto, como a sentença condenou somente a concessionária e não houve apelação para que a obrigação de indenizar também se estendesse ao poder público concedente, deu provimento ao recurso especial para excluir a recorrente da responsabilidade de devolver o valor das diferenças tarifárias e julgar improcedente a ação civil pública.

Eis as conclusões do ilustre relator:

35. Por isso, em termos lógicos, fica preservado o acórdão quanto à nulidade dos Decretos, até porque o Município de Taubaté/SP não recorreu para defender a legalidade dos atos que editou.

36. Porém, conforme fundamentado, é incabível exigir da concessionária de serviço público a devolução do valor de tarifa cobrada dos usuários de serviço de transporte urbano de passageiros, praticado ao tempo em que vigorou o ato municipal (Decreto Executivo) que o fixou.

37. Excluída a condenação, fica prejudicado o terceiro ponto de insurgência, referente à alegação de cerceio de defesa ante a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos.

38. Frente ao exposto, o acórdão do Tribunal deve ser reformado, a fim de julgar improcedente o pedido em Ação Civil Pública quanto à condenação da empresa ABC TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA. ao pagamento de reparação em perdas e danos.

Para examinar mais de perto a questão, pedi vista dos autos.

Não apresento qualquer objeção com relação ao primeiro tópico do recurso, pois, conforme ressaltou o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o Ministério Público ostenta legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública objetivando resguardar direitos individuais homogêneos dos consumidores, como registram os seguintes precedentes: *AgRg no REsp 1.344.098/MT*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 20/11/2012; e *AgRg no Ag 1.249.559/RJ*, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/2/2012.

De outro vértice, a empresa recorrente defende, em resumo, violação ao art. 13 da Lei n. 7.347/85, por entender que o município de Taubaté é o único responsável pela fixação das tarifas, de forma que a empresa concessionária não pode responder pelos danos causados à população.

Assim foi posto o inconformismo com o acórdão objurgado (2.103/2.104):

V.1.c. Da violação ao art. 13 da Lei 7.347/85

Na dicção do r. acórdão recorrido, o art. 13 da Lei 7.347/85 não teria sido violado, no caso dos autos, posto que quem teria efetivamente lucrado com a política tarifária em questão seria a empresa concessionária, e não o Município, restando, pois, evidente que o interesse da Municipalidade, nesses autos, estaria restrito à defesa dos Decretos Municipais impugnados.

*Ledo, pois, o engano no qual incorre o r. **decisum** fustigado.*

*Em primeiro lugar, cumpre registrar que a política tarifária, **in casu**, é integralmente definida pelo Município, não tendo a concessionária qualquer ingerência na definição do preço praticado, a não ser apresentar suas planilhas de custo, que aliás também são confeccionadas pela Municipalidade.*

Assim, ressei claro que se ilícito houve, in casu, a responsabilidade pelo ato ou conduta é toda do Município. Quem editou os Decretos que determinaram os aumentos questionados, acaso a empresa concessionária?

Ao depois, se lucratividade excessiva houvesse em decorrência dessa política tarifária - o que se cogita por argumento -, é claro que o Município teria sua cota de lucratividade com isso, na medida em que recebe da empresa concessionária valores decorrentes da outorga onerosa do serviço. Além disso, o município cobra taxas de gerenciamento do sistema, e percebe ISS da empresa prestados da concessionária.

Todas essas verbas são calculadas sobre as receitas da empresa, o que implica dizer que aumentando tais receitas, aumenta-se o valor repassado ao Município. Vale lembrar, finalmente, que as receitas da empresa concessionária são integralmente provenientes da execução do serviço impugnado. Evidente, assim, o malferimento ao dispositivo contido no art. 13 da Lei 7.347/85, verbis:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados.

§ 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Deveras. Se a condenação em reparar danos deve ser mantida - o que se cogita por apego ao argumento -, evidente que a Municipalidade também deve arcar com tal indenização, em solidariedade com a empresa concessionária, visto que, se responsabilidade existe no caso, cumpre indagar quem editou os decretos inquinados de ilegalidade e quem implementou a política tarifária testilhada nos autos.

Também nesse ponto, portanto, merece reforma o r. acórdão fustigado.

Essa tese foi acolhida pelo relator, o qual entendeu que a solução adotada para a lide cria situação incompatível com a ordem jurídica, pois afasta a responsabilidade da municipalidade.

Em que pesem aos argumentos do voto proferido, ousou divergir para afirmar que o recurso especial, nesse aspecto, não possui condições de alcançar conhecimento.

Isso porque o art. 13 da Lei n. 7.347/85 consubstancia regramento que se limita a disciplinar o fundo de reconstituição de bem lesado, não se prestando a sustentar a tese defendida nas razões do especial, no sentido de que caberia exclusivamente ao município de Taubaté, e não à recorrente ABC Transportes, o dever de recomposição da lesão pecuniária apurada nos autos.

É bem verdade que o Tribunal *a quo* chegou a abordar o aludido artigo 13 da LACP, mas assim o fez no exclusivo propósito de realçar que a responsabilidade de recolher valores ao fundo seria da concessionária, pois, nas palavras do acórdão estadual, foi ela quem “lucrou em prejuízo do interesse dos usuários do serviço público de transporte coletivo” (fl. 2.052). No entanto, o dito artigo 13 nada dispõe ou define acerca dos vetores que devem orientar a culpa e a responsabilização do réu implicado na ação civil pública. Em suma, inexistindo nesse específico normativo comando capaz de infirmar o primário juízo formulado no acórdão recorrido em relação à recorrente ABC Transportes, impõe-se, no ponto, a incidência da Súmula 284/STF (“*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*”).

Por oportuno, destacam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IRPF. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DISPOSITIVO LEGAL APONTADO COMO VIOLADO QUE NÃO CONTÉM COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O JUÍZO FORMULADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

1. Não pode ser conhecido o recurso especial pela alínea a se o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, da orientação posta na Súmula 284/STF.

2. A divergência jurisprudencial ensejadora do conhecimento do recurso especial pela alínea c deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências dos arts. 541, § único, do CPC e 255 do RISTJ.

3. Consoante o disposto o art. 500, III, do CPC, não pode ser conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional, interposto na forma adesiva, tendo em vista a

inadmissão do recurso especial principal. Precedentes: RESP. 645.862/PR; 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005 e RESP. 493.851/SP; 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.08.2004.

4. *Recursos especiais não conhecidos.*

(REsp 763.359/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 256)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DO ARESTO RECORRIDO INATACADO. SÚMULA 283/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA ABORDADA NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 282/STF. DISPOSITIVOS APONTADOS NÃO TÊM COMANDO PARA INFIRMAR A FUNDAMENTAÇÃO DO ARESTO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *A recorrente não atacou o fundamento do aresto recorrido atinente à perda de objeto da exceção de pré-executividade se a execução já se consumou pelo pagamento, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.*

2. *Com relação aos arts. 267, VI e § 3º, e 618, do Código de Processo Civil, aplica-se o teor da Súmula 282/STF, tendo em vista que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos.*

3. *Ainda que se considerassem prequestionados os dispositivos legais, mostra-se inviável a sua análise, pois: (a) os dispositivos apontados como violados não têm comando capaz de infirmar a fundamentação do aresto recorrido - incidência da Súmula 284 do STF, e (b) o exame da irrisignação, atinente à certeza e liquidez do título executivo, demanda o reexame do suporte fático dos autos, inviável em Recurso Especial, consoante o teor da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo Regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no Ag 600.852/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJe 02/06/2008)

Acaso superado o óbice da Súmula 284/STF, não é possível prevalecer o entendimento de que a expedição dos decretos estabelecendo as tarifas aqui impugnadas pelo município seria capaz de afastar a responsabilidade da empresa concessionária de serviços públicos.

Como bem destacou o acórdão recorrido, foi apurado em laudo pericial que o aumento abusivo das tarifas se deu por superfaturamento das planilhas que guiaram o Município de Taubaté na elaboração dos decretos impugnados (fl. 2.053). A sentença de piso, nesse particular aspecto, bem elucidou a questão (fls. 1.955/1.956):

*Observando o caso concreto submetido à sua apreciação, não apenas as conclusões da Fundação CEPAM apontaram razão aos reclamos do autor, como digno de nota são considerações exaradas no curso do trabalho, como a que se tem a fl. 678 em que se afirma 'a planilha apresentada naquela ocasião pela empresa e que consta no procedimento administrativo n. 5/95 da Promotoria de Justiça de Taubaté **não justificava em hipótese alguma**, os aumentos concedidos pelo Executivo municipal'.*

*Ou ainda, na página seguinte - fl. 679 - a contundente afirmação de que 'Os valores dos salários, os coeficientes de encargos sociais e de remuneração do capital **não estão adequados** às médias do mercado, o que induz a uma elevação artificial do custo final da tarifa'.*

O próprio índice de encargos sociais, apresentado pela concessionária à Municipalidade a fim de justificar a necessidade de reajustamento do valor da tarifa - 102% -, faz transparecer a falta de lisura no procedimento da co-ré, ilação essa que decorre ao se cotejar, na mesma época o índice de outras cidades como São Paulo - 58,02% - ou Piracicaba - 63% - ou ainda o valor sugerido pela própria Instituição: 59%.

E por aí afora, desde a excessiva média de salário do pessoal administrativo (fl. 683), até a afirmação de que o índice de passageiros por quilômetro apresenta-se muito acima da média nacional e portanto deveria refletir-se numa diminuição do valor da tarifa, enfim, a conclusão do laudo não poderia ser outra senão a de que os valores de despesas apresentados pela concessionária foram 'ajustados' para justificar a fixação da 'tarifa' pretendida.

É a síntese: 'Tal planilha apresenta alguns índices e valores fora da realidade de mercado, com o objetivo específico de elevar artificialmente o custo final da tarifa, procurando justificar os valores pleiteados à Administração municipal'.

Como se percebe do trecho transcrito, é imputável à recorrente o excesso nos valores praticados, pois apresentou planilhas de custos com o objetivo de majorar a tarifa a patamares indevidos, tendo, nesse intento, obtido a chancela da municipalidade.

Ademais, o art. 25 da Lei n. 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) é claro ao determinar que incumbe à concessionária responder por todos os prejuízos causados aos usuários, de forma que não vejo como possível acatar a tese defendida pela concessionária de eximir-se de responsabilidade pela reparação dos danos identificados na presente ação civil pública.

Por fim, não prospera a alegação de que a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos teria ampliado indevidamente o pedido formulado na inicial, violando os arts. 128, 459, 460 e 461, § 1º, do CPC.

Com efeito, o Tribunal *a quo*, de forma acertada, não vislumbrou afronta aos dispositivos assim invocados, por considerar que a condenação em perdas e danos, ante a impossibilidade de efetivação da obrigação específica postulada na inicial, encontrava amparo no art. 461, § 1º, do CPC, não se podendo, pois, reconhecer a pretendida ofensa ao princípio da adstrição da sentença ao pedido. Inviabilizada, como no caso concreto, a tutela específica ou a obtenção de resultado prático correspondente ao pleiteado pela parte credora, lícito se tornará a conversão da obrigação “em perdas e danos” (art. 461, § 1º, do CPC).

Tal entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, que já se manifestou no sentido de que “*a conversão do pedido de obrigação de fazer em indenização por perdas e danos não configura julgamento extra petita, nos termos do art. 461, § 1º, do CPC, ainda que não haja pedido explícito nesse sentido*” (AgRg no Ag 1.397.365/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 18/09/2012).

Em igual rumo, calha destacar:

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE REVISTAS - OBRIGAÇÃO DE FAZER - COMPROVAÇÃO, PELA EDITORA-RÉ, DA INVIABILIDADE ECONÔMICA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, EM RAZÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA - ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE, NA PRESENTE VIA RECURSAL - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE TUTELA ESPECÍFICA E DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE - CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS - POSSIBILIDADE, INCLUSIVE DE OFÍCIO - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE - POSSIBILIDADE, IN CASU - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A alteração das conclusões do acórdão recorrido no sentido de que a Editora recorrida teria comprovado suficientemente nos autos a impossibilidade econômica de continuar a cumprir a obrigação da fazer, implicaria o reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 7/STJ);

II - Independentemente de a impossibilidade ser jurídica ou econômica, o cumprimento específico da obrigação pela recorrida, no caso concreto, demandaria uma onerosidade excessiva e desproporcional, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade ressarcimento;

III - É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada;

IV - Na espécie, a aplicação do direito à espécie por esta Corte Superior, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, afigura-se possível, tendo em conta os princípios da celeridade processual e da efetividade da jurisdição;

V - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.055.822/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 26/10/2011 - GN)

Ante o exposto, com o máximo respeito à diferente perspectiva descortinada pelo eminente Relator, *nego provimento ao recurso especial.*

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região): - Senhor Presidente, estou inteirado do caso, mesmo porque recebi e examinei memoriais, pelo que peço toda licença à Sra. Ministra Regina Helena Costa para adiantar meu voto.

Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, embora Vossa Excelência, a ver pelos seus pronunciamentos nesta Turma, às vezes seja infenso à observância de certas regras processuais, no caso é a observância de uma importante regra processual que me faz acompanhar o voto de Vossa Excelência: a que proíbe ao juiz julgar fora e/ou além do pedido (arts. 128, 459 e 460 – CPC).

Essa ação foi proposta contra o Município de Taubaté e uma empresa concessionária do serviço público municipal de transporte municipal de passageiros, como litisconsorte, pedindo o MPE/SP a anulação de diversos decretos municipais de majoração de tarifa.

Nenhum pedido foi feito contra a concessionária; o pedido, contra o Município, consistiu no desfazimento dos decretos municipais de majoração da tarifa de ônibus. Aludiu-se a uma tarifa de R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos) para que fosse praticada enquanto o processo durava e que, a final, os decretos municipais fossem anulados. Nenhum pedido condenatório de natureza econômica, de índole indenizatória, a título de perdas e danos, contra a concessionária.

A sentença acolheu o pedido e determinou que o Município anulasse os decretos. Mas, surpreendentemente, e evidentemente fora do pedido, e contra um sujeito processual contra o qual nada fora pedido, condenou a concessionária

a pagar indenização, seguramente pela tarifa recebida a mais, a ser apurada em liquidação, por conta dessa diferença de tarifa.

Na minha avaliação isso não poderia acontecer, porque o capítulo condenatório está, evidentemente, fora do pedido. Se fosse possível explicar a condenação da empresa pelo viés da conversão de uma obrigação de fazer, nos termos do art. 461 (segunda parte) do CPC, isso somente seria admissível se a obrigação de fazer – a anulação dos decretos municipais que aumentaram a tarifa – tivesse a empresa como devedora, e se ela tivesse natureza patrimonial.

Nenhuma das condições está presente. A condenação à anulação dos decretos foi imposta ao Município, como não poderia deixar de ser. Se ela comportasse conversão em perdas e danos (e não comporta), deveriam elas ser suportadas pelo devedor; não pela concessionária, que não recebeu nenhuma condenação, a não ser a de suportar os efeitos da anulação dos decretos. A obrigação de fazer, imposta ao Município, não tinha nenhum porte econômico; era só anular os decretos municipais, pura e simplesmente. Não é possível que a anulação de um decreto municipal importe, por conversão de uma obrigação de fazer, em pagamento de uma indenização vultosa de ordem econômica por conta de quem fora apenas litisconsorte e contra quem nada fora pedido.

Reputo correto o voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na conclusão, quando glosa exatamente essa condenação da concessionária na reparação de perdas e danos. Data vênua da eminente Sub-Procuradora Geral da República aqui presente, Dra. Denise Vinci Túlio, houve uma falha grave no pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo nesta ação.

Deveria ter pedido a condenação da concessionária ao pagamento, em devolução, das tarifas recebidas a mais. Se isso não aconteceu, somente uma ação autônoma poderá cuidar do tema, a tempo e modo. Não tendo havido o pedido, a sentença foi além do que poderia. Não seria cabível admitir um pedido implícito em função do litisconsórcio. O pedido deve ser certo e determinado, inclusive para permitir a defesa.

Não houve o pedido condenatório de ordem patrimonial e, ainda que fosse admitido de forma implícita, jamais o seria contra a concessionária, que somente estava na relação processual para, sendo o caso, sujeitar-se à anulação dos decretos pelo Município, que não tem substrato econômico nenhum. A sentença não fez o indispensável elo entre os princípios da congruência e o dispositivo.

Nesse contexto, Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, para dar provimento ao recurso especial e afastar a condenação ao pagamento de perdas e danos.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Cuida-se de recurso especial interposto por *ABC TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAÍBA LTDA*, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República, contra acórdão prolatado pela Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença condenatória em ação civil pública proposta pelo Ministério Público paulista, em face do Município de Taubaté e da empresa concessionária, visando a redução dos valores da tarifa para o serviço público de transporte coletivo de passageiros, em razão de ilegal majoração quando da conversão da moeda em Real, com desatenção à regra estabelecida no art. 35, § 1º, da Lei n. 8.880/94, bem como pelo aumento dos preços no período subsequente em patamar bem superior ao razoável.

O acórdão impugnado recebeu a seguinte ementa (fl. 2.050e):

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa dos interesses difusos dos usuários de serviço público de transporte coletivo. A conversão da obrigação de reduzir tarifa em perdas e danos iguais ao lucro correspondente a período já vencido se insere no pedido. Não afronta a autonomia municipal a verificação pelo Poder Judiciário da realidade da motivação do aumento de tarifa de serviço público municipal (fls. 2.048/2.053e).

A Recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos legais: i) arts. 81, parágrafo único, I e 82, I da Lei n. 8.078/90, ante a ausência de legitimidade ativa do Ministério Público, por não configurada relação de consumo; ii) arts. 128, 459, 460, e 461, § 1º, do Código de Processo Civil, uma vez que a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos ampliou indevidamente o pedido formulado na inicial, causando o cerceamento de defesa das demandadas; e iii) art. 13 da Lei 7.347/85, pois, sendo a Municipalidade a responsável pela implementação da política tarifária em questão, deveria arcar de forma solidária com a indenização imposta à concessionária.

Requer o provimento do recurso para que seja reformado o acórdão impugnado, julgando-se improcedente o pedido (fls. 2.082/2.105e).

Com contrarrazões (fls. 2.113/2.120)), o recurso foi inadmitido na origem, subindo a esta Corte, por força do decidido no Agravo de Instrumento n. 777594/SP (Apenso 1), recebendo a manifestação ministerial de fls. 2.379/2.390e.

Iniciado o julgamento, o Senhor Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, após anotar a ausência de comprovação de dissídio jurisprudencial, e afastar a alegada ilegitimidade ativa do Ministério Público, deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido quanto à condenação da Recorrente ao pagamento de reparação em perdas e dano, dando por prejudicado o ponto da insurgência referente à alegação de cerceamento de defesa ante a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos.

Por sua vez, em seu voto-vista, o Senhor Ministro Sérgio Kukina também afastou a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público, divergindo, no mais, do Senhor Relator, negando provimento ao recurso especial.

Entendeu Sua Excelência que a alegada ofensa ao art. 13 da Lei n. 7.347/85 não possui condições de alcançar conhecimento, por deficiência na fundamentação, ensejando a aplicação do disposto na Súmula 284/STF, uma vez que a norma tida por violada se limita a disciplinar o fundo de reconstituição de bens lesados, não se prestando a sustentar a tese defendida nas razões do Especial, quanto à responsabilidade do Município de Taubaté na recomposição da lesão pecuniária.

Anotou que, ainda que superado o óbice da Súmula 284/STF, não seria possível prevalecer o entendimento segundo o qual a expedição dos Decretos municipais fixando o valor das tarifas seria capaz de afastar a responsabilidade da empresa concessionária de serviços públicos na reparação dos danos causados aos usuários, porquanto: a) restou consignado, nas instâncias ordinárias, que o aumento abusivo das tarifas se deu por superfaturamento, pela Recorrente, das planilhas de custos que subsidiaram o Município de Taubaté na elaboração dos Decretos impugnados; e b) o art. 25 da Lei n. 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) é claro ao determinar que incumbe à concessionária responder por todos os prejuízos causados aos usuários dos serviços públicos.

Por fim, no tocante à alegação de que a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos teria ampliado indevidamente o pedido formulado na inicial, o Senhor Ministro Sérgio Kukina não vislumbrou afronta aos dispositivos legais apontados, uma vez que o acórdão impugnado, ao considerar que a condenação

em perdas e danos, ante a impossibilidade de efetivação da obrigação específica postulada na inicial, encontrava amparo no art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, adotou entendimento harmônico com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a conversão do pedido de obrigação de fazer em indenização por perdas e danos não configura julgamento *extra petita*, nos termos do art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, ainda que não haja pedido explícito nesse sentido, trazendo precedentes nesse sentido.

Após os votos do Senhor Ministro Benedito Gonçalves e do Desembargador Federal Convocado, Olindo Menezes, acompanhando o voto do Senhor Ministro Relator (fl. 2435e), pedi vista dos autos para apreciá-los com maior detença.

Por primeiro, na esteira do voto do Senhor Relator, verifico que o Recurso Especial não pode ser conhecido com fundamento na alínea “c”, do permissivo constitucional, atinente ao dissídio jurisprudencial, pois a Recorrente deixou de proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados, com o escopo de demonstrar que partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes, bem como de transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias dos casos confrontados, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas (AgRg no REsp 1.355.908/RS, 1ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 15.08.2014; e AgRg no REsp 1.420.639/PR, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campos Marques, DJe de 02.04.2014).

Assim, a insurgência será examinada apenas sob o enfoque da violação aos dispositivos de lei federal indicados.

Quanto à alegada violação ao art. 13, da Lei n. 7.347/85, acompanho a divergência inaugurada pelo Senhor Ministro Sérgio Kukina, no sentido do seu não conhecimento, porquanto ausente comando suficiente no dispositivo apontado, que prevê a reversão dos valores decorrentes da condenação ao fundo gestor para fins de reconstituição de bens lesados, para alterar a conclusão estampada no acórdão recorrido acerca da questão envolvendo a responsabilidade solidária ou não dos Réus quanto ao dever de indenizar, razão pela qual o recurso não merece prosperar nesse ponto, incidindo, na espécie, por analogia, o óbice contido na Súmula 284, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA E LAVRA DE MINÉRIOS. PEDIDO PROTOCOLADO NO ÚLTIMO DIA DA LICENÇA ANTERIOR. ACÓRDÃO A QUO QUE CONCLUI, COM BASE NOS FATOS E PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, SER DESARRAZOADO O INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. ARTIGO 18, INCISO I, DO CÓDIGO DE MINERAÇÃO. DISPOSITIVO LEGAL QUE NÃO CONTEM COMANDO CAPAZ DE SUSTENTAR A TESE RECURSAL E INFIRMAR O JUÍZO FORMULADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO STF.

(...)

2. Não pode ser conhecido o recurso especial se o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de sustentar a tese recursal e infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, da orientação posta na Súmula 284/STF.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 385.170/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 08/08/2014).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO ESPECIAL. SÚMULAS 282, 284, 356/STF E 7/STJ.

(...)

3. O fato de constar na Lei de Licitações a previsão de empreitada integral não infirma, de plano, os dizeres do acórdão no sentido de que não há empecilho à inclusão do fornecimento de imóvel. O conteúdo dos dispositivos mencionados no Especial não têm comando suficiente para alterar o acórdão. Incidência da Súmula 284/STF.

(...)

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 229.402/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 08/05/2013).

No tocante à alegada violação aos arts. 81, parágrafo único, I e 82, I da Lei n. 8.078/90, acompanho o voto do Senhor Relator, em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido do reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, inclusive quando decorrentes de serviços públicos (AgRg no AREsp 255.845/SP, 2ª T., Rel. Min.

Humberto Martins, DJe de 10.8.2015; e AgRg no Ag 1.249.559/RJ, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 2.02.2012).

Por fim, na linha do voto divergente, entendo não violados os arts. 128, 459, 460, e 461, § 1º, do Código de Processo Civil, não colhendo a alegação de que a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos ampliou indevidamente o pedido formulado na inicial, com cerceamento de defesa.

Com efeito, o Ministério Público paulista propôs, com lastro em parecer técnico da Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, ação civil pública contra o Município de Taubaté e a empresa concessionária ABC - Transportes Coletivos Vale do Paraíba LTDA, alegando, conforme resumido na sentença de fls. 1.947/1.966, que a Medida Provisória n. 457/94, convolada na Lei n. 8.880/94, introduziu a URV como padrão de valor monetário, estabelecendo, em seu art. 35, § 1º, que as tarifas que não foram convertidas em URV deveriam ser fixadas em Real no dia 1º de julho de 1.994, tendo como parâmetro a média tarifária dos últimos 4 meses; aos 28 de junho de 1994 o Prefeito Municipal de Taubaté expediu o Decreto n. 7.820 mediante o qual foi fixada a tarifa do serviço de transporte coletivo de passageiros da cidade em R\$ 0,45 (quarenta e cinco centavos de Real), tendo sido pouco depois reduzida pelo Decreto n. 7.837/94 para R\$ 0,44 (quarenta e quatro centavos de Real); essa operação não observou a média dos últimos 4 meses ao converter a tarifa em Reais, pois, considerando as variações diárias de valor da URV no referido período, o valor correto seria R\$ 0,31 (trinta e um centavos de Real); houve desrespeito da norma federal por parte da municipalidade e enriquecimento abusivo da corrê. Não bastasse essa ilegalidade, houve, em junho e outubro de 1.995 e em julho de 1996, aumento do preço público em patamar bem superior ao razoável, tudo por autorização do Prefeito Municipal, com base em planilhas de custos elaboradas pela corrê; que o parecer técnico que acompanha a inicial demonstra que as planilhas foram feitas realizando “conta de chegada”, ou seja, custos que aparentemente justificariam o valor da tarifa sugerida; em suma, os Decretos ns. 8.807/95, 8.148/95, e 8.336/96, concederam aumentos abusivos, com ofensa aos princípios constitucionais, como o da razoabilidade e o caráter vinculado do ato administrativo de conversão de tarifas em Reais.

Da inicial da ação civil pública constam os seguintes pedidos:

a) a concessão de **MEDIDA LIMINAR**, inaudita altera pars, a fim de **suspender a eficácia dos Decretos Municipais** n. 7753/94, 7820/94, 7837/94, 7777/94, 8148/95 e 8336/96, **obrigando-se a Municipalidade de Taubaté a adotar a tarifa de R\$ 0,53**

(cinquenta e três centavos de real), para o serviço público de transporte coletivo de passageiros, até o julgamento da presente lide;

b) a citação das rés, na pessoa de seus representantes legais, com a autorização de que trata o artigo 172, § 2º do Código de Processo Civil, para resposta no prazo legal, anotando-se no mandato que, não sendo contestado o pedido, ficarão sujeitas aos efeitos da revelia;

c) **ao final, seja a ação julgada procedente, obrigando-se a municipalidade de Taubaté a adotar a tarifa de R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos de real), para o serviço público de transporte coletivo de passageiros, até posterior revisão ou reajuste, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sujeito à incidência de correção monetária, pelos índices oficiais, desde a distribuição desta petição até o seu efetivo pagamento, para recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (Decreto estadual n. 27.070, art. 13 da Lei n. 7347/85), na conta corrente n. 4300074-8, da Agência 0248 (Liberdade – capital) do Banespa.**

Mediante o provimento liminar de fl. 1.198e, o valor da tarifa foi reduzido, porém, considerado o tempo decorrido, para o valor de R\$ 0,65 (sessenta e cinco centavos de Real), fixado pelo Decreto n. 8.148/95, decisão mantida pelo Tribunal *a quo* em sede de agravo de instrumento, mas suspensa por força de decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 1.950e).

A sentença de procedência, mantida integralmente pelo acórdão recorrido, com base nas alegações e elementos fático-probatórios produzidos sob o crivo do contraditório, considerou ilegais as majorações das tarifas em discussão, decretando a condenação nos seguintes termos (fl. 1.966e):

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE a presente ação civil pública para declarar nulos os Decretos Municipais nos. 7.753/94, 7.820/94, 7.837/94, 7.777/94, 8.148/95 e 8.336/96, e converto a obrigação de fazer em perdas e danos referentes ao período dos referidos Decretos, condenando a co-ré ABC - TRANSPORTES COLETIVOS VALE DO PARAIBA LTDA. ao pagamento dessa dívida de valor. Perdas e danos esses a serem apurados em liquidação de sentença, consistentes na diferença entre o lucro bruto auferido pela concessionária e o que deveria ter percebido, tendo como base para esse cálculo o valor da “tarifa” na data da edição de cada Decreto e o que, a ser apurado em perícia, deveria ter sido praticado, com a ressalva de que eventual valor estimado a maior em perícia judicial não implicará crédito ou compensação em favor da concessionária. O lucro em excesso, no período entre o Decreto 7.753/94 e o Decreto 8.336/96, a ser encontrado em liquidação de sentença, reverter-se-á em favor do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.**

Custas processuais pelos vencidos, bem como a verba honorária que fixo em 20% do valor da condenação a ser apurado em liquidação. Após o decurso do prazo dos recursos voluntários, subam os autos ao E. Tribunal nos termos do art. 475, II, Código d Processo Civil (destaques meus).

Depreende-se, da inicial, pois, que o objeto da demanda diz com à *anulação* dos Decretos questionados, tidos por ilegais, emitidos pela Municipalidade, e a obrigação de esta *adotar* a tarifa reduzida apontada e, como consequência, de a empresa concessionária *suportar* a prestação dos serviços de transportes coletivos de passageiros objeto da concessão, no valor indicado, com a consequente redução de receitas.

Nessa linha, a sentença encontra-se congruente com o pedido formulado na inicial de *anular* os decretos indicados e, considerada, fundamentadamente, a impossibilidade de obrigar a Municipalidade a *adotar* a tarifa apontada na inicial da ação civil pública, a ser *suportada* pela empresa Recorrente, possível a aplicação do art. 461, § 1º do Código de Processo Civil.

Calha anotar que em nenhum momento a Recorrente discordou ou se insurgiu quanto à conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias, quanto à impossibilidade, no momento da prolação da sentença, do cumprimento da obrigação de o Município de Taubaté adotar a tarifa de R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos de Real), apontada na inicial.

A propósito, a excepcional conversão da obrigação de fazer em perdas em danos, nos termos do art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, foi assim justificada pelo juízo de primeiro grau:

Questão aparentemente intrincada decorre da natureza da tutela jurisdicional apta a satisfazer a pretensão declarada.

Em outras palavras, embora reconheço a nulidade dos Decretos Municipais arrolados na inicial (fls. 12), em razão da ofensa ao princípio da moralidade, admito que é impossível a tutela específica, consistente na obrigação de fazer, em adotar a Municipalidade de Taubaté a “tarifa” de R\$ 0,53 para o serviço público de transporte municipal, pedido esse reiterado em memorial (fls. 1.490).

Isso porque a ação foi proposta em 28 de novembro de 1996, tendo como objeto da ação os Decretos Municipais a partir do Decreto 7.753 de 5 de maio de 1994 (fls. 302) até o Decreto n. 8.336 de 21 de junho de 1996 (fls. 759).

Ou seja, quase 5 anos transcorreram do último ato impugnado. Mais de 7 anos se passaram do primeiro.

Impor na atualidade a tarifa no valor declinado na inicial como acima dito, distribuída em 28 de novembro de 1996 seria, no mínimo, temerário. Pois muito

tempo se passou, e não é a simples correção monetária que pode dizer qual seria, hodiernamente, a correta “tarifa” a ser praticada.

A própria vigência da “tarifa” atual, por certo, não se escora em qualquer Decreto declinado nessa ação e que por essa ocasião reconhece-se a sua invalidade.

Mesmo porque, como há a possibilidade de ter persistido o excesso, também o há, em tese, dos atuais valores estarem defasados.

Absolutamente impossível a imposição da obrigação de fazer, na forma como pretendida na inicial, resta, tão-somente, a excepcional conversão em perdas e danos, nos moldes do parágrafo 1º do art. 461 do Código de Processo Civil.

(...)

De fato, toma-se impossível a pretendida obrigação de fazer. Não apenas a correção monetária incidiria no período entre a propositura da ação até a presente data, como também haveria a necessidade incontestável de se sopesar inúmeras variantes específicas como o aumento, do combustível, declínio ou aumento de peças e veículos em razão do tempo e da tecnologia acometidos, evolução das relações trabalhistas no período, enfim, uma interminável somatória de fatores que mais se enquadrariam em uma perícia em outra ação - se o caso - do que numa vã tentativa de reajustar o valor declinado na inicial - R\$ 0,53 - para os dias atuais.

A conversão em perdas e danos, por outro lado, não deixa ao desamparo a pretensão reconhecida, e satisfaz, na medida do que é concretamente realizável, o direito reclamado (destaquei).

Sobre o ponto, o Tribunal de origem, ao manter a sentença, consignou (fls. 2.051/2.052e):

*Não padece a respeitável sentença da nulidade que nela quis ver a empresa apelante. **A conversão da obrigação de fazer em perdas e danos tem amparo na parte final do § 1º do artigo 461 do Código de Processo Civil e na parte final do § 1º do artigo 84 da Lei n2. 8.078/90, porque impossível, quando proferida a respeitável sentença, a obtenção do resultado prático correspondente. Nem se deu mais do que o pedido: se não tivesse sido suspensa, e não revogada, a liminar, a empresa apelante teria deixado de lucrar a mais do que o devido aquilo a que foi condenada a título de perdas e danos. Nem pode ela dizer que foi mais severamente sancionada, sem culpa sua, em razão do tempo de tramitação do processo: ela só recolherá ao fundo aquilo que recebeu a mais do que o devido. O valor das perdas e danos está contido no pedido de redução da tarifa.***

Incólumes o artigo 128 e o caput dos artigos 459 e 460, todos do Código de Processo Civil.

(...) Quem lucrou em prejuízo do interesse dos usuários do serviço público de transporte coletivo foi a empresa. Essa é que deve fazer o recolhimento ao fundo. O interesse da Municipalidade no processo foi o de defender a legitimidade dos decretos municipais que autorizaram os aumentos de tarifa (destaques meus).

Nesse quadro, além de não impugnada, constata-se que a conclusão de impossibilidade do cumprimento da obrigação de fazer, ou seja, de o Município de Taubaté adotar a tarifa de R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos de Real), a ser suportada pela empresa concessionária, encontra-se suficientemente fundamentada pelas instâncias ordinárias, sendo possível a aplicação do art. 461, § 1º do Código de Processo Civil, para a obtenção do resultado prático correspondente, com a determinação de restituição, pela Recorrente, da diferença atualizada entre os valores que recebeu pela prestação do serviço e os considerados devidos, a ser apurada em liquidação, no modo estabelecido na sentença e chancelado pelo acórdão recorrido.

Ademais, cumpre destacar que, conforme apontado no voto divergente do Senhor Ministro Sérgio Kukina, esta Corte tem entendido que a conversão do pedido de obrigação de fazer em indenização por perdas e danos não configura julgamento *extra petita*, nos termos do art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, ainda que não haja pedido explícito nesse sentido, conforme dão conta os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A conversão do pedido de obrigação de fazer em indenização por perdas e danos não configura julgamento extra petita, nos termos do art. 461, § 1º, do CPC, ainda que não haja pedido explícito nesse sentido.

(...)

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1043813/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 27/09/2011).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PEDIDO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

(...)

2.- A conversão do pedido de obrigação de fazer em indenização por perdas e danos não configura julgamento extra petita, nos termos do art. 461, § 1º, do CPC, ainda que não haja pedido explícito nesse sentido.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1397365/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 18/09/2012).

RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE FORNECIMENTO DE REVISTAS – OBRIGAÇÃO DE FAZER – COMPROVAÇÃO, PELA EDITORA-RÉ, DA INVIABILIDADE ECONÔMICA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, EM RAZÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA – ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE, NA PRESENTE VIA RECURSAL – ÔBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ – IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE TUTELA ESPECÍFICA E DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE – CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS – POSSIBILIDADE, INCLUSIVE DE OFÍCIO – APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE – POSSIBILIDADE, IN CASU – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

III - É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada;

(...)

V - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1055822/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 26/10/2011).

Isto posto, pedindo licença para divergir do Senhor Relator, *CONHEÇO EM PARTE* do recurso especial e *NEGO-LHE PROVIMENTO*.

É o voto.



PROPAGANDA ENGANOSA

MP tem legitimidade para propor ação civil pública sobre direito do consumidor

31 de março de 2016, 17h37

O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em que se discutem direitos individuais homogêneos de consumidores. O entendimento é da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não acolheu argumento de uma empresa de turismo que reclamava de atuação do MP do Rio de Janeiro. A companhia afirmava que os promotores não teriam competência para ajuizar esse tipo de ação.

Para o relator do recurso no STJ, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o ponto-chave da questão é estabelecer se o MP-RJ tem legitimidade ou não para propor a ação civil pública nesse caso. Sanseverino citou a jurisprudência do STJ e também julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que a questão é pacificada no sentido da legitimidade do órgão ministerial.

“Na espécie, o Ministério Público atua em substituição processual àqueles consumidores que contrataram com a pessoa jurídica demandada e se viram lesados pela empresa. Os direitos, objeto de discussão, são tratados de modo impessoal e coletivo e postula-se a prolação de uma sentença genérica”, argumenta o magistrado.

Para ele, a atuação do Ministério Público não viola nenhum dispositivo legal e é perfeitamente cabível em situações como a analisada. A empresa recorrente argumentava que a atuação do MP-RJ também violava dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A empresa de turismo buscava reverter decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que a condenava por propaganda enganosa, técnicas abusivas de venda e serviços defeituosos, e também os seus sócios, para possibilitar o cumprimento da sentença, já que reconhecida a situação de insolvência da pessoa jurídica.

Valores em dobro

O recurso foi parcialmente provido no sentido de delimitar a devolução de valores aos clientes lesados. O acórdão recorrido determinava a restituição dos montantes em dobro. Para o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a devolução dos valores em dobro exige a comprovação de má-fé na atuação da empresa, o que não foi comprovado na ação civil pública.

Com a decisão, a empresa permanece obrigada a devolver os valores, mas apenas com a devida correção monetária, sem a duplicidade. *Com informações da Assessoria de*

Imprensa do STJ.

Revista **Consultor Jurídico**, 31 de março de 2016, 17h37

Ministério Público e Ação Civil Pública

TEORI ALBINO ZAVASCKI

Juiz do TRF — 4ª Região. Professor de
Direito Processual Civil na UFRGS

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Atuação do Ministério Público: repartição de atribuições. III — Natureza da atuação do MP: substituição processual. IV — Impossibilidade de celebrar transação. V — Impossibilidade de desistir. VI — Conclusão.

I — Introdução

Promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos é função institucional do Ministério Público, poder-dever chancelado, superlativamente, com a inscrição no art. 129, III, da Constituição Federal. A disciplina infraconstitucional da ação está, basicamente, na Lei n.º 7.347, de 24-7-85 (“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...”), na Lei n.º 7.853, de 24-10-89 (“Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes...”), na Lei n.º 7.913, de 7-12-89 (“Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”) e na Lei n.º 8.078, de 11-9-90, o

chamado "Código de Proteção e Defesa do Consumidor" ("Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências").

De todas, a que avulta em importância é a primeira das citadas, a de n.º 7.347, de 24-7-85, e isso por duas razões: primeiro, porque todas as demais chamam expressamente por sua aplicação subsidiária; depois, porque suas disposições regem, além das ações de responsabilidade por danos causados nas hipóteses nela elencadas, também as que decorrem de danos "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (art. 1.º, inc. IV, acrescentado pelo art. 110 da Lei n.º 8.078, de 11-9-90). É lícito afirmar-se, pois, que, à falta de norma específica, é à Lei n.º 7.347/85 que o Ministério Público há de recorrer sempre que necessário para o exercício pleno da sua função institucional, seja no que diz com direitos e interesses difusos e coletivos, seja no concernente à proteção do patrimônio público e social.

Com este estudo, pretende-se trazer à reflexão alguns aspectos específicos relacionados com a participação do Ministério Público em sua condição de promovente da ação civil pública, considerado o ordenamento jurídico em seu todo.

II — *Atuação do Ministério Público: repartição de atribuições*

O Ministério Público é instituição permanente, de caráter nacional, essencial à função jurisdicional do Estado, subordinada aos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF, art. 127). Afirmer-se que o Ministério Público é uno e indivisível significa dizer, como anotou ARRUDA ALVIM¹, que a manifestação de qualquer de seus agentes, no cumprimento do dever funcional, vinculará a própria instituição como um todo. Por ser assim, é evidente que a atuação do Ministério Público, a exemplo do que se passa no Poder Judiciário — que tem sua jurisdição limitada pelas regras de competência — se dá em forma organizada e hierarquizada. Seus agentes exercem as funções sob determinadas regras e limites impostos pela estrutura do organismo. Não se poderia imaginar, com efeito, pudessem todos e cada qual dos agentes da instituição, legitimamente, falar em nome dela e assim comprometê-la, perante todo e qualquer órgão ou instância, ou em qualquer lugar, ou nos momentos que lhes aprouvessem.

É decorrência do caráter nacional da instituição e dos princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade que a regem, a sua organização mediante repartição de atribuições. Não tem outro sentido o art. 128 da CF, ao estabelecer que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, aquele compreendendo o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal

1 *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed., v. 1, São Paulo, RT, 1980, p. 318.

e Territórios, cada qual, portanto, com atribuições delimitadas. Seria inconcebível a atuação do Ministério Público sem tais delimitações. Os princípios da unidade e da indivisibilidade afastam a suposição de que o Ministério Público Federal possa atuar, indiscriminadamente, perante a Justiça do Trabalho ou a Militar ou a dos Estados. *Da mesma forma e pelo mesmo motivo não se compadece com a estrutura da instituição afirmar-se legitimidade aos agentes do Ministério Público Estadual para atuar fora da sua Comarca, ou fora de seu Estado, ou fora da jurisdição local (salvo, evidentemente, quando autorizados, como, v.g., na hipótese prevista no ADCT, art. 29, § 5.º).*

A ação civil pública será proposta, portanto, pelo Ministério Público da União, quando se tratar de causa de competência da Justiça Federal; e será proposta pelo Ministério Público dos Estados, quando for causa de jurisdição local. Não há como adotar-se, hoje, sem ofensa ao caráter nacional e ao princípio da unidade do Ministério Público, regime legal que viabilize a presença simultânea de dois Ministérios Públicos (!) no mesmo processo, de modo a ensejar tanto ao Ministério Público Federal como ao Estadual a possibilidade de intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial, na ação proposta pelo outro, como sugerido, antes da nova Carta, por autores de nomeada². De duvidosa constitucionalidade, por idêntico fundamento, o § 8.º do art. 5.º da Lei n.º 7.347/85, introduzido pelo art. 113 da Lei n.º 8.078/90, ao admitir “o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida a lei”. A tese como certo, conforme se verá, que o Ministério Público é o substituto processual dos titulares do direito defendido, não haverá título para legitimação do outro, o litisconsorte facultativo, nem sobejará direito ou interesse que possa ele defender em nome próprio na ação civil pública.

III — *Natureza da atuação do MP: substituição processual*

A promoção, pelo Ministério Público, de ação civil pública visa, conforme ditame constitucional, “... à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Do patrimônio público e social são, por exemplo, os bens que formam o patrimônio cultural brasileiro, ou seja, aqueles “de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I — as formas de expressão; II — os modos de criar, fazer e viver; III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destina-

² ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO, EDIS MILLARE e HUGO NIGRO MAZZILLI, “O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição” in *RT* n.º 611, p. 21.

dos às manifestações artístico-culturais; V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (CF, art. 216). Também o meio ambiente é patrimônio público, “bem de uso comum do povo”, na expressão constitucional, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Os direitos e interesses difusos se caracterizam pela indeterminação de titular específico, por serem metas individuais³. Os direitos difusos têm como conteúdo bens coletivos de relevante interesse geral, mas não têm “dono certo”, na expressão de CAIO TÁCITO⁴. Segundo definição da Lei n.º 8.078/90, interesses ou direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” e interesses ou direitos coletivos são “os 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 básica” (art. 81, parágrafo único, I e II).

O que se quer realçar é que, em todas as hipóteses de promoção de ação civil, seja na defesa do patrimônio público ou social, seja, ainda, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, e até nos chamados “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (Lei n.º 8.078/90, art. 81, parágrafo único, III), o Ministério Público estará sempre defendendo, não direito próprio e sim direito alheio. Direito, ou de toda a comunidade, ou de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ou classes, categorias, grupos e pessoas individualmente consideradas. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, para a qual se exige habilitação legal específica, a teor do art. 6.º do CPC. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de que não é titular, assume, no processo, a condição de substituto processual. Assim, o Ministério Público, autor da ação civil pública, é substituto processual.

IV — Impossibilidade de celebrar transação

A substituição processual é de natureza adjetiva típica e ali se esgota. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, não substitui o titular na relação de direito material, mas sim e apenas na relação processual, onde ocupa a posição que, normalmente, seria por ele ocupada⁵. Como consequência, não pode o substituto praticar ato algum que, direta

3 ADA PELLEGRINI GRINOVER. *Novas Tendências no Direito Processual*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 150.

4 “Controle judicial da administração pública na Nova Constituição” in RDP, nº 91, p. 30.

5 WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR. *Substituição Processual*. São Paulo, RT, 1971, p. 90.

ou indiretamente, importe em disposição do direito material do substituído. "É o que afirma CHIOVENDA, dizendo, em seguida, que pode haver atos da parte aos quais a lei confere importância somente quando procedem daquele que seja titular da relação material (juramento, confissão, renúncia, desistência da ação, reconhecimento do direito material) ou daquele que seja representante ou órgão do titular. Tais atos não poderão ser realizados pelo substituto, estando, portanto, sua atividade limitada a sua própria condição", lembra WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, invocando, no mesmo sentido, farto ensinamento doutrinário⁶.

Apropriado afirmar-se, por conseguinte, que os atos que importarem, direta ou indiretamente, disposição do objeto material da controvérsia, como a transação e o reconhecimento do pedido, não estão abrangidos entre as faculdades próprias à substituição processual⁷. É que a transação, como escreveu PONTES DE MIRANDA, "é negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia"⁸. Esta a razão que o levou a concluir que "a transação judicial tem conteúdo de direito material e só é processual o efeito de pôr termo ao processo..."⁹; que "a transação, negócio jurídico de direito material, tem de existir, ser válida e ser eficaz segundo os princípios de direito material, que a rege"¹⁰; e que "a feitura de transação pendente a lide, homologada pelo juiz (...) não a processualiza: a homologação é para reconhecer-lhe eficácia quanto à relação jurídica processual, que é entre os figurantes da transação e o juiz, e só por decisão dele se pode desfazer, cessando, então, para o Estado, o dever da prestação jurisdicional prometida"¹¹.

Bem se vê, por via de consequência, que o negócio jurídico de transação não dispensa os requisitos de validade estabelecidos na lei material. Não autorizado a dispor do direito material em ato extrajudicial, não assiste ao Ministério Público legitimidade para fazê-lo em transação tendente a extinguir o processo.

Por outro lado, ainda que, subjetivamente, estivesse habilitado a transacionar em nome do substituído, é certo que o substituto processual só poderia fazê-lo em relação a direitos considerados disponíveis. "Só

6 *Op. cit.*, p. 97.

7 A propósito, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, citando JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Estudos sobre a substituição processual no direito brasileiro" in *RT* nº 438, p. 30.

8 *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., v. 25, São Paulo, *RT*, 1971, p. 117.

9 *Op. cit.*, p. 137.

10 *Op. cit.*, p. 138.

11 *Op. cit.*, p. 142.

quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite transação”, dispõe o Código Civil, em seu art. 1.035. Quanto aos direitos indisponíveis, “. . . a lei, soberanamente, os protege mesmo contra a vontade declarada do seu titular”, ensina, com propriedade, SÉRGIO SAHIONE FADEL¹². Exemplos desta proteção nos dá o Código de Processo Civil em vários de seus dispositivos: quando considera sem valor a confissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351), quando impede que sobre eles recaiam os efeitos da revelia (art. 320, II) e, ainda, quando proíbe que, a respeito deles, a parte assumida ônus probatório não previsto em lei (art. 333, parágrafo único, I). Ora, “a legitimação para agir conferida ao Ministério Público nos casos de ação civil atende sempre o interesse público. Este interesse é indisponível, dado que o direito substancial derivado do interesse público é indisponível. Isso vale ainda que se trate de direito meramente patrimonial, pois, legitimado o Ministério Público para vir a juízo agir na defesa desse interesse, ele se transforma de privado em público. Logo, o Ministério Público não poderá praticar atos que importem disposição do direito material como, v.g., a renúncia ao direito, a confissão, a transação e o reconhecimento jurídico do pedido, no caso de estar no pólo passivo, como parte, na relação jurídica processual”¹³.

A impossibilidade de celebrar transação não impede, entretanto, que o Ministério Público, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ajuste com o réu o modo de dar atendimento à prestação exigida, inclusive para o efeito de admitir a substituição da execução específica por outras providências que levem a resultado equivalente. Aqui não haveria nem concessão nem transigência alguma em relação ao direito em si mesmo, vale dizer, não haveria transação. Ademais, a lei, hoje, faculta ao juiz determinar, no lugar da prestação específica, “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (Lei n.º 8.078/90, art. 84). Ora, se a tanto pode chegar a sentença não há como deixar de reconhecer às parte a faculdade de, elas próprias, levarem ao juiz proposta consensual, a ser homologada, com o conteúdo e nos limites em que pode se dar o provimento sentencial.

V — *Impossibilidade de desistir*

É opinião consagrada na doutrina a de que o Ministério Público, além de não ter disponibilidade sobre o conteúdo material da ação civil,

¹² Código de Processo Civil Comentado. 6ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 584.

¹³ ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO, EDIS MILLARÉ e NELSON NERY JUNIOR. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 43-4.

não tem, igualmente, disponibilidade sobre a própria ação, dela não podendo desistir. Assim pensam: GALENO LACERDA¹⁴, ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILLARÉ e NÉLSON NERY JÚNIOR¹⁵, JOSÉ DOMINGOS DA SILVA MARINHO¹⁶, VOLTAIRE DE LIMA MORAES¹⁷, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS¹⁸ HELY LOPES MEIRELLES¹⁹. ARRUDA ALVIM, sustenta ser indisponível a ação ao Ministério Público em qualquer das hipóteses em que se legitima extraordinariamente. Veja-se o que escreveu, comentando o art. 81 do CPC:

“A atividade do Ministério Público, em tais casos, é excepcional, pois normalmente caberia aos particulares agir. Os princípios que informam a ação do Ministério Público são diversos dos que ilustram, usualmente, este direito em relação aos particulares. Com efeito, na ação civil pública o Ministério Público está orientado pelo princípio da indisponibilidade. Ocorrentes os pressupostos do exercício do direito, é inarredável a propositura da ação e o prosseguimento do processo, até seu termo final. A relação processual, o evoluir do processo é contaminado pelo caráter de indisponibilidade ínsito ao direito de ação, em função do bem indisponível subjacente. . . Diante do princípio da indisponibilidade que informa a ação pública civil, o Ministério Público não se encontra apenas frente a um dever indeclinável de propor a ação, mas também do imperativo de prosseguir-la, postulando pelo prevalecimento da pretensão que deduziu. . .”²⁰.

Decerto inaceitável o argumento segundo o qual, por não ser vedada em lei, a desistência, pelo Ministério Público, estaria permitida. Se a regra vale para o particular, o mesmo não se dá em relação ao Ministério Público que, como órgão do Estado que é, obedece a regra básica do direito público: os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida. Não bastaria, portanto, ausência de proibição, como ocorre na atividade dos particulares. A atuação do Ministério Público é vinculada não à vontade pessoal de

14 “Ação civil pública” in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, nº 19, pp. 32-3.

15 *Op. cit.*, pp. 43-4.

16 “A necessidade de uma Constituição concisa” in *Justitia*, nº 135, p. 24.

17 “A ação civil pública e a tutela do meio ambiente” in *AJURIS*, nº 37, p. 220.

18 *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 56.

19 *Mandado de Segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas-data”*. 12ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 123.

20 *Código de Processo Civil Comentado*. V. 3, São Paulo, RT, 1976, pp. 382-3.

seus agentes, mas a uma finalidade impessoal e pública, definida em lei. É precisa, no ponto, a doutrina de HANS Kelsen:

“Um indivíduo age como órgão do Estado somente enquanto atua sob autorização de alguma norma válida. Esta é a diferença entre o indivíduo agindo não como órgão estatal e o indivíduo agindo enquanto órgão do Estado. O indivíduo que não funciona como órgão do Estado está autorizado a fazer tudo o que não seja proibido pela ordem legal, ao passo que o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado pode fazer somente aquilo que a ordem legal autorizá-lo. Do ponto de vista de técnica legal, portanto, é supérfluo estatuir quaisquer proibições para um órgão do Estado. É suficiente não autorizá-lo. Se o indivíduo age sem a autorização da ordem legal, ele não está mais agindo como órgão do Estado. Seu ato é ilegal pela razão mesma de que não está apoiado por nenhuma autorização legal.”²¹

Reafirma-se, destarte, que a inexistência de proibição não autoriza o Ministério Público a desistir. A desistência, contraposição que é do poder-dever de promover a demanda, imposto por lei, haveria de estar, também ela, autorizada expressamente. E não está. O argumento, aliás, vale, com maiores razões, para a hipótese de transação. Transacionar, mais que não estar autorizado ao Ministério Público, está, na verdade, proibido pelo ordenamento jurídico.

VI — Conclusão

A suma conclusiva das anotações que se fez consiste, pois, em afirmar que: *a)* o Ministério Público, instituição de caráter nacional, sujeita ao princípio da unidade, atua em forma organizada e com repartição de atribuições, cabendo ao Ministério Público da União propor as ações civis públicas de competência da Justiça Federal e ao dos Estados as de competência local; *b)* como autor da ação civil pública, o Ministério Público está defendendo, em nome próprio, direito alheio, caracterizando-se legitimação extraordinária, de substituição processual; *c)* o substituto processual não tem poder de disposição sobre o conteúdo material do direito defendido em juízo, ainda que se trate de direito disponível em relação ao respectivo titular; *d)* os direitos e interesses relacionados ao patrimônio público e social e os demais direitos e interesses difusos e coletivos, sendo indisponíveis, não podem ser objeto de transação; *e)* presentes os pressupostos do exercício da ação civil, ao Ministério Público cabe não apenas o direito, mas o dever indeclinável de propô-la e de dar-lhe o devido prosseguimento; *f)* ao Ministério Público, é vedado transigir e desistir da ação civil pública.

²¹ *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945, p. 264.



O Ministério Público em defesa do consumidor. Competência. Vedações constitucionais. Doutrina. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

*Antonio Ricardo Brígido Nunes Memória**

Preocupa-nos, sobremaneira, o atuar do Ministério Público em defesa dos direitos dos consumidores, mormente em vista da sua marcante atividade no resguardo dos interesses¹ coletivos de consumo. A propósito, o senso comum, não de todo apropriado, é verdade, qualifica o *Parquet* como “advogado da sociedade”. Portanto, dos interesses coletivos.

De fato. Os órgãos de execução do Ministério Público - em regra - desempenham as suas atribuições atentos à defesa dos direitos coletivos, observadas, evidentemente, as exceções legais que, em determinadas situações, impõem a militância ministerial em caráter unitário - o que não é cabível nas esferas civil e administrativa, quanto à tutela dos *interesses dos consumidores*, tendo em vista a ausência de permissivo legal.

É importante notar, entretanto, que essas circunstâncias especiais, ou seja, quando o MP está autorizado a defender interesses individuais, como, por exemplo, de crianças e adolescentes, idosos e incapazes - dentre outros - constituem prerrogativas que têm iniludível caráter de direito coletivo, pois interessa, sim, a todo o corpo social, o amparo a tais pessoas. Isso ocorre por conta da fragilidade imanente a esses indivíduos, o que termina por reclamar a intercessão do Estado (*latu sensu*) como forma de mitigar certas condições de vulnerabilidade e hipossuficiência, primando-se, de conseqüência, pela dignidade da pessoa humana. Mas é preciso – insisto - que exista previsão legal para o escorrido exercício da atividade ministerial em prol de determinados interesses individuais – o que não ocorre no âmbito do ordenamento jurídico consumerista.

Com efeito, note-se que há situações, tal como ocorre na defesa dos consumidores, em que os direitos patrimoniais *individuais* (não-homogêneos, portanto) somente podem ser tutelados através da Defensoria Pública ou sob o patrocínio da advocacia privada; jamais por órgão de execução ministerial. Por esse motivo, é vedado ao MP ajuizar ação visando à defesa de um único consumidor, pois, se assim o fizer, estará violando normas constitucionais e infraconstitucionais, conforme será visto adiante.

Na seara administrativa, a tutela de consumo *unitária* poderá ser realizada com ou sem o acompanhamento de defensor, por intermédio dos organismos de proteção e defesa dos consumidores, geralmente denominados Procons; desde que, evidentemente, esse órgão de defesa dos consumidores não esteja sob a direção do Ministério Público², já que ao

¹ NUNES, Rizzatto in Curso de Direito do Consumidor, editora Saraiva, 2004, São Paulo, pg. 688, afirma: “Tem que se entender ambos os termos como sinônimos, na medida em que ‘interesse’, semanticamente em todos os casos, tem o sentido de prerrogativa e esta é exercício de direito subjetivo. Logo, direito e interesse têm o mesmo valor semântico: direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico.”

² Situação dos Estados de Minas Gerais, Ceará e Piauí, nessa ordem, em vista da precedência cronológica das suas leis.

Parquet, em regra, foi confiada tão-somente a defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis (CF., art. 127 e 129, III).

Ao que parece lógico deduzir, fora das exceções legais previstas em lei, o agente ministerial não pode, e por isso não deve, promover a defesa de interesses de caráter individual não-homogêneo, seja no âmbito administrativo, seja na esfera judicial. E assim ocorre porque, se o órgão de execução do Ministério Público se aventurar na tutela de interesses privados, estará se afastando da sua missão constitucional, ao mesmo tempo em que cometerá, à revelia de permissivo legal, atos próprios, privativos mesmos, da advocacia pública e/ou privada.

O prejuízo dessa conduta distorcida desdobra-se em duas vertentes, a saber: o enfraquecimento da instituição ministerial, eis que, uma vez ocupado no resguardo de interesses individuais, o órgão do MP deixará de cometer atos peculiares à defesa dos direitos subjetivos de caráter coletivo, assim compreendidos os individuais homogêneos, os difusos e os coletivos propriamente ditos; e também porque, ao defender inadequadamente direitos individuais, passará o agente ministerial, como de já afirmado, a invadir atribuições da advocacia privada, ou mesmo da Defensoria Pública, constituindo tal conduta claro desprestígio às referidas instituições.

Essa inadequada atuação voltada à defesa de interesses particulares – unitários e destituídos de caráter público – por mais nobre e bem intencionada que seja, termina por gerar áreas de atrito, germinando a discórdia ao lado de nulidades insanáveis, culminando, enfim, por obter resultado oposto àquele esperado (a defesa da parte vulnerável, muitas vezes, também hipossuficiente).

Reafirmando o que dissemos em passo inicial, na prática, esse atuar disperso, distante das previsões constitucionais atinentes ao Ministério Público, acaba por dificultar a defesa do consumidor – ainda que a conduta do órgão de execução do MP esteja amparada na boa-fé, tenha por foco a defesa da pessoa hipossuficiente e busque, de maneira dedicada, salvaguardar direito individual violado, ou prestes a ser, de titularidade do consumidor.

É preciso que fique claro: as colocações que ora fazemos não têm por objetivo lançar crítica à atuação dos órgãos de execução do Ministério Público. Absolutamente. Na verdade, trata-se de observação fundada em circunstâncias concretas, devidamente avaliadas pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme será visto adiante. Leve-se em conta, ademais, a larga atuação do Ministério Público da União (Federal/Distrital)³ e Estadual, enquanto ocupados na defesa dos consumidores, o que eventualmente pode levar ao exercício inadequado da defesa de direitos unitários – no âmbito da Administração Pública pode configurar desvio de finalidade⁴, ou, ainda, ilegitimidade *ad causam* (CPC, art. 3º), quando o órgão de execução estiver a atuar como substituto processual. Num caso ou noutro, tem-se, respectivamente, a possível invalidação do ato⁵ ou mesmo a rejeição da peça vestibular manejada pelo MP.

³ Constituição Federal, art. 128, inciso I, letras “a” e “d”.

⁴ Trazemos à colação excerto da obra Manual de Direito Administrativo, do Professor José dos Santos Carvalho Filho: “Finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao **interesse público**. Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função” (*LÚMEN JURIS editora, Rio de Janeiro, 2005, pg. 96*).

⁵ O autor acima citado repara ainda que: “Embora muito dos autores se refiram à “**anulação**” dos atos administrativos, decidimos adotar o termo **invalidação**”, segundo, aliás, a posição de CELSO ANTÔNIO

Diante desses argumentos, é cabível advertir que o legislador constituinte, ao delimitar as funções essenciais à Justiça, mais especificamente no tocante ao atuar do Ministério Público, deixou sobremaneira claro não caber ao *Parquet* a defesa de direitos individuais não-homogêneos, consistindo a inobservância a essa norma grave violação à própria Constituição da República Federativa do Brasil, bem assim às normas subconstitucionais atinentes ao tema; eis que esses preceitos guardam fundamento de validade nas normas (princípios e regras) originárias do Texto Fundamental.

Com efeito, é pertinente observar a regra disposta na cabeça do artigo 127, da Carta Republicana de 1988, dispositivo alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98, que traz a seguinte redação: *O Ministério Público 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*. Mais adiante, o legislador constituinte fez gravar a seguinte regra no leito do art. 129 da Carta de 1988: *São funções institucionais do Ministério Público: III – 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*.

Em vista dos dispositivos constitucionais acima transcritos, exsurge evidente que a defesa dos consumidores, uma vez confiada ao Ministério Público, há de se fazer estritamente no âmbito coletivo, tal como preconiza o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 81, § único, incs. I, II e III, c/c o art. 82, inc. I). Na prática, é necessário que se faça a distinção do que seja direito meramente patrimonial, assim considerado em sua unicidade, e direito individual homogêneo (=direito coletivo), de sorte que o órgão de execução do MP não promova, equivocadamente, a defesa de direito de consumo de caráter unitário – o que lhe é vedado, repita-se, no âmbito da ordem jurídica de consumo. Nesse sentido, observe-se a conjunção dos artigos 1º, 81 e 82, todos do CPDC, abaixo transcritos:

Art. 1º - O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (...)

Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos (...);

II – Interesses ou direitos coletivos (...);

III – Interesses ou direitos individuais homogêneos (...)

Art. 82 – Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – O Ministério Público. (...)

Ora, em vista da expressa previsão fundamental, contida nos artigos 127, “caput” e 129, III, já transcritos, em combinação com os dispositivos dos artigos 81 e 82 da Lei 8.078/90, não resta dúvida sobre a impropriedade de admitir-se a defesa de interesses individuais não-homogêneos por intermédio do Ministério Público, sob pena de conduta inadequada, compatível mesmo com o exercício ilegal da advocacia. A propósito do que se afirma, não custa trazer à colação outro dispositivo constitucional que se ajusta, em nossa inteligência, às idéias ora expostas:

Art. 128 – O Ministério Público abrange (...)

BANDEIRA DE MELLO, para significar desconformidade do ato com as normas reguladoras, evitando-se, desse modo, que a referência à “anulação” cause a insinuação de que trata de processo de desfecho apenas da anulabilidade, e não da nulidade” (Ob. Cit., pág. 123).

I – O Ministério Público da União, que compreende:
a) O Ministério Público Federal; (...)
d) O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – Os Ministérios Públicos dos Estados (...)

§ 5º (...)

II – As seguintes vedações (...)

b) exercer a advocacia;

Portanto, desviar-se dessas previsões legais constitui – em nosso entendimento – clara e ingente subversão das atribuições cometidas aos órgãos de execução do *Parquet*; e assim ocorre porque se deixa de reconhecer a validade não apenas das regras e princípios que dimanam da Constituição Federal e legislação supletiva (v.g. Lei 8.625/93), mas, por via reflexa, do próprio Estado Democrático de Direito; pois esse, em sua essência, compreende a submissão de todos aos ditames da lei como forma de alcançar o bem comum. Parece claro, então, que a ordem jurídica não pode soçobrar, especialmente por quem tem o dever de preservá-la incólume ou mesmo recompor a sua integridade (o MP).

Embora a vedação à defesa de interesses individuais por parte do Ministério Público consista matéria pacífica na esfera da legislação pátria, de igual reconhecida no âmbito dos tribunais e da doutrina, não custa transcrever, a título de mero paradigma, a lição do eminente processualista José de Albuquerque Rocha, para quem: *Essa caracterização do Ministério Público como órgão estatal, mas essencialmente destinado à defesa da sociedade, não deve causar estranheza, posto que o Estado é uma formação histórica a supor, pois, a mudança constante de seus módulos organizativos.*⁶

De sua vez, ao trabalhar o tema em estudo o renomado professor Humberto Theodoro Júnior, citando Gabriel Rezende Filho, pontifica: *Modernamente, tanto no processo criminal como no civil, o Ministério Público ‘é a personificação do interesse coletivo ante os órgãos jurisdicionais’, ou seja, o representante da ‘ação do Poder Social do Estado junto ao Poder Judiciário’.*⁷

Para finalizar a indicação de referências doutrinárias, entendemos pertinente coligir excerto da obra do processualista italiano Francesco Carnelutti, ao propósito de demonstrar que também, no direito comparado, a atividade do Ministério Público restringe-se à tutela de interesses públicos, coletivos, ficando a defesa individual para casos expressamente previstos em lei, como ocorre entre nós, v.g., com a defesa dos interesses de interditos e da vítima pobre do delito, dentre outros casos: *As normas assim previstas determinam a matéria a respeito da qual pode acionar o Ministério Público, mas não os fatos dos quais depende o exercício de sua ação; portanto, a valoração da conveniência do processo para a tutela do interesse público, com base na qual o Ministério Público decide acionar, não está vinculada. (...) O Ministério Público deve intervir (...) A ação do Ministério Público em tais casos não é discricionária, pois neles o Ministério Público, não tanto pode, como deve intervir, por isso se fala em intervenção necessária, mas a necessidade concerne, não só ao dever do Ministério Público de exercitar o direito a que ele compete, como também à potestade do juiz, que sem esse exercício não poderia por sua vez ser exercitada; (...).*⁸

Analisando a questão agora sob o aspecto jurisprudencial, vamos observar que a Superior Corte de Justiça tem idêntico entendimento quanto à vedação da atividade

⁶ ROCHA, José de Albuquerque *Teoria Geral do Processo*, 5ª edição, Malheiros Editores, p. 258.

⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro *Curso de Direito Processual Civil*, 29ª ed., v. I, nº 131, p.147.

⁸ CARNELUTTI, Francesco *Instituições do Processo Civil*, 5ª ed., v. I, nº 198, p. 356/357/358.

ministerial em caráter de unicidade, isto é, sem que o interesse individual não se configure como homogêneo; portanto, coletivo, ou, de outra forma, não consista ato defensivo de direito individual expressamente amparado em lei.

Nesse sentido, e para justificar os argumentos enfeixados ao longo desta exposição, é de observar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por decisão unânime, expurgou de vez qualquer dúvida sobre a ilegitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais (não-homogêneos); carecendo, portanto, serem reavaliadas todas as demandas instauradas - portanto em curso - ou por instaurar, desde que não se enquadrem na circunstância de demanda individual homogênea. Observem-se, abaixo, os excertos do Relatório da Ministra Relatora Eliana Calmon, no Recurso Especial 920217/RS⁹:

Verifica-se que na presente demanda o Ministério Público defende direito individual de Paulo Roberto Santos, de 46 anos de idade, vítima de acidente vascular cerebral. Portanto, não se trata aqui da excepcional previsão contida nas leis especiais tais como Estatuto da Criança e do Adolescente, ou Estatuto do Idoso, diplomas que contemplam de forma expressa a legitimação extraordinária do MP para, via ação coletiva defender direito individual, como tem reconhecido a atual jurisprudência do STJ, (...)

A atuação ministerial em hipóteses semelhantes à dos autos coloca o Ministério Público em conflito de atribuições com a Defensoria Pública o que é uma demasia. Assim sendo, entendo ser o MP parte ilegítima para agir como verdadeiro representante de pessoa carente, o que, se verdadeiro, dispensa a atuação da Defensoria Pública.

Sem querer aqui fazer apologia ao entendimento exposto, pondero que, em um Tribunal de precedentes como o STJ, é importante caminharmos na mesma direção. Entretanto, uma vez mais saliento que me preocupo sobremaneira com o papel institucional que deve ser desenvolvido pelo Ministério Público, o qual, sem sombra de dúvidas, não deve estar adstrito a critérios de escolhas subjetivas ou aproveitamento de situações episódicas e circunstanciais no atendimento de um ou outro bem-aventurado, papel atribuído pela Carta Política às Defensorias Públicas. Ao Parquet cabe, ao contrário, interferir e interceder nas políticas públicas e sociais no seu nascedouro, contando com o aval do Poder Judiciário.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial.

É o voto.

E ainda:

Processo civil. Ação Civil Pública. Fornecimento de medicamento a pessoa determinada. Ilegitimidade ativa reconhecida.

1. De acordo com o disposto na Constituição Federal (art. 129, III) e na Lei Orgânica do Ministério Público (art. 25, IV, "a", da Lei n.8.625/1993), esse órgão possui como função institucional a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. Faltando um desses requisitos, o parquet não possui legitimidade para funcionar como substituto processual nas ações civis públicas.

2. Não é possível o ajuizamento de ação civil pública para postular direito individual que, apesar de indisponível, seja destituído do requisito da homogeneidade, indicativo da dimensão coletiva que deve caracterizar os interesses tutelados por meio de tais ações.

⁹ Recurso Especial nº 920.217 - RS (2007/0016833-1)

Recorrente : Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

3. Ao ajuizar ação civil pública, o Ministério Público age como substituto processual naquelas hipóteses taxativamente dispostas em lei, cabendo à Defensoria Pública atuar como representante das pessoas mais necessitadas.

4. Recurso especial não-provido¹⁰.

Diante de todos os argumentos expostos, consideradas, ademais, legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao tema, entendemos demonstrada a impropriedade do atuar do Ministério Público em defesa de interesses privados, particularmente na órbita do Direito do Consumidor; cabendo-lhe exercer, por orientação constitucional, a defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, somente podendo adentrar na ação defensiva de interesses de caráter unitário quando expressamente autorizado por força de permissivo legal - o que não ocorre quanto aos direitos subjetivos de consumo, prevalecendo, tão somente, a tutela coletiva (*latu sensu*).

Assim, é cabível advertir que o exercício inadequado das prerrogativas ministeriais, desviadas para a tutela de interesses patrimoniais privados, constitui, a nosso ver, prática ilegal, não sendo demasiado inferir que tal conduta pode configurar, em tese, crime de advocacia administrativa, tal como previsto no artigo 321, combinado com o artigo 327, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal Brasileiro, ante a ocorrência do tipo subjetivo, qual seja, o dolo genérico. Nesse sentido, citamos a doutrina do Professor Fernando Capez, para quem: *Consoante o disposto no art. 321 do CP, 'patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário'. (...) Tal conduta, obviamente, afeta o normal desempenho do cargo público, o qual deve estar a serviço do Estado e não de interesses alheios particulares. Tutela-se, dessa forma, o funcionamento regular da Administração Pública e a moralidade administrativa.*¹¹

Concluindo, embora as ponderações entalhadas neste trabalho possam parecer óbvias, é certo que a incursão inadequada de agentes ministeriais em defesa de interesses privados ocorre - e até com certa frequência - o que atribuímos ao desejo de proteger os entes vulneráveis, e muitas vezes também hipossuficientes, quando situados no injusto e turbulento sítio das relações jurídicas de consumo. Peca, assim, por excesso de zelo, o órgão de execução do MP que se lança na equivocada faina de tutelar prerrogativa jurídica unitária, de caráter consumerista, já que tais atribuições devem ser compartilhadas entre a Defensoria Pública e a advocacia privada. Persistir no equívoco é grave, pois fomenta o desvio das atribuições institucionais do *Parquet*, ao mesmo tempo em que debilita a defesa ministerial dos interesses coletivos – dentre esses os difusos e os individuais homogêneos.

Referências

CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal volume 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública*, ed. Saraiva, 4ª ed., revista e atualizada, São Paulo, 2006, pg. 453.

CARNELUTTI, Francesco *Instituições do Processo Civil*, 5ª ed., v. I, nº 198, p. 356/357/358.

¹⁰ Resp 672.871/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 01.02.2006 p. 485.

¹¹ CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal volume 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública*, ed. Saraiva, 4ª ed., revista e atualizada, São Paulo, 2006, pg. 453.

JÚNIOR, Humberto Theodoro *Curso de Direito Processual Civil*, 29ª ed., v. I, nº 131, p.147.

NUNES, Rizzatto in *Curso de Direito do Consumidor*, editora Saraiva, 2004, São Paulo, pg. 688.

ROCHA, José de Albuquerque *Teoria Geral do Processo*, 5ª edição, Malheiros Editores, p. 25

*Promotor de Justiça titular da 1ª Promotoria de Defesa do Consumidor em Fortaleza/CE; Coordenador do Procon/MP-CE, no biênio 2004/2006; graduado pela Universidade de Fortaleza e pós-graduado pela Escola Superior do MP e UFC ricardomemoria@globocom.com

Revisão gramatical: Professor Edísio Tavares (Plantão Gramatical, Avenida João Pessoa, 5609, Fortaleza/CE).

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Juliana Fioretto¹

Sumário: 1. Visão geral do Ministério Público – 2. Aspectos da Ação Civil Pública – 3. Algumas diferenças entre a ação popular e a ação civil pública – 4. O papel do Ministério Público frente à ação civil pública

1. Visão geral do Ministério Público

O Ministério Público, no perfil constitucional, mais precisamente no artigo 127 da Constituição Federal, é considerado uma 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.

Quanto à origem do Ministério Público, há divergências. Porém, a raiz mais mencionada diz respeito ao direito francês do ano de 1302, em que o rei Felipe IV regulamentou as obrigações dos chamados procuradores do rei. A visão do Ministério Público como uma instituição, que confere garantias a seus integrantes, concretizou-se após a Revolução Francesa, com os textos napoleônicos. Diante disso, pode-se afirmar que a origem do Ministério Público está consideravelmente ligada à doutrina francesa, e um exemplo disso é a conhecida expressão utilizada para nos referirmos a esta instituição: *Parquet*.²

No Brasil, ainda durante o período colonial, não se fazia menção ao Ministério Público como uma instituição, mas existem relatos que afirmam a presença dos promotores de justiça, que tinham a função de fiscalização e acusação criminal, nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603).³

¹ Aluna do 3º ano de Direito da PUC-SP.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. “Introdução ao Ministério Público – à luz da Reforma do Judiciário”. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

³ SALLES, Carlos Alberto de. *Entre a Razão e a Utopia: A Formação Histórica do Ministério Público*. In : *Ministério Público II – Democracia*. Organizadores: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. JUNIOR, Roberto Porto Macedo. São Paulo: Editora Altas, 1999. p.20.

O crescimento institucional começou nas décadas de 1970 e 1980. Primeiro foi com a Emenda Constitucional nº 77/77, a qual fazia a exigência de uma lei complementar que regulasse normas gerais de organização do Ministério Público estadual. Depois disso, a Lei Complementar federal nº 40/81 regulamentou um estatuto básico, estabelecendo as principais atribuições, garantias e vedações para o Ministério Público nacional. Ainda no ano de 1981, a Lei nº 6.938, em seu art. 14, §1º delegou ao Ministério Público a ação reparatoria de danos ao meio ambiente e a terceiros. E, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública – ampliou e desenvolveu as atribuições do MP, conferindo-lhe a presidência do inquérito civil e a promoção da ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos.⁴

O Ministério Público atua nas esferas criminal e cível. Porém, aqui o enfoque será dado no âmbito cível, em que o *Parquet* pode ser:

- órgão agente (quando propõe ações declaratórias de inconstitucionalidade, ação de nulidade de ato jurídico em fraude à lei, ação em defesa dos interesses difusos e coletivos, ação em defesa do patrimônio público e social);
- órgão interveniente, seja porque diante da qualidade de uma parte, deva zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou suprir alguma forma de inferioridade (por exemplo: incapaz, índios, pessoas portadoras de deficiência), seja ainda porque, pela natureza da lide, exista um interesse público a zelar (questões relacionadas a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos).⁵

O *Parquet* pode agir por sua própria iniciativa, sempre que considerar que os interesses da sociedade estejam ameaçados ou mediante provocação de qualquer cidadão que considere que algum direito ou princípio jurídico esteja sob ameaça.

A Constituição de 1988, denominada Constituição Cidadã, delegou ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além disso, o *Parquet* deve zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, aos direitos constitucionalmente assegurados,

⁴ Idem, p. 123.

⁵ Ibidem, p. 48.

bem como 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 (arts. 127 e 129, I e II, CF). Pode-se afirmar, portanto, que a função do Ministério Público gera um desenvolvimento do país, pois trabalha para a solidificação da nossa democracia.

O *Parquet* é detentor da legitimação constitucional no funcionamento da Justiça e esse é, portanto, o seu fundamento de atuação. O MP deve estruturar-se e agir conforme suas funções para a tutela dos valores essenciais previamente listados nos artigos referentes à sua atuação.

2. Aspectos da ação civil pública

Através da leitura do inciso III, do art. 129 da Constituição Federal, observa-se que a função de promover a ação civil pública foi dada ao Ministério Público. Esta ação tem como finalidade a proteção ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica e da economia popular; e à ordem urbanística, com vistas à reparação de danos morais e patrimoniais. É o que dispõe o art. 1º da lei nº 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública – LACP.

É imprescindível salientar que o art. 5º da LACP estende à União, aos Estados, aos Municípios, às Autarquias, à Empresa Pública, à Fundação, à Sociedade de Economia Mista e à Associação, a possibilidade de ajuizarem a Ação Civil Pública, frisando-se o averbado nos incisos do referido artigo.

Além de possuir legislação própria a ação civil pública está disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, que contém regras processuais aplicáveis a todas as ações coletivas, tais como relativas à legitimidade, à competência, à inversão do ônus da prova, à coisa julgada, à liquidação e execução. Aliás, é bom frisar, há, ainda, outros diplomas legais que cuidam da tutela coletiva, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei da Ação Popular, entre outros.

A lei da ação civil pública nasceu no âmbito dos interesses difusos e coletivos,⁶ em relação a bens nominalmente indicados. Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a utilidade da ação civil pública aumentou. Com isso, ficou estabelecido no art. 21 da lei 7.347/85 que serão aplicados à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o CDC.

O art. 81, do Código de Defesa do Consumidor traz os conceitos dos direitos e interesses difusos; coletivos e individuais homogêneos. O parágrafo único, inciso I, trata dos difusos, que são aqueles direitos e interesses de pessoas indeterminadas, que estão ligadas a um fato de natureza indivisível. Um exemplo disso é o ar que respiramos, diz respeito a todo mundo e não só a uma pessoa.

Já o inciso II trata dos interesses e direitos coletivos que são os transindividuais de natureza indivisível, são grupos ou categorias de pessoas e há possibilidade de determiná-los. E, por fim, os interesses e direitos individuais homogêneos que são decorrentes de um interesse comum, trata-se, na essência, de interesse individual, mas pode ser protegido coletivamente. Por exemplo, se aumenta a mensalidade de uma determinada escola, de forma abusiva, aqueles que já pagaram devem ser ressarcidos.

Cabe ressaltar que o ajuizamento da ação civil pública não obsta as ações individuais que dizem respeito ao mesmo objeto.

A ação civil pública tem natureza de ação de conhecimento de caráter preponderantemente condenatório (é o que podemos observar na redação do art.3º da Lei 7.347/85). Assim, se a ação civil pública disser respeito a direito difuso e o pedido for julgado procedente, havendo condenação em dinheiro, este será destinado a um fundo de reconstituição de bens lesados.

⁶ Os principais aspectos que consubstanciam interesses difusos e coletivos, segundo os ensinamentos de Arruda Alvim, são: - os interesses e direitos difusos são aqueles que dizem respeito a bens indivisíveis. Estes, por sua vez, são aqueles em que não é viável uma forma diferenciada de gozo ou utilização, nisto está implicado que o tipo de interesse dos membros de uma dada coletividade são quantitativamente e qualitativamente iguais. Ademais, por isso mesmo, esses bens não são suscetíveis de apropriação exclusiva, daí que não se pode cogitar de atribuir-se a alguém, mais do que outros, uma titularidade própria ou mais envergada, do que os demais inseridos no mesmo contexto. Os interesses difusos para que os possa reputar existentes, prescindem de um grupo particularmente organizado, salvo, é certo, a própria coletividade. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. "Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios". Coordenador: Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 80.

Existem alguns princípios que norteiam a ação civil pública – princípio da taxatividade, da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Antes de tratar sobre cada um deles, é preciso afirmar que o princípio dispositivo não se vincula a este tipo de ação.⁷

O primeiro deles diz respeito à enumeração das hipóteses em que o Ministério Público é legitimado a agir. Assim, fica estabelecida a sua legitimidade ativa através dos dispositivos legais que tratam do tema.

O segundo princípio está relacionado com a obrigatoriedade de se propor a ação civil pública. Logo, fica o Ministério Público obrigado a ajuizá-la. Este princípio explica claramente o motivo pelo qual o princípio dispositivo não é aplicado às ações civis públicas. Conforme o princípio dispositivo, o titular do direito de ação poderia ou não exercê-lo, pelo fato de não ser um dever. Como, à luz da Constituição Federal, foi concedido um dever ao Ministério Público de ajuizar ação civil pública, isto explica a presença do princípio da obrigatoriedade. Contudo, cabe salientar que tal obrigação não pode ser vista de maneira estrita, ou seja, devem ser observadas a conveniência e a oportunidade para que seja primado o interesse público.⁸

O último princípio é decorrente do princípio da obrigatoriedade. Fica determinado que o Ministério Público não dispõe do direito de ação e também não pode praticar atos que gerem a disposição do direito material em questão. E, uma vez proposta a ação, dela não pode desistir.

3. Algumas diferenças entre a ação popular e a ação civil pública

Faz-se necessária uma breve distinção entre a ação civil pública e a ação popular, a fim de que não haja qualquer confusão entre os dois instrumentos. Enquanto a primeira tem natureza condenatória, a segunda tem natureza declaratória ou constitutiva. A ação popular tem como titular para sua promoção o cidadão, pessoa física; já na ação civil pública, são pessoas jurídicas, assim como previsto nos incisos do art. 1º da lei 7.347/85.

A ação popular tem por finalidade o controle de atos ilegais e prejudiciais ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, ou seja, visa provar a ilegalidade do ato

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. “A ação civil pública”. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 31: 224 - 232, 1983.

⁸ Idem.

em questão que está lesando o patrimônio público. Cabe ressaltar que, na lei da ação civil pública, o art. 1º admite a concomitância entre a ação popular e a ação civil pública.

Assim, se o interesse for meramente patrimonial da entidade estatal, sem que haja repercussão no interesse público, inadmissível afigura-se a utilização da ação civil pública.⁹ Segundo averbação feita por Édis Milaré “... como patrimônio público, em sentido amplo, se compõe de bens disponíveis e indisponíveis, há que se perquirir caso a caso a existência ou não do interesse público, de modo a justificar o ajuizamento da ação civil pública. Por certo, estando em jogo mero interesse disponível de uma entidade estatal, como na cobrança de um imposto, não se há de obrigar, de logo, a presença, aí, não do interesse público, ou seja, daquele interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculado a fins sociais e às exigências do bem comum. Não. Na espécie há simples interesse patrimonial, sem repercussão no interesse público, a ser curado pela própria Fazenda Pública, que, para tanto, dispõe de corpo profissional próprio, sendo, ademais, protegida pelo duplo grau de jurisdição. Assim não fosse, razão inexistiria para a regra do art. 129, IX, da atual Constituição, que veda ao Ministério Público – tutor nato de interesse público – a representação judicial e a consultoria de entidades públicas”.¹⁰

4. O papel do Ministério Público frente à ação civil pública

A vantagem de o Ministério Público promover a ação civil pública se dá pelo fato de que este possui uma independência institucional e, além disso, certas atribuições funcionais que o isentam de custas e honorários em casos em que a demanda é improcedente.

A importância da participação do *Parquet* neste tipo de ação fica evidente com base na leitura do texto legal. O art. 6º, da lei 7.347/85 averba que: “Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”. Ainda em relação a esta relevante presença do Ministério Público, o art. 7º da mesma lei dispõe: “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. “Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário”. RT 802/2002 – Ano 91. p. 39.

¹⁰ MILARÉ, Édis. “A ação civil pública na nova ordem constitucional”. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 24.

Por fim, ainda podemos observar a concessão, dada pela lei 7.347/85, ao Ministério Público da faculdade de instaurar o inquérito civil. Assim, o § 1º, do art. 8º estabelece que: “O Ministério Público poderá instaurar, sob a sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias (...)”.¹¹

A ação civil pública pode ter como objeto a tutela de direitos e interesses transindividuais, ou seja, daqueles sem titular determinado. Neste âmbito, entende-se que a legitimação concedida ao Ministério Público deve ser considerada de tal modo em que não haja restrições, agindo o órgão, portanto, de maneira ampla. Tal liberdade visa a tutela jurisdicional compatível com a natureza e magnitude da lesão ou ameaça aos bens e valores tutelados.¹²

Na ação civil, o Ministério Público não possui o monopólio de promoção, dessa forma, quando não atua no processo como parte, figura obrigatoriamente como fiscal da lei (*custos legis*), conforme o §1º, do art. 5º da Lei nº 7.347/85. E, caso uma das partes abandone o processo, pode o Ministério Público assumir a titularidade ativa da lide.

Segundo José Fernando Lopes da Silva, a ação em questão revela “uma intervenção do Estado, pelo Ministério Público, na ordem jurídico-privada e é por essa expressa razão que, ao mais das vezes, só é ela admitida em caráter supletivo e pelo manifesto interesse de ordem pública consistente em manter o primado da lei. Sendo o conceito de ordem pública a um só tempo variável e elástico, o exercício da ação civil pública, em grau maior ou menor, decorre

¹¹ A respeito do inquérito civil, faz necessária a seguinte afirmação do Ministro José Celso de Mello Filho, quando Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República: “Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas de quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias. A instauração do inquérito civil não obrigará o Ministério Público ao ajuizamento da ação civil pública, desde que lhe pareçam insuficientes os elementos de convicção coligidos. Os titulares da ação civil pública, as associações, inclusive, possuem legitimidade autônoma para o ajuizamento da ação civil pública. Podem ajuizá-la antes do Ministério Público, ou durante a tramitação do inquérito civil ou, ainda, após eventual arquivamento do inquérito civil”. MEIRELLES, Hely Lopes. “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, (...)”. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p.183.

¹² Convém observar que os direitos e interesses transindividuais são os direitos difusos e coletivos. São marcados pela indeterminação e são materialmente indivisíveis, sendo assim, não podem ser confundidos com os direitos individuais homogêneos.

Estes, por sua vez, são direitos subjetivos individuais, ou seja, são os mesmos direitos previstos nos incisos II e IV do art. 46 do Código de Processo Civil, que são os direitos ou as obrigações que derivam do mesmo fundamento de fato ou de direito; ou quando ocorre afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Segundo Teori Zavascki os direitos individuais homogêneos possuem natureza “coletiva” com um sentido meramente instrumental, para fins de defesa conjunta em juízo, viabilizada pelas características comuns (homogeneidade) do conjunto desses direitos individuais. Logo, estes direitos não são tuteláveis de modo irrestrito pelo Ministério Público. ZAVASCKI, Teori Albino. “Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.

necessariamente da própria concepção de Estado em dado momento e do significado que, para ele, tenha a ordem jurídica”.¹³ Em relação a isso, dado o caráter excepcional da ação em questão, fica claro que esta somente pode ser admitida em casos previstos expressamente em lei.

É indispensável a observância do princípio da obrigatoriedade no que diz respeito à ação civil pública. Tal princípio está presente não só no ajuizamento da ação, mas sim em todas as suas etapas.

Como é cediço, o Ministério Público, no âmbito penal, é obrigado a ingressar com ação penal pública quando verificado o inquérito policial bem como seu interesse de agir. Contudo, quando da ação civil pública, referido órgão não é obrigado a instaurar um inquérito civil ou propor essa ação, a não ser que identifique a hipótese de sua necessária intervenção.

É discutível se o Ministério Público teria a competência para a propositura de ações que visem a proteção de direitos individuais homogêneos. Ou o órgão deve apenas atuar na proteção dos direitos difusos e coletivos; ou a instituição possui sim a legitimidade para tal questão quando envolver direitos indisponíveis. No Recurso Extraordinário nº 195.056, de 30/05/2003, decidiu o Supremo Tribunal Federal da seguinte forma:

"A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. (...). Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa”.¹⁴

Quando a lei confere legitimidade de agir ao Ministério Público, presume-se o interesse de agir, isto é, o interesse está na própria norma que o chama ao processo. Já em relação aos demais legitimados a propor esta ação, o interesse há de vir demonstrado em concreto.

É importante estabelecer que a Constituição Federal, no inciso IX, do art. 129, vedou a atuação do Ministério Público como representante judicial ou consultor jurídico de entidades

¹³ SILVA LOPES, José Fernando da. “O Ministério Público e o processo civil”. São Paulo: Saraiva, 1976, p.11.

¹⁴ STF - RE 195.056/PR, Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgamento: 09/12/1999. DJ 30/05/03.

públicas. A respeito disso, existe uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se afirmou: “A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídico de pessoas de Direito Público. Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos de advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade” (Resp n. 246.289 – MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, RF 381/327).¹⁵

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, (...)”. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p.177.

A ação civil pública como instrumento do Ministério Público na defesa de interesses individuais para tratamentos de saúde

Thereza Catharina Afonso Ferreira Madeira

Analista Processual do Ministério Público da União lotada na Procuradoria Regional da República da 1ª Região. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público da União pela ESMPU. Especialista em Direito Público pelo UniDF.

Resumo: No cumprimento de suas atribuições constitucionais e institucionais, o Ministério Público vem sendo provocado por cidadãos e por famílias na busca de leitos de UTIs, internações, procedimentos cirúrgicos, tratamentos médicos e do fornecimento de medicamentos, em razão do descumprimento do dever estatal de garantir ações e serviços voltados para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde (art. 196, CF/1988).

O tema abordado na presente investigação é a utilização das ações civis públicas pelo Ministério Público em defesa dos interesses individuais indisponíveis para a concretização do direito à saúde e a efetiva prestação do serviço público de saúde pelo Estado.

Palavras-chave: Direito à saúde. Legitimação do Ministério Público. Tutela de interesses individuais indisponíveis.

Abstract: In carrying out its constitutional and institutional functions, the Public Prosecution Service has been provoked by citizens and families in the search for ICU beds, hospitalizations, surgical procedures, medical treatments and the supply of medicines, due to a failure to comply with the State's duty to guarantee actions and services for the promotion, protection and recovery of health (article 196, CF/1988).

The topic addressed in the present investigation is the use of public class actions by the Public Prosecution Service in defense of the non-disposable individual interests for the realization of the right to health and the effective provision of the public health service by the State.

Keywords: Right to health. Legitimacy of the Public Prosecution Service. Protection of non-disposable individual interests.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado Democrático de Direito e a consolidação dos interesses e garantias sociais. 2.1 A Tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3 A garantia do direito social à saúde pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e legislação correlata. 4 A legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura das ações civis públicas e coletivas em defesa dos direitos individuais indisponíveis. 4.1 A ação civil pública e a defesa dos direitos individuais à saúde: Teoria da Reserva do Possível e violação ao Princípio da Isonomia. 5 Conclusão.

1 Introdução

O foco do presente artigo é a utilização da ação civil pública como instrumento processual constitucionalmente conferido ao Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis atinentes ao tratamento médico, consubstanciado como direito social à saúde e insculpido nos arts. 6º, *caput*, e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, de intrínseca relação com o direito fundamental à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previstos nos arts. 5º, *caput*, e 1º, inciso III, da CF/1988.

A cada dia, o Ministério Público vem sendo provocado por cidadãos e seus familiares na busca de leitos de UTIs, internações, procedimentos cirúrgicos e outros tratamentos médicos e do fornecimento de medicamentos em razão da omissão Estatal, sendo a ação civil pública o instrumento processual utilizado para demandar, perante o Poder Judiciário, a implementação e a efetivação desses direitos fundamentais não satisfeitos.

O uso das ações civis públicas pelo Ministério Público em defesa dos interesses individuais indisponíveis para a concretização

do direito à saúde é o cerne da presente investigação, bem como a sua utilização como instrumento legitimador da atuação do *Parquet* para assegurar aos pacientes que necessitam de tratamento médico a devida prestação Estatal. Pretende-se estudar a ação civil pública como instrumento processual legitimador do Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis; conceituar os interesses individuais homogêneos; distinguir os interesses individuais homogêneos dos outros interesses transindividuais (difusos e coletivos); compreender a legitimação do Ministério Público na defesa individual dos pacientes que necessitam de tratamento médico, o conflito entre a efetivação do direito à saúde do indivíduo e a teoria da reserva do possível; e, por fim, abordar o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à legitimação extraordinária do Ministério Público na defesa dos interesses individuais para tratamento de saúde.

Justifica-se a abordagem do presente tema pela importância da atribuição constitucional do Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis e devido à utilização da ação civil pública como instrumento de defesa dos interesses individuais dos pacientes, em contraposição às alegações de violação ao princípio da isonomia no tratamento de saúde de todos os pacientes que se encontram na mesma posição. É corriqueiro o ajuizamento, pelo Ministério Público Federal, de ações civis públicas em defesa dos interesses individuais de pacientes e, ainda mais especificamente, pleiteando tratamentos médicos e medicamentos.

O presente artigo baseou-se na legislação vigente sobre o tema, em especial na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – e na Lei Federal n. 8.080/1990. Serão trazidos os posicionamentos existentes na doutrina e na jurisprudência, especialmente o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo n. 766, da Primeira Seção e do Supremo Tribunal Federal, no tema 262 da repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 605.533/MG, apresentando, na conclusão, os argumentos que espelham a compreensão mais atual e fundamentada sobre o tema.

2 O Estado Democrático de Direito e a consolidação dos interesses e garantias sociais

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2006), o Estado Moderno, a partir do constitucionalismo, pode ser caracterizado pela relação de tensão constante entre igualdade, liberdade e fraternidade, direitos fundamentais de primeira dimensão, fruto dos ideais da Revolução Francesa, garantidos formalmente perante a lei e a efetivação dessas garantias na vida social.

A Declaração Francesa de 1789, de matriz liberal-burguesa, ao enfatizar a separação dos poderes e a defesa de direitos individuais, propunha um modelo liberal em que o indivíduo seria o centro e o Estado não deveria intervir nas relações sociais. Assim sendo, a lei, para corresponder a esse princípio emergente, deveria ser genérica e abstrata, com aplicação neutra, geral e sem privilégios.

Contudo, a experiência na efetivação daqueles ideais demonstrou serem essas garantias mera ficção, pois a liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história (FEIJÓ, 2000, p. 20).

Essa igualdade formal passou a ser questionada, pois, por si só, era insuficiente para possibilitar aos excluídos desfrutar das mesmas prerrogativas dos indivíduos privilegiados socialmente.

Em decorrência das mudanças nas relações sociais causadas pela industrialização, ocorrida ao final do século XIX, em razão das condições insalubres de trabalho, da ausência de direitos trabalhistas, da exploração de mulheres, velhos e crianças, chegou-se a um estado social de prestação positiva no âmbito das relações privadas, com o propósito de garantir a proteção do homem pelo Estado, como redutor de diferenças sociais, o que constituiu na prática uma verdadeira justiça distributiva.

Reclamava-se, assim, a materialização daqueles direitos já consagrados em declarações ou mesmo nas constituições.

Dessa forma, percebe-se que, além de afirmar a igualdade formal contida nas legislações pátrias, era necessário reconhecer as diferenças entre os cidadãos e os que estavam à margem dessa cidadania.

A partir da crise do Estado Social, desenvolveu-se uma nova concepção de Estado, que propiciou uma maior abertura à sociedade para participar e integrar o debate político, o chamado Estado Democrático de Direito.

Em razão dessa nova demanda, que implica numa redefinição do que se entende por Estado, soberania popular, democracia, cidadania, proteção a novas pretensões a direitos individuais e coletivos – como uma alternativa (ou retorno) a um Estado Mínimo –, é construída a via do Estado Democrático de Direito.

Nesse modelo de Estado, surge a necessidade de políticas sociais de apoio a grupos socialmente excluídos. Para isso, o Direito deve percebê-los e tratá-los em sua especificidade, buscando a igualdade material entre homens e mulheres na sociedade, e não apenas a igualdade formal prevista em lei, muitas vezes frágil e sem efetividade social.

No Estado Democrático de Direito, na expressão de José Afonso da Silva (2016, p. 123), “a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social”.

Delineia-se, pois, um novo paradigma, em que a sociedade deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios e no qual o público não se resume ao estatal. O paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um “direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 481), em que a tarefa fundamental, nos termos da lição de José Afonso da Silva (2016, p.124), “consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.

O Estado Democrático de Direito estabelece e inaugura novas técnicas ou instrumentos de atuação de novos e velhos atores sociais que adentram na seara do Estado provedor e concretizam, por intermédio de ações sociais, políticas e jurídicas, a defesa dos direitos dos cidadãos e dos que, ainda hoje, são excluídos dessa

cidadania, para que sejam garantidos efetivamente os direitos fundamentais, o que Paulo Bonavides (2017, p. 383) denomina de verdadeiro “oxigênio das Constituições Democráticas”.

A Constituição da República, promulgada em 1988, estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como princípio fundamental, entre outros, a dignidade da pessoa humana, que constitui base e fundamento para a transformação da realidade social na busca da solução material dos problemas de existência individual e coletiva.

A Carta Política fundamental de 1988 consagrou a defesa dos interesses individuais e transindividuais e conferiu ao Ministério Público uma nova roupagem constitucional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais indisponíveis, coletivos e difusos, tornando-o instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, “dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger”, como bem lecionado por Alexandre de Moraes (2017, p. 642).

Por fim, a Constituição de 1988, em seu art. 3º, ao descrever os objetivos da República Federativa do Brasil, no sentido de construir uma sociedade mais justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, promover o bem de todos sem preconceitos e discriminação, oferece a exata dimensão do processo permanente de construção e da inegável e obrigatória participação do Ministério Público na defesa dos interesses individuais, sociais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, para que, em cooperação com a sociedade e com os entes estatais, consiga alcançar os tão almejados resultados na construção de uma sociedade mais justa e equânime.

2.1 A tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

No presente artigo utilizaremos o termo *interesse* como sinônimo de *direito*, conforme lição de Kazuo Watanabe, coautor do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, em razão de

inexistir “qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles” (2017, p. 880).

Para Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 18), o interesse liga uma pessoa a um bem da vida em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar, uma vantagem a ser obtida, seja por uma escolha subjetiva, no plano dos fatos, seja no campo dos interesses jurídicos, protegido pelo ordenamento jurídico.

Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos foram enumerados e distinguidos pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e estão situados na categoria dos interesses transindividuais, ou, ainda, metaindividuais – ou seja, interesses que excedem a esfera estritamente individual e passam a ser afetos aos interesses de grupos ou categorias de pessoas indeterminadas ou determináveis, que podem ter objetos indivisíveis ou divisíveis, de acordo com cada categoria de interesse.

Mazzilli (2015, p. 53) define os interesses difusos como um feixe ou conjunto de interesses individuais compartilhados por pessoas indetermináveis que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas. Os exemplos mais elucidativos de interesses difusos são ligados à proteção do meio ambiente, dos valores culturais e espirituais e do patrimônio público.

Para o autor, os interesses coletivos são similares aos interesses difusos quanto ao seu objeto, que é indivisível, mas seus titulares são grupos, classes ou categorias de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas entre si por uma relação jurídica base. Exemplos muito citados na doutrina são os casos de contratos de adesão que estipulam cláusulas abusivas, em que o reconhecimento da ilegalidade de uma cláusula é compartilhado por todos os interessados, isto é, o objeto é indivisível, não importando se um dos interessados tenha um, dois ou mais contratos, já que a declaração de nulidade da cláusula contratual beneficiará de forma igual todos os outros interessados.

Os interesses individuais homogêneos são caracterizados como aqueles pertencentes a grupo, categoria ou classe de pessoas deter-

minadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, oriundos normalmente de circunstâncias de fato (MAZZILLI, 2015).

Teori Zavascki (2017, p. 40) definiu os interesses homogêneos como:

[...] simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.

Exemplo de interesses individuais homogêneos é o caso de compradores de veículos (sujeitos determinados ou determináveis) de certa marca de automóveis, com defeito de série. O que liga esses compradores não é a relação jurídica base, mas a situação de fato do defeito de série. Nesse caso, pode cada integrante ou interessado pleitear individualmente a reparação do dano no montante do prejuízo pessoal sofrido; seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual.

Ada Pellegrini Grinover (2017) destaca que o Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer a tutela dos interesses individuais homogêneos, consolidou no ordenamento jurídico pátrio a ideia da *class action*, advinda do direito norte-americano, em que essas ações possibilitam a defesa dos interesses de indivíduos que se encontravam numa mesma situação fática ou jurídica, evitando decisões judiciais conflitantes, a repetição de demandas individuais, e, ainda, propiciando um tratamento equânime, unitário e simultâneo de todas as demandas em um só juízo, tendo como legitimado um representante da classe ou o Ministério Público.

Por fim, cabe ressaltar que a natureza jurídica dos interesses transindividuais e dos interesses individuais homogêneos só pode ser definida em face de um caso concreto, no exame da pretensão material do interesse, ou seja, na fixação do objeto litigioso, até porque a ação coletiva ou a ação civil pública podem englobar em um só caso concreto a lesão de uma ou mais espécies de interesses, como muito bem destacado por Hugo Nigro Mazzilli (2015, p. 59):

Constitui erro comum supor que, em ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater os aumentos ilegais de mensalidades escolares já aplicados aos alunos atuais, buscar a repetição do indébito e, ainda, pedir a proibição de aumentos futuros; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo: a) interesses coletivos em sentido estrito (a ilegalidade em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado); b) interesses individuais homogêneos (a repetição do indébito, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado); c) interesses difusos (a proibição de imposição de aumentos para os futuros alunos, que são um grupo indeterminável).

Ainda que a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, tenha sido a primeira lei brasileira a prever, especificamente, uma ação civil de natureza pública, a ser proposta pelo Ministério Público para a reparação dos danos causados ao meio ambiente, a Lei n. 7.347/1985, denominada *Lei da Ação Civil Pública*, foi o marco legislativo para a tutela específica dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, inicialmente tutelando os dois primeiros interesses, referentes ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores artísticos, estéticos, históricos e paisagísticos, sendo ampliada a defesa dos interesses individuais homogêneos pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor.

A ação civil pública, ação de natureza pública e não penal, serve de instrumento processual para acionar o Judiciário na tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo por legitimado o Ministério Público ou outro ente eleito pelo legislador (art. 51 da Lei n. 7.347/1985 c/c art. 82 do Código de Defesa do Consumidor), em substituição processual, isto é, demandando em nome próprio direito alheio.

A Lei de Ação Civil Pública, em seu art. 3º, determina que o objeto da ação civil pública será a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o que, conjugado com

o art. 11 da mesma lei, permite concluir, de uma maneira geral, que o objeto da ação deve ser um provimento condenatório, e não declaratório ou constitutivo. Segundo lição de João Batista de Almeida, na ação civil pública busca-se “a cessação de atividade nociva a interesse público, coletivo ou individual homogêneo ou a recomposição do bem lesado, restituindo-se ao *status quo ante*” (2009, p. 159-160).

Os legitimados concorrentes para propor a ação civil pública estão elencados restritivamente no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e são: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esse código; e, por fim, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código consumerista, dispensada a autorização assemblear.

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente em seu art. 129 a função institucional do Ministério Público na promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros dos interesses difusos e coletivos. Além disso, o art. 127 da Carta Política prevê a incumbência institucional do Ministério Público para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Os interesses indisponíveis, para o professor José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 130), são aqueles: 1) em que o titular não pode decidir, por si só, se deve ou não adotar as providências necessárias para sua defesa, e isso porque, queira ou não, haverá outra pessoa ou órgão a quem a ordem jurídica confere a legitimação para fazê-lo; ou ainda, 2) em que há a qualificação de transindividual, porque, sendo indivisível, não há como identificar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada integrante do grupo, tornando-se, pois, irrelevante a vontade individual.

Registre-se que alguns doutrinadores entendem que não cabe a propositura da ação civil pública para tutelar direitos individuais homogêneos e, ainda, direitos individuais dos cidadãos, posi-

ção essa encampada por Teori Albino Zavascki (2017, p. 69), José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 78-79) e Ives Gandra da Silva Martins (2007, p. 209-231).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram o entendimento jurisprudencial do ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos e individuais indisponíveis, o que será tratado em tópico específico neste artigo.

Paulo Gustavo Guedes Fontes aponta a importância da posição do Supremo Tribunal Federal sobre a legitimação do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos, dado que

uma parte considerável do controle exercido pelo Ministério Público sobre a administração teria se tornado inviável se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tivesse se firmado num sentido mais liberal (2006, p. 86).

Por fim, é importante a ressalva de Mazzilli (2015, p. 89), no sentido de que o Ministério Público está

destinado à defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, vedada toda e qualquer atuação fora de sua vocação institucional. Para exemplificar o que vimos dizendo, ele só poderá exercer a defesa dos interesses individuais homogêneos de larga abrangência ou relevância social.

3 A garantia do direito social à saúde pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e legislação correlata

O direito à saúde é assegurado, pela Constituição da República de 1988, como direito fundamental decorrente do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado e à sociedade a obrigação de provê-lo a todos os que dele necessitem.

A garantia do direito à saúde está prevista no art. 6º da Constituição da República, inserida no rol dos direitos e garantias

sociais, como direito fundamental indisponível. Trata-se, portanto, de cláusula pétrea, assegurada também nos arts. constitucionais 5º, 7º, 22, 23, 24, 30, 34, 35, 37, 40, 167, 170, 182, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 208, 212, 220, 225, 227, 230, 231 e, ainda, 17, 53, 55, 71, 74 e 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Sob esse prisma, os arts. constitucionais 6º e 196 consagram o direito à saúde como dever do Estado, o qual deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Cibele Gralha Mateus (2008, p. 71) conceitua o direito à saúde como “um conjunto complexo e multidimensional de posições jurídicas destinadas a assegurar uma vida com dignidade visando à busca do pleno bem-estar físico e mental do indivíduo”.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 393175 AgR/RS, irretocavelmente assentou que:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (RE 393175 AgR, relator min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, *DJ* 2.2.2007, PP-00140, EMENT VOL 02262-08 PP-01524).

Extrai-se do texto constitucional que a saúde, embora não seja monopólio estatal, deve ser garantida pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas, com vista à redução das doenças e de outros agravos, assegurando acesso universal e igualitário às ações e serviços e respeitando os princípios da integralidade e equidade em razão da complexidade e das necessidades de cada indivíduo, com o objetivo de atender as peculiaridades de quem procura assistência médica pelo sistema público.

As políticas públicas devem ser compreendidas como “aquelas ações voltadas para a concretização da ordem social, que visam à realização dos objetivos da República, a partir da existência de leis decorrentes dos ditames constitucionais”, como lecionado por Frischeisen (2000, p. 80), ou, ainda, como conceituado por José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 110), “são diretrizes, estratégias e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades”.

Ana Paula Barcellos ressalta que a Constituição estabelece como um de seus fins a promoção dos direitos fundamentais, constituindo as políticas públicas instrumentos pelos quais os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistêmica e abrangente, mas com recursos públicos limitados, devendo

as escolhas em matéria de gastos públicos e políticas públicas não constituir um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais (2006, p. 56-57).

Ocorre que a efetivação das garantias constitucionais e legais do direito à saúde esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do próprio Estado, na omissão e no desvirtuamento de recursos públicos para outros fins, havendo diuturna e reiteradamente o descumprimento desse direito pelos entes estatais responsáveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei Federal n. 8.080/1990 e que atribui a sua manutenção, de forma solidária, aos entes da Federação, na forma de seu art. 2º e seguintes.

Para a implantação das garantias voltadas à área da saúde, é necessário o cumprimento do comando constitucional e legal pelo Estado. Em casos de omissão ou desrespeito a tais garantias, caberá ao Ministério Público e a outros atores sociais promover, na esfera administrativa ou judicial, por intermédio de ações coletivas ou individuais, o cumprimento do que está disposto na Constituição da República e na legislação ordinária.

Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p. 293) assevera que

[...] não se admite que o Poder Público se limite a incorporar formalmente normas como o artigo 196 da CR no sistema, sem lhe dar a efetividade necessária na realidade social. Igualmente intolerável é restringir a ideia de políticas públicas de saúde ao fornecimento de medicamentos, atendimentos emergenciais hospitalares e à realização de exames em diversos pacientes, sem que se compreenda todo o conjunto de ações necessárias para a promoção da saúde pública.

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail (2014, p. 179-208) aborda, com exatidão, esse controle externo das políticas públicas exercido pelo Ministério Público:

O controle externo da atuação ou omissão do estado em relação a políticas públicas é uma forma de salvaguardar a realização de direitos fundamentais previstos na Constituição. O Ministério Público, enquanto instituição permanente de defesa da cidadania, é órgão de controle da Administração Pública e tem como dever, entre outras funções, zelar pela implementação de políticas e serviços públicos de qualidade.

Nesse sentido, o MP deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização do próprio direito constitucional.

Todavia, a sua fiscalização não está limitada ao exame da legalidade, como nos casos em que é possível identificar de plano o desvio de finalidade do Poder Público, de verbas, ou outro vício que torne o ato nulo, mas abrange também a análise da própria pertinência ou a adequação da política ou programa governamental aos fins a que se propõe.

O Ministério Público, seja na esfera federal ou estadual, tem atuado efetivamente na implementação de políticas públicas na área da saúde, utilizando-se de instrumentos extrajudiciais, na função de *ombudsman*, como a instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis, a expedição de recomendações, a formalização de Termos de Ajustamento de Condutas, as mediações pautadas na Resolução n. 118 do CNMP, de 1º de dezembro de 2014, bem como, nos casos necessários, o ajuizamento de ações civis públicas e ações penais.

Como destacado por Paulo Gustavo Fontes (2006, p. 152),

a atuação do Ministério Público como *ombudsman* situa-se num contexto mais político, no sentido de que ele não tem o poder de mudar as decisões administrativas, mas de criticá-las, deflagrando com isso os processos capazes de acarretar mudanças desejáveis.

O objetivo almejado pelo Ministério Público é a concretização efetiva do direito à saúde e a conseqüente melhoria da qualidade de vida de todos os que compõem a sociedade brasileira para que sejam asseguradas as garantias constitucionais de existência digna, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à vida, à saúde, à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, do idoso, do deficiente, o direito à assistência social, à moradia, à alimentação e o direito à segurança, entre tantos outros.

Por fim, para Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 98), a

propositura de ações pelo Ministério Público, no controle de políticas públicas, é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos pelo povo [...].

Acrescenta o autor que a ação civil pública com o objetivo de implantar ou corrigir políticas públicas permite que “o processo coletivo se torne, então, eficaz mecanismo de materialização do controle judicial de políticas públicas”.

4 A legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura das ações civis públicas e coletivas em defesa dos direitos individuais indisponíveis

Os arts. 127 e 129 da Constituição da República de 1988 são taxativos ao prever a atribuição do Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais indisponíveis, coletivos e difusos, podendo, para tanto, instaurar inquéritos e propor ações civis públicas no exercício de suas atribuições previstas em lei.

Robson Renault Godinho (2010, p. 230), em importante coletânea sobre temas afetos ao Ministério Público, destaca:

Com efeito, a partir do momento em que o artigo 127 da Constituição da República – que consideramos ser a fonte de toda a legitimidade para agir da Instituição – confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos indisponíveis e sociais, automaticamente lhe confere capacidade postulatória.

Ofenderia a Constituição e o bom senso entender que a outorga de legitimidade a um órgão estatal de inegável saber técnico necessitaria de intermediação de uma outra entidade para poder postular em juízo [...].

A Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, aplicada subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais, prevê expressamente a defesa dos interesses individuais indisponíveis e o ajuizamento da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais homogêneos.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), que regula a instituição nos estados, também previu, em seu art. 25, inciso IV¹, a atribuição institucio-

1 Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

nal para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

A despeito de todas essas previsões legais, houve inicialmente pronunciamentos judiciais e doutrinários pela inconstitucionalidade dos artigos dessas leis, que permitem a utilização da ação civil pública ou ação coletiva como instrumento de defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Foi nesse sentido o entendimento esposado no REsp n. 664.139/RS, de relatoria do ministro Castro Meira:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR. CARENTE.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 664.139/RS, rel. ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12.5.2005, *DJ* de 20 jun. 2005, p. 222).

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; [...].

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos embargos de divergência no referido Resp n. 664.139/RS (Brasil, 2007, p. 112), reconheceu que o *Parquet* tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de resguardar interesses individuais indisponíveis. No mesmo sentido, os seguintes precedentes, entre inúmeros outros, daquela Corte Superior: REsp n. 466.861/SP, 1ª Seção, rel. min Teori Albino Zavascki, *DJ* de 7 maio 2007; REsp n. 920.217/RS, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, *DJ* de 6 jun. 2007; REsp n. 852.935/RS, 2ª Turma, rel. min. Castro Meira, *DJ* de 4 out. 2006; REsp n. 823.079/RS, 1ª Turma, rel. min. José Delgado, *DJ* de 2 out. 2006; REsp n. 856.194/RS, 2ª Turma, rel. min. Humberto Martins, *DJ* de 22 set. 2006; REsp n. 700.853/RS, 1ª Turma, rel. p/acórdão min. Luiz Fux, *DJ* de 21 set. 2006; REsp n. 822.712/RS, 1ª Turma, rel. min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 17 abr. 2006.

Em aresto no AgInt no REsp n. 1632154/MG, rel. ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27.6.2017 (publicado no *DJe* de 1º set. 2017), o Superior Tribunal de Justiça reiterou seu entendimento pacífico quanto à legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa dos interesses individuais indisponíveis:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. PARQUET. LEGITIMIDADE. 1. Os embargos infringentes, disciplinados pelo art. 530 do CPC/1973, com a alteração promovida pela Lei n. 10.352/2001, são cabíveis somente na hipótese em que o acórdão da apelação reformar a sentença de mérito, ou julgar procedente ação rescisória.

2. Hipótese em que não houve a reforma da sentença, mas a sua anulação por questão de ordem processual, pois o acórdão recorrido extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC/1973, ante o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público.

3. A Carta Magna outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa não apenas dos direitos difusos e coletivos mas também dos interesses individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada, podendo o Parquet, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatíveis com sua finalidade institucional, nos termos dos arts. 127 e 129 da CF/1988.

4. Não há que se falar em inadequação da via eleita, tendo em conta que o direito à saúde se encaixa no rol de direitos individuais indisponíveis, sendo perfeitamente cabível a ação civil pública, ainda que interposta em favor de uma pessoa isolada, em face da imperatividade das normas insculpidas nos arts. 5º, *caput*, e 196 da Constituição Federal.

5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa. (AgInt no REsp n. 1632154/MG, rel. ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27.6.2017, *DJe* de 1º set. 2017).

E em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 25.4.2018, o mérito dos Recursos Especiais 1.681.690/SP e 1.682.836/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, e firmou a tese no Tema Repetitivo 766, conforme segue:

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

O Ministro Alexandre de Moraes (2017, p. 641-642) leciona sobre a atribuição constitucional do Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo:

Assim, não podemos nos esquecer que a proteção ao *status* (Jellinek) constitucional do indivíduo, em suas diversas posições, hoje, também é função do Ministério Público, que deve preservá-lo. [...] Conclui-se, portanto, que a teoria dos *status* evidencia serem os direitos fundamentais um conjunto de normas que atribuem ao

indivíduo diferentes posições frente ao Estado, cujo zelo também é função do Ministério Público. Portanto, garantir ao indivíduo a fruição total de todos os seus *status* constitucionais, por desejo próprio do legislador constituinte, que em determinado momento histórico entendeu fortalecer a instituição, dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger é também função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Uma das atribuições mais importantes do Ministério Público certamente é sua atuação direta, como legitimado extraordinário, na proteção dos direitos individuais indisponíveis, em que busca resguardar o direito à saúde e à vida de pessoa enferma e carente de recursos financeiros para o custeio de tratamento médico particular – CF, art. 127, *caput* –, podendo pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada a necessidade do paciente e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios.

O Supremo Tribunal Federal já sedimentou seu posicionamento quanto à legitimidade do Ministério Público na propositura da ação civil pública na defesa dos direitos individuais indisponíveis, como o direito à saúde. Confira-se:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Direitos individuais indisponíveis. Tratamento médico. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já firmou a orientação de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais indisponíveis, de pessoa individualmente considerada, como ocorre com o direito à saúde. 2. Agravo regimental não provido. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve fixação prévia de honorários advocatícios na causa. (AI 863852 AgR, relator min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 7.4.2017, Acórdão Eletrônico DJe 093, divulg. 4.5.2017, public. 5.5.2017).

Em 15 de agosto de 2018 (Ata n. 22, DJE n. 169, divulgado em 17.8.2018), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede

de repercussão geral, apreciando o Tema 262, deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) n. 605533/MG e fixou a tese: “O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença”. A questão foi analisada no julgamento do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais (MPE/MG) contra acórdão do Tribunal de Justiça do estado (TJ/MG) que extinguiu ação civil pública, sem resolução do mérito, na qual se buscava a entrega de medicamentos a portadores individuais de hipotireoidismo e de hipocalcemia severa. Em decisão unânime, os ministros acompanharam o voto do relator, ministro Marco Aurélio, no sentido de prover o recurso e de determinar o retorno do processo ao TJ/MG para que prossiga no julgamento de mérito.

É clara e sedimentada, portanto, a legitimidade do Ministério Público para atuar por instrumentos extrajudiciais ou em juízo, especialmente pela propositura de ações civis públicas, com o objetivo de garantir o respeito ao direito individual e indisponível à saúde.

4.1 A ação civil pública e a defesa dos direitos individuais à saúde: Teoria da Reserva do Possível e violação ao Princípio da Isonomia

A cada dia o Ministério Público vem sendo provocado por cidadãos e famílias de indivíduos na busca de leitos de UTIs, internações, procedimentos cirúrgicos, fornecimento de medicamentos e outros tratamentos médicos em razão da omissão Estatal, sendo a ação civil pública o instrumento processual eficaz utilizado para demandar, perante o Poder Judiciário, a implementação e a efetivação do direito fundamental à saúde não satisfeito.

A partir da década de 1990, a atuação do Ministério Público na área da saúde ganhou enorme força em razão de: 1) reconhecida legitimação extraordinária conferida pela legislação constitucional e infraconstitucional ao *Parquet*; 2) confiança depositada pelos cidadãos na atuação institucional e nos instrumentos de defesa para garantia dos direitos fundamentais violados; 3) crescente demanda dos pacien-

tes que agonizam à espera de tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos e suplementos; 4) problemas na implementação do direito sanitário pelo SUS; 5) novas técnicas de tratamentos médicos e de fármacos; e, por fim, 6) omissão e ineficiência estatal no fornecimento adequado de medicamentos e tratamentos médicos.

Antônio Joaquim Fernandes Neto (2010, p. 363) aborda a crescente demanda de ações individuais na área de saúde, nos seguintes termos:

A judicialização de pretensões relacionadas a interesses sociais tem um caráter político. Interfere no governo do Município ou do Estado. Daí a grande polêmica em torno da crescente intervenção do judiciário no campo das políticas públicas. Com saúde não é diferente. As demandas coletivas têm caráter político, refletem a cobrança da sociedade em relação aos direitos assegurados pela Constituição. Os casos individuais, em princípio, não têm tal caráter. Todavia, na medida em que multiplicam-se as ações individuais com pedidos de internações e medicamentos, por exemplo, seu deferimento pelo judiciário produz impacto nas políticas públicas, nem sempre positivo. Enquanto na ação coletiva é possível discutir contexto, o quadro epidemiológico, as opções terapêuticas, as dificuldades de financiamento, por exemplo, na demanda individual a pretensão aparece descolada da política pública correspondente, imune a ela.

O Estado (União, Estados e Municípios), nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, refuta os fundamentos constitucionais que amparam a pretensão na defesa dos direitos individuais indisponíveis, sob alegação da impossibilidade da atuação do *Parquet* na implementação de políticas públicas de saúde, bem como da violação ao princípio da isonomia – uma vez que a tutela judicial beneficia apenas um indivíduo, a despeito de muitos outros que se encontram na mesma situação fática –, e por fim, da invocação da teoria da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível, oriunda da doutrina alemã, determina que os direitos já previstos constitucionalmente só devem ser garantidos quando há recursos públicos disponíveis; ou seja, para que se efetivem direitos e garantias sociais fundamentais, tais como o direito à saúde, deve haver recursos públicos para custeá-los.

Com muita propriedade, Osmir Antonio Globekner (2011, p. 140) expõe sobre o limite e a aplicação da teoria da reserva do possível nos casos submetidos ao judiciário:

Ademais, a eventual restrição da exigibilidade do direito fundamental à luz do critério da reserva do possível deve resultar sempre de uma avaliação à vista do caso concreto, de ponderação a estar presente em todo o arco de manifestação do direito, da previsão normativa até sua aplicação administrativa e jurisdicional. Não pode tal restrição ser o resultado de um limite apriorístico nem a ponderação sobre a sua aplicação ser afastada do aplicador do direito, sobretudo do aplicador qualificado, investido da jurisdição.

A jurisprudência pátria vem-se consolidando pela inaplicabilidade e pela fragilidade da sustentação, pelo Estado, da teoria da *reserva do possível*, em relação a direitos fundamentais, sob o fundamento de que sua aplicação nulificaria garantias constitucionais como o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, que fundam a própria razão de ser do Estado, comprometendo o *mínimo existencial* do ser humano.

Assim, num eventual conflito entre as despesas públicas e a implementação do direito à saúde e à vida, deverá prevalecer o direito fundamental.

Sabe-se que a invocação, pelo Estado, da reserva do possível tem como objetivo esvaziar o direito fundamental – com sua consequente eliminação, no plano fático –, colidindo com o princípio constitucional da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Sobre tema, o Supremo Tribunal Federal tem entendido da seguinte forma:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO

PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (ARE n. 745.745 AgR, relator min.

Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 2.12.2014, processo eletrônico *DJe-250* divulg. 18.12.2014, public. 19 dez. 2014).

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu que cabe ao Poder Judiciário intervir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, não havendo violação ao princípio da separação dos poderes:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MENOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Trata-se de obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI n. 810.864 AgR, relator min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 18.11.2014, acórdão eletrônico *DJe-021* divulg. 30.1.2015, public. 2 fev. 2015).

Sabe-se que de fato é impossível que os entes estatais, com déficits orçamentários e recursos operacionais limitados, atendam a todas as demandas da área da saúde pública e de tantas outras a seu encargo (educação, segurança, saneamento, transportes públicos e outros). Todavia, deve-se ponderar que o Estado não atende a tais garantias constitucionais, muitas vezes, em razão de desvio de verbas públicas, por atos de corrupção, ausência de necessário planejamento administrativo e mau aparelhamento, e, por fim, ausência de critérios de prioridade, padronização e razoabilidade, necessários para atender a todas as demandas sociais nessa área.

Justifica-se a intervenção jurisdicional pela ocorrência da arbitrária recusa governamental ou ainda da inércia injustificada em conferir significado real ao direito à saúde, tornando-se legítimas (ausente qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuserem, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, as garantias constitucionais de proteção do direito à saúde.

Por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desprezar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se atos e regramentos administrativos – ou, ainda mais grave, conferindo amplos poderes ao administrador público para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior.

Diante de situações concretas que se apresentam diuturnamente perante o Poder Judiciário, não há como se furtrar a garantir um direito fundamental ao cidadão desprovido de recursos financeiros para custear medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à garantia de sua vida e saúde. Tampouco há que se falar em violação ao princípio da isonomia no que diz respeito aos que se encontram nas filas de espera: nas hipóteses em que comprovado o agravamento do quadro clínico daquele indivíduo que busca o provimento jurisdicional e a urgência da medida requerida, todos, nessa mesma situação, têm direito ao tratamento e ao fornecimento imediato dos medicamentos necessários.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, exemplificativo do entendimento trazido à baila:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. COMPROVAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL. PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES PÚBLICOS E DA UFU E ATIVA DO MPF. DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA MAN-

TIDA. 1. Considerando o vínculo jurídico entre o Hospital das Clínicas, e o fato de dispor de plenas condições para executar o procedimento médico, objeto do pedido, e a Universidade Federal de Uberlândia – UFU, integrantes do SUS, bem como o sistema integrado existente entre todos os entes jurídicos de direito público interno e, ainda, a responsabilidade solidária da prestação dos serviços congêneres à prestação da saúde, forçoso reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* da UFU. 2. Nos termos do art. 196 da Constituição da República, incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. Portanto, é possível o ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais. Preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelos entes públicos rejeitada. 3. O Ministério Público Federal possui legitimidade para ajuizar ação que visa à proteção de direitos individuais indisponíveis, como na hipótese dos autos, em que se busca resguardar o direito à saúde e à vida de pessoa enferma e carente de recursos financeiros para o custeio de tratamento médico (CF, art. 127, *caput*). A indisponibilidade do direito à vida é suficiente para fundamentar a legitimidade ativa do *Parquet*. Por esses mesmos motivos, não procede a alegação de ilegitimidade ativa do MPF. 4. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o *status* de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). 5. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação de fazer consistiu em determinar aos réus que, solidariamente, providenciassem, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, o procedimento cirúrgico de que necessita Nelci Borges da Silva Hidalgo (reconstrução bilateral das mamas), preferencialmente em hospital da rede pública de saúde. 6. “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade adminis-

trativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça: (AgRg no REsp 1136549/RS, rel. ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8.6.2010, *DJe* 21 jun. 2010). 7. O Poder Judiciário não pode se furtar a garantir direito fundamental a cidadão desprovido de recursos financeiros para custear medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à garantia de sua vida e saúde, não havendo que se falar em violação ao princípio da isonomia, em relação aos que se encontram em fila de espera, nas hipóteses em que comprovado o agravamento do quadro clínico do paciente que busca o provimento jurisdicional. 8. Recursos de apelação conhecidos e não providos. A Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos de apelação e lhes negou provimento. (AC 0014098-03.2016.4.01.3803, desembargador federal Kassio Nunes Marques, TRF1 - Sexta Turma, *e-DJF1* de 21 fev. 2018.)

Por todo o exposto, o direito à saúde, qualificado na ordem internacional como direito de segunda dimensão, com a necessidade de atuação positiva e programática do Estado, não pode ser vilipendiado pela má gestão ou omissão estatal, já que está intimamente ligado ao direito à vida, cláusula p treia, de aplicabilidade imediata e indistinta a todos os indivíduos.

5 Conclusão

Conclui-se que a a o civil pública é um instrumento processual conferido ao Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis, atinentes ao tratamento médico, em razão da omissão ou do descumprimento do dever constitucionalmente dirigido ao Estado brasileiro.

Esse dever estatal constitui, em sua essência, verdadeira garantia fundamental do cidadão. Ocorre que a efetiva o das garantias constitucionais e legais do direito   saúde esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do próprio Estado.

Com efeito, a omissão e o desvirtuamento de recursos públicos para outros fins, diuturna e reiteradamente, conduzem ao descumprimento dessa proteção pelos entes estatais responsáveis pelo Sistema Único de Saúde, cuja manutenção deve-se dar de forma solidária com o engajamento dos entes federativos.

Nesses casos, caberá ao Ministério Público e aos outros atores sociais legitimados promoverem, em ambas as esferas (judicial e extrajudicial), o cumprimento do disposto na Constituição da República e na legislação correlata.

Nessa linha de raciocínio, é possível concluir que a atuação do Ministério Público se faz necessária para resguardar o direito à vida e à saúde de pessoa enferma e carente de recursos financeiros, podendo pleiteá-los a quaisquer dos entes federativos, desde que demonstrada a necessidade do paciente, tudo com o fito de preservar o direito social e individual indisponível.

Conforme evidenciado no presente artigo, o Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento, após intensos debates, pela legitimidade do Ministério Público na propositura da ação civil pública na defesa dos citados direitos individuais indisponíveis.

O Estado brasileiro invoca, como matérias de defesa processual, a aplicabilidade da Teoria (alemã) da Reserva do Possível e a violação aos princípios da separação dos Poderes e da isonomia substancial.

No que diz respeito à Reserva do Possível, o Estado sustenta que a implementação dos direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão, como, *in casu*, o direito à saúde, somente poderia ocorrer mediante prévia dotação orçamentária.

Entretanto, a jurisprudência dos tribunais superiores consolidou a inaplicabilidade dessa teoria quando a matéria de fundo referir-se a garantias fundamentais, como o direito à saúde, em uma exemplificação clássica do significado da escorreita *ponderação de interesses* (técnica de solução de aparente conflito entre princípios constitucionais).

Nessa linha de raciocínio, surge a garantia ao *mínimo existencial* como fundamento constitucional dos direitos fundamentais

e sociais, entre os quais se encontram o direito à vida (primeira dimensão) e o direito à saúde (segunda dimensão).

No que tange à alegação de violação ao princípio da isonomia, o argumento de defesa estatal respalda-se em hipotética sustentação de que um paciente seria privilegiado por uma decisão judicial favorável, a despeito de tantos outros enfermos que se encontrem na mesma ou em pior situação.

Contudo, como evidenciado anteriormente, esse postulado isonômico deve ser interpretado de forma substancial, é dizer, o tratamento dispensado aos desiguais deve-se dar de acordo com as suas desigualdades e na medida de seus méritos. O Estado não deve se valer do princípio da isonomia meramente formal para negar o direito social à saúde. E, para que isso não ocorra, é fundamental para a sociedade brasileira a atuação atenta e eficaz do *Parquet*.

A partir do momento em que o Estado brasileiro, no desempenho de sua função jurisdicional, se deparar com um indivíduo que necessite de seu amparo, torna-se imprescindível garantir os direitos sociais que lhe são constitucionalmente devidos, mormente quando prevalece em nosso ordenamento jurídico o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por conseguinte, é possível concluir-se que o direito à saúde, qualificado na ordem internacional como direito de segunda dimensão, com a necessidade de atuação positiva e programática do Estado, não pode ser vilipendiado pela má gestão ou pela omissão estatal, cabendo ao Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, zelar pela sua efetivação, conferindo, dessa forma, real significado à Constituição da República.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolução_nº_118_autocomposição](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucao_nº_118_autocomposicao). Acesso em: 21 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. Controle judicial dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, Mandamentos, 2000.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle Judicial dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FEIJÓ, Renato Wilson. *A expansão da democracia e da exclusão social: duas tendências no mundo contemporâneo*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. Desafios da promotoria na saúde coletiva. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011.

GODINHO, Robson Renault. Notas acerca da capacidade postulatória do Ministério Público. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

ISMAIL, Mona Lisa Duarte Abdo Aziz. O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 13, n. 42-43, p. 179-208, jan./dez. 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

———. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis – Inadequação do veículo processual – Constitucionalidade de taxas para prestação de serviços públicos específicos e divisíveis da Prefeitura de Taubaté*. In: WALD, Arnaldo (coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DAS AÇÕES COLETIVAS
EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR
— O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

HUGO NIGRO MAZZILLI

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Posição do Ministério Público no processo civil*; 3. *O que é ação civil pública ou ação coletiva*; 4. *O objeto das ações civis públicas*; 5. *O inquérito civil*; 6. *O dever de agir*; 7. *O caráter vinculado da atuação*; 8. *O princípio da obrigatoriedade*; 9. *A não-propositura da ação civil pública*; 10. *A obrigatoriedade de assumir a promoção da ação*; 11. *Desistência pelo Ministério Público*; 12. *A desistência e a renúncia ao recurso*; 13. *A possibilidade de transigir*; 14. *Ratificação pelo Conselho Superior do Ministério Público*; 15. *Ações principais, cautelares e individuais*; 16. *Liticonsórcio entre Ministérios Públicos*. 17. *Conclusão*.

1. Introdução

Diante da relativamente recente preocupação doutrinária e legislativa com os interesses coletivos e difusos, temos enfrentado os mais variados problemas processuais, especialmente no tocante às ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor (v. nossa *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 4ª ed., Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1992).

Neste curso sobre o *Direitos do consumidor e as Promotorias de Justiça do Consumidor*, encaminharemos nossa análise para aqueles problemas relacionados mais diretamente com a intervenção do Ministério Público nas ações coletivas, sempre iluminada pelo princípio da obrigatoriedade.

2. Posição do Ministério Público no processo civil

A atuação do Ministério Público no processo civil desenvolve-se sob vários ângulos: pode ser *autor* (p. ex., na ação civil pública; na ação de nulidade de casamento; na interdição); *representante da parte* (v. g., na assistência judiciária supletiva que presta ao necessitado); *substituto processual* (na ação reparatória *ex delicto*, exemplificativamente); *interveniente em razão da natureza da lide*, desvinculado *a priori* dos interesses de quaisquer das partes (o chamado *custos legis*, quando oficia em autos de mandado de

1. Artigo publicado na Revista *Justitia*, 160/158 (Ministério Público de S. Paulo), 1992.

segurança ou ação popular, em questão de estado, entre outras hipóteses); ou *interveniente em razão da qualidade da parte* (como quando haja interesse de incapaz, acidentado do trabalho, indígena, pessoa portadora de deficiência).

Ultimamente, têm alguns procurado ver mais ênfase na atuação do Ministério Público *agente*, com preponderância e até em detrimento do Ministério Público *interveniente*, invocando, em seu abono, o entendimento de que a Constituição estaria a privilegiar o papel do Ministério Público na propositura da ação civil ou penal pública e na promoção direta de diligências (art. 129).

Houve, sim, um fortalecimento da iniciativa do Ministério Público. Afora essa constatação, aliás evidente, no mais não se pode dizer que a atual Constituição *queira* um Ministério Público agente com preponderância sobre o Ministério Público *interveniente*. No processo penal, é verdade que a exclusividade da ação penal pública lhe confere uma natural preeminência na sua promoção, à só exceção da ação privada subsidiária — o que não obsta a que nesta intervenha e até assuma sua promoção, quando necessário. Na esfera cível, porém, é aspecto meramente circunstancial que o Ministério Público ou qualquer outro co-legitimado tenha proposto a ação coletiva. Tanto nas ações penais ou civis públicas que não tenha proposto, o Ministério Público nelas intervirá, exercendo ônus e faculdades processuais, como ocorre naquelas que diretamente propôs. No caso da ação civil pública, não teria sentido privilegiar sua como autor. Se algum co-legitimado se lhe antecipa na iniciativa da ação, o órgão do Ministério Público, conquanto *interveniente*, poderá aditar a inicial, produzir provas, recorrer e exercer os demais ônus e faculdades processuais, como se a tivesse proposto. Quando *intervém* por imposição da lei, em sua atuação haverá de empregar zelo em nada inferior ao que despende nas ações que *propôs*. E às vezes até mais empenho, pois, recebendo a ação a meio do caminho, sem ter-se aparelhado previamente para sua propositura, dele se exigirá um desdobramento maior, para pôr-se a par das questões de fato subjacentes, que nem sempre são trazidas aos autos pelas partes.

Conquanto, para nós, igual seja a importância da atuação do Ministério Público *agente* e *interveniente*, apenas por questão metodológica aqui cuidaremos da primeira faceta dessa multifária atuação. No exame do princípio da obrigatoriedade, daremos enfoque ao Ministério Público enquanto propõe a ação civil pública ou ação coletiva, mas insistimos: os mesmos princípios que valem para a propositura da ação pelo órgão do Ministério Público, também fundamentam sua atuação como órgão *interveniente* ou quando tem de decidir se assume a promoção da ação, em caso de abandono ou desistência dos co-legitimados.

3. O que é ação civil pública ou ação coletiva

O primeiro texto legal a mencionar a expressão "ação civil pública" foi a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar federal 40, de 13.12.81), cujo art. 3º, III, tornou-lhe função institucional "promover a ação civil pública, nos termos da lei". A legislação posterior manteve a expressão, estendendo a titularidade

ativa da ação a outros co-legitimados (v.g., Lei n. 7.347/85), o que foi consagrado na Constituição de 1988 (art. 129, III, e § 1º). Por último, o Código do Consumidor preferiu a denominação "ação coletiva", para defesa de interesses difusos e coletivos (v.g., arts. 87, 91).

Na Lei Complementar n. 40/81, o intuito era limitar as hipóteses de cabimento da ação civil pública a *numerus clausus*, diversamente da promoção da ação penal pública (cf. art. 3º, II, da mesma lei complementar).

O constituinte de 1988 ampliou as hipóteses de ação civil pública, por meio da norma de encerramento contida no art. 129, III, e § 1º, da CR. Não só o Ministério Público, como os demais legitimados para a ação civil pública prevista na Lei n. 7.347/85, também passaram a deter legitimidade para a defesa em juízo de interesses transindividuais (os arts. 110-111 da Lei n. 8.078/90 — Código do Consumidor — devolveram a norma de extensão que tinha sido vetada quando da promulgação do texto originário da Lei n. 7.347/85).

O uso da expressão "ação civil pública", preconizado por Piero Calamandrei, deve-se a uma busca de contraste com a chamada "ação *penal* pública", prevista em nosso ordenamento adjetivo e substantivo criminal, e referida no art. 3º, II, da Lei Complementar federal n. 40/81, e no art. 129, I, da Constituição da República. Mas, como toda ação, enquanto direito público subjetivo, dirigido contra o Estado, é sempre *pública*, — sob esse aspecto é preferível referir-se a *ação coletiva*.

A Lei n. 7.347/85, ao disciplinar a "ação civil pública", não a restringiu à iniciativa do Ministério Público. Na mesma linha, a Lei n. 7.853/89 (que cuida da ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência), a Lei n. 7.913/89 (que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei n. 8.078/90 (Código do Consumidor) e a própria Constituição de 1988, conquanto conferindo iniciativa ao Ministério Público para a promoção da ação civil pública, negaram-lhe a legitimação exclusiva (CR, art. 129, III, e § 1º). Perdeu sentido o conceito anterior, de ação civil pública como ação de objeto não-penal, promovida apenas pelo Ministério Público.

Ação civil pública ou *ação coletiva* significa, portanto, a ação proposta pelo Ministério Público ou pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei n. 7.347/85, bem como a proposta pelos sindicatos, associações de classe e outras entidades legitimadas na esfera constitucional, desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos ou coletivos (isto é, agora um enfoque *subjetivo-objetivo*, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional pretendida na esfera cível).

Embora o conceito de ação civil pública ou de ação coletiva alcance mais do que apenas as ações de iniciativa ministerial em defesa de consumidores, neste trabalho, dentro do objeto a que nos circunscrevemos, daremos atenção especial a estas

últimas, até porque, ordinariamente, é o Ministério Público quem tem tomado a iniciativa da propositura de medidas judiciais em defesa dos consumidores, e é sobre essa instituição que incidem diretamente as conseqüências do chamado princípio da obrigatoriedade, de que nos ocuparemos com maior atenção neste trabalho.

Como regra geral, a promoção da ação civil pública cabe à promotoria de justiça cível, no sistema da Lei Complementar estadual n. 304/82 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, com as alterações da Lei Complementar estadual n. 667/91). Pelo inc. I do seu art. 41, verifica-se que, ressalvadas as ações civis públicas cuja iniciativa caiba, por expresso, a outra promotoria (p. ex., a ação de nulidade de casamento, cf. art. 44, II; a ação acidentária, cf. art. 43, II; ação de anulação de atos lesivos às fundações, cf. art. 46, VI, da LC 304/82) — no mais, toda e qualquer ação civil pública, que não tenha sido por lei expressamente conferida a qualquer outra promotoria, cabe a órgão do Ministério Público do Estado titular do cargo ou da função de *promotor de justiça cível* (o antigo *curador de ausentes e incapazes*, nomenclatura esta abandonada por força da Lei Complementar n. 667/91). Naturalmente, nas comarcas onde haja, por expresso, cargo de *Promotor de Justiça do Consumidor*, a ele caberá exercer as atribuições relacionadas com a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de consumidores.

4. O objeto das ações civis públicas

Da parte do Ministério Público, em geral a defesa de interesses difusos e coletivos é feita especialmente a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que se aplica subsidiariamente ao sistema de outras leis destinadas à proteção de interesses difusos e coletivos (Leis ns. 7.853/89, 7.913/89, 8.069/90 e 8.078/90). Tendo o Código do Consumidor superado o veto originário que tinha sido imposto a dispositivos da Lei n. 7.347/85 (arts. 90, 110 e 117 da Lei n. 8.078/90), alcança-se agora a integral defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural e de *qualquer outro interesse coletivo ou difuso*.

Difusos são interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente ou o dos destinatários da propaganda enganosa, podem ser incluídos na categoria do interesse público.

Por sua vez, os interesses *coletivos* compreendem uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas. Em sentido lato, englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito), como também aqueles que o Código do Consumidor chama de *interesses individuais homogêneos*. Estes últimos se caracterizam pela extensão divisível ou individualmente variável do dano ou da responsabilidade (ex.: uma série de produtos defeituosos entregues a consumo).

Assim, segundo o mesmo Código, *coletivos* são os interesses "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" (art. 81, II). Como exemplo, teríamos as pessoas prejudicadas pela cobrança de um aumento ilegal de mensalidades escolares ou prestações de um consórcio.

Inovando na terminologia legislativa, o Código do Consumidor mencionou, pois, os *interesses individuais homogêneos* (art. 81, III), "assim entendidos os decorrentes de origem comum", que, como vimos, na verdade, não deixam de ser interesses coletivos, em sentido lato.

Como exemplo, consideremos algumas hipóteses concretas. Se, numa comunidade, apenas um adolescente não foi atendido num hospital ou não obteve vaga num estabelecimento de ensino, podemos falar em seu *interesse individual*, posto indisponível. Já o interesse pode ser *individual homogêneo*, quando de várias pessoas inadequadamente tratadas com uma vacina com prazo de validade vencida, ou pode ser *coletivo* (em sentido estrito) quando de uma ação trabalhista coletiva contra o mesmo patrão, exigindo o pagamento a todos devido. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente *difuso* se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, como, por exemplo, numa potencial relação de consumo a que alude o parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor (v. g. os destinatários de propaganda enganosa ou inadequada, veiculada em painéis publicitários ou pela televisão, cf. arts. 220, § 3º, e 221, da CF.).

Pela sua abrangência, a defesa de interesses de um grupo indeterminável de pessoas naturalmente interessa à coletividade. Já a defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo, como quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou quando haja extraordinária dispersão de interessados, a tornar necessária ou pelo menos conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público, ou quando importa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, de um sistema econômico, social ou jurídico. Tratando-se, porém, de interesses indisponíveis, bem como de interesses difusos — sua defesa *sempre* interessará à coletividade como um todo.

Exemplificativamente, há sério abalo na captação da poupança popular ou na confiança de mercado das empresas, sempre que ocorrem falhas de gravidade no respectivo sistema. Por razões como essas, o Ministério Público é chamado a intervir na defesa de interesses coletivos, em favor de credores em questões falimentares, ou em favor de titulares de valores mobiliários, para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos por eles sofridos (p. ex., v. o art. 1º da Lei n. 7.913/89).

A defesa de interesses *individuais* pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública ou da ação coletiva, só se pode fazer, pois, *enquanto se trate de direitos indisponíveis ou que digam respeito à coletividade como um todo*, única forma de con-

ciliar essa iniciativa com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127 *caput* da CR.). Assim, por exemplo, as providências do Ministério Público são exigíveis, até mesmo com o ingresso de ação civil pública, para assegurar vaga em escola, tanto para uma única criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um, como a diversos adolescentes privados de liberdade.

Tem surgido especial controvérsia quanto à defesa em juízo, pelo Ministério Público, de consumidores ligados por interesses individuais homogêneos. A alguns tem parecido que, pelo sistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), cabe a essa instituição até mesmo a defesa do consumidor individual, matéria de ordem pública (Código do Consumidor, arts. 1º e 91).

De um lado, permite a Lei n. 7.347/85 a defesa do "consumidor" (art. 1º, II). Poder-se-ia crer, à primeira vista, que pela própria sistemática da Lei n. 7.347/85, os legitimados ativos do art. 5º (Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações ou associações com representatividade adequada) pudessem ajuizar ações principais ou cautelares no *interesse individual* de consumidor ou de consumidores determinados. Outrossim, poderia parecer que a defesa individual de consumidores poderia ser feita pelos legitimados do art. 82 do Código do Consumidor.

Não é assim, porém, que se deve entender. Sem prejuízo dos mecanismos de proteção do consumidor individual, trazidos pelo Código do Consumidor, na verdade, como já se antecipou, o objeto da Lei n. 7.347/85 é a proteção de interesses *difusos e coletivos*. E a legitimação conferida ao Ministério Público pelo Código do Consumidor se refere à propositura de *ações coletivas* (é mero erro material a remissão que o art. 82 faz ao art. 100; deve ser entendida como remissão ao art. 81, parágrafo único).

O interesse individual do consumidor lesado encontra proteção seja pelas vias clássicas, ou seja, a legitimação ordinária, pela qual cada um defende o seu interesse (o que não é afastado pela representação processual). A defesa de interesses *individuais homogêneos* não é meramente individual, mas coletiva, em sentido lato (art. 81, III, da Lei n. 8.078/90). Como já exemplificamos anteriormente, se, dentre milhares de bens de consumo, um deles foi produzido com defeito, seu comprador terá direito *individual* de obter a indenização; se toda a série foi produzida com o mesmo defeito, os lesados têm direito *individual homogêneo* de obter a reparação cabível.

Embora o direito individual homogêneo possa ser defendido por meio de ações propostas pelos próprios indivíduos, por grupos de indivíduos, por suas associações ou por órgãos de proteção ao consumidor — em tese o Ministério Público também está legitimado à defesa em juízo de tais interesses. Se deve efetivamente defendê-los, é questão que depende de exame em concreto.

De um lado, é verdade que o *interesse individual homogêneo* não deixa de ser, lato senso, um *interesse coletivo*; de outro, a própria Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a proteção de *outros interesses difusos e coletivos*, além do patrimônio público e social e do meio ambiente (art. 129, III).

Estaria, assim, o Ministério Público legitimado a defender qualquer interesse coletivo em sentido lato? Poderia a instituição promover, em última análise, até mesmo a defesa de interesses individuais homogêneos?

A resposta a nosso ver se encontra no exame do caso concreto. Não se pode recusar que o Ministério Público está legitimado à defesa de qualquer interesse transindividual indivisível; contudo, parece-nos que, por sua vocação constitucional, não está o Ministério Público legitimado à defesa em juízo de interesses de pequenos grupos determinados de consumidores, atingidos por danos variáveis e individualmente divisíveis, sem maior repercussão na coletividade como um todo.

Mais especificamente quanto ao âmbito da atuação ministerial na defesa dos chamados *interesses individuais homogêneos*, cremos deva firmar-se interpretação de caráter finalístico. O art. 129, III, da Constituição, comete ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos. Quanto aos difusos, não há distinguir; por coletivos, entretanto, aí estão os interesses da coletividade como um todo. A defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas (como consumidores individualmente lesados) só se pode fazer pelo Ministério Público quando isto convenha à coletividade como um todo, como nos exemplos acima invocados: se é extraordinária a dispersão de lesados; se a questão envolve defesa da saúde ou da segurança dos consumidores; se a intervenção ministerial é necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico. Não se tratando de hipótese semelhante, a defesa de interesses de consumidores individuais deve ser feita por meio de legitimação ordinária, ou, se por substituição processual, por outros órgãos e entidades que não o Ministério Público, sob pena de ferir-se a destinação institucional deste último.

Em síntese, devemos examinar o dispositivo do art. 129, III, da Constituição da República, em harmonia com a destinação institucional do Ministério Público, votado à defesa de interesses ainda que individuais, mas indisponíveis (CR, art. 127, *caput*).

Nas hipóteses em que a Defensoria Pública, uma associação, um sindicato ou mesmo o Ministério Público, quando cabível, defendem em juízo os interesses de um ou de alguns lesados determinados, mediante assistência judiciária, representação ou substituição processual (ex.: Lei Complementar federal n. 40/81, art. 22, XIII; CR, arts. 5º, XXI, 8º, III e 134; CPP, arts. 63 e 68, *v. g.*), não se trata senão da defesa de interesses individuais ou até coletivos, não difusos.

É objeto da Lei n. 7.347/85 e do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/90, o consumidor considerado de forma global, dispersa, como no exemplo de uma fábrica que coloca no mercado uma série de milhares de produtos com o mesmo defeito; como no caso da propaganda enganosa ou irregular, que atinge uma categoria indeterminada de lesados; como na venda de um alimento ou de um medicamento deteriorado, em larga escala. Esta última categoria de interesses coletivos ou difusos, dispersos na coletividade, é que encontra proteção difusa ou coletiva por meio da Lei n. 7.347/85 e do art. 82 do Código do Consumidor.

5. O inquérito civil

Criação da Lei n. 7.347/85, o inquérito civil foi depois acolhido pela própria Constituição da República (art. 129, III).

A denominação busca estremá-lo do inquérito policial, cujas finalidades são distintas (art. 4º do CPP). Enquanto o *inquérito civil* se destina a colher elementos necessários a servir de base à propositura da ação civil pública pelo Ministério Público, o *inquérito policial* tem como escopo a comprovação da materialidade e da autoria do crime, para embasar o ajuizamento da ação penal pública.

Não se caracteriza o inquérito civil como procedimento contraditório; antes, ressalte-se nele sua informalidade, pois destina-se tão-somente a carrear elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar ou não a hipótese propiciadora do ajuizamento da ação civil pública.

A despeito da sobredita informalidade, entretanto, é indispensável ser ele iluminado pelo princípio da publicidade, que deve nortear todos os atos da administração (art. 37 da CF.), exceção feita, naturalmente, às estritas hipóteses de sigilo legal (v. g., art. 201, § 4º, do ECA) ou àquelas em que da publicidade dos atos do inquérito possa resultar prejuízo à própria investigação. Concluídas as investigações, porém, a publicidade é exigível, seja quando do ajuizamento da ação civil pública, seja quando do arquivamento do inquérito civil, até mesmo para que os interessados possam arrazoar perante o Conselho Superior do Ministério Público (cf. art. 9º, § 2º, da Lei n. 7.347/85). A nosso ver, deverá ser pública a própria sessão em que o Conselho Superior decida sobre o arquivamento ou não do inquérito civil.

Embora extremamente útil, não é o inquérito civil pressuposto necessário à propositura da ação. Em havendo elementos necessários, a ação principal ou a cautelar podem ser propostas mesmo sem ele.

Ao contrário do que ocorre atualmente com o inquérito policial, no inquérito civil o Ministério Público não requer ao Judiciário seu arquivamento, e sim o promove diretamente. O promotor cível profere um despacho ou uma decisão de arquivamento que será submetida automática e obrigatoriamente ao crivo do Conselho Superior da

Instituição. Essa revisão exercida por um órgão colegiado é meio muito mais seguro de controle da atuação ministerial do que o do atual arquivamento do inquérito policial que está concentrado nas mãos de uma só pessoa, o procurador-geral de Justiça (art. 28 do CPP), que, nomeado pelo chefe do Executivo, não raro ainda detém, quase por caráter hereditário dominante, servil obediência aos interesses do governo.

Não só o arquivamento do inquérito civil se sujeita ao controle a que vimos aludindo: na verdade, também o arquivamento de *peças de informação*, ainda que não formalizadas em inquérito civil, deverá ser revisto pelo Conselho Superior do Ministério Público (§ 1º do art. 9º da Lei n. 7.347/85). De outro lado, mesmo que o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação tenha partido do procurador-geral de Justiça, deverá o Conselho Superior rever o ato de arquivamento praticado por qualquer órgão de execução do Ministério Público (art. 9º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública).

6. O dever de agir

Partindo do Ministério Público a iniciativa da ação, não é correto falar-se em "direito de agir". Há mais um dever de agir que um direito — daí se afirmar a existência do princípio da obrigatoriedade na ação do Ministério Público, de que resulta a indisponibilidade da ação.

Fala-se em *princípio da obrigatoriedade*, seja no processo civil, seja no processo penal, quando se quer referir ao dever que tem o órgão do Ministério Público de promover a ação pública, dela não podendo desistir.

Embora na área civil e penal em substância o princípio seja o mesmo, aqui nos ocuparemos mais diretamente das repercussões no campo cível.

Dita indisponibilidade da ação deve ser bem compreendida. Segundo válida lição de Calamandrei, não se admite que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese em que deva agir, se recuse a fazê-lo: neste sentido, sua ação é um dever. Todavia, se não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifica* a hipótese de atuação, ao contrário, tem liberdade para apreciar *se ocorre hipótese* em que sua ação se torna obrigatória.

Em outras palavras, e agora traçando um paralelo com a esfera penal, não há dúvida de que o Ministério Público tem ampla liberdade para apreciar os elementos de convicção do inquérito, para verificar se houve ou não crime a denunciar; mas, segundo a lei vigente, identificando a hipótese positiva, não poderá eximir-se do dever de exercitar a acusação penal.

Ao contrário, não verificando a presença de justa causa para propor a ação pública, o órgão ministerial promoverá o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. No campo cível, foi instituído o *inquérito civil*, cujo arquivamento só é passí-

vel de revisão pelo Conselho Superior da instituição (arts. 9º da Lei n. 7.347/85; e 6º da Lei n. 7.853/89).

7. O caráter vinculado da atuação

Deve, pois, ser bem entendida a obrigatoriedade da ação civil pública, por parte do Ministério Público.

Não se compreenderia que o Ministério Público, reconhecendo a existência de violação da lei, que lhe torne obrigatória a atuação, se recusasse a agir: nesse sentido se fala em caráter vinculado de sua atuação.

Entretanto, quando o órgão ministerial fundamentadamente deixa de propor a ação pública por entender ausente a violação à lei, não há quebra do princípio da obrigatoriedade.

Imprescindível se torna estabelecer um eficiente sistema de controle do arquivamento, à guisa do que já o fazem o art. 9º da Lei n. 7.347/85 e o art. 6º da Lei n. 7.853/89, que instituíram uma disciplina em muito superior, aliás, à do art. 28 do Código de Processo Penal. A solução da lei processual penal não satisfaz, por concentrar de forma incontestável nas mãos de uma única pessoa a última palavra a respeito da não-propositura da ação (o procurador-geral de Justiça); pelo art. 9º da Lei da Ação Civil Pública ou pelo art. 6º da Lei n. 7.853/89, a revisão do ato de arquivamento do inquérito civil cabe a um órgão colegiado — o Conselho Superior do Ministério Público).

Até mesmo iríamos além. Como fruto de nossa vivência da carreira, exercida em duas décadas em todos os campos, quer na Capital como no interior, estamos hoje convencido de que, para pequenas infrações, até mesmo em matéria penal, deve ser cogitado de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal ou civil pública, como agora o permite o próprio art. 98, I, da CF. Afinal, a lei não pode estar em falta de sintonia com a realidade. Não podem o jurista e o legislador fingir que desconhecem o que acontece principalmente na vida real, em que, por decisão dos próprios interessados, às vezes das próprias vítimas diretas, e com plena aceitação social, apenas pequena parcela das infrações civis ou penais é levada ao conhecimento das autoridades; ou o que acontece principalmente nas delegacias de polícia, onde só uma ínfima parcela dos crimes cuja ocorrência é registrada, é regularmente apurada, deixando-se de lado muitas infrações, por critérios de oportunidade e conveniência que, entretanto, são hoje totalmente ilegais e arbitrários. Não podem ainda olvidar que diversos pedidos de arquivamentos de inquérito e muitas improcedências de ações penais, sob o ponto de vista jurídico, estão inadequadamente fundamentados, ora violando-se a tese jurídica, ora a prova dos autos, porque na verdade a última razão do arquivamento do inquérito ou da improcedência do pedido foi um critério de oportunidade e de conveniência, que visou a buscar uma verdadeira justiça para o caso concreto, mas sem o adequado amparo no sistema positivo.

É necessário antes preferir o caminho que combate a iniquidade, sim, mas dentro da legalidade. E a maneira correta de assim proceder é corajosamente estimular a mitigação do princípio da obrigatoriedade, sem quebra da legalidade, para casos específicos, restritivamente previstos em lei, quando verdadeiramente não haja interesse social na propositura ou no prosseguimento da ação pública. É o caso de pequenas infrações, quando o dano pôde ser integralmente reparado pelo agente ou quando a ação pública ou a própria sanção objetivada se mostrarem totalmente desnecessárias e às vezes até injustas ou em desarmonia com suas finalidades.

8. O princípio da obrigatoriedade

O art. 5º da Lei n. 7.347/85 dispõe que a ação principal e a cautelar, de que cuida a Lei n. 7.347, "poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação", nas hipóteses que especifica. Por sua vez, o art. 82 do Código do Consumidor apresenta semelhante rol de legitimados ativos para as ações coletivas, nele incluindo as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, *ainda que sem personalidade jurídica*, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo próprio Código.

Na Lei n. 7.347 há várias referências ao dever ministerial de agir: em primeiro lugar, no próprio *caput* do art. 5º, segundo o qual o Ministério Público e outros legitimados *poderão* propor a ação principal e a cautelar de que cuida a Lei da Ação Civil Pública. Compreendido o inadequado *poderá* como um verdadeiro *deverá*, nele se encontra com toda a intensidade o dever de agir. A idéia desse dever tanto mais é reforçada no mesmo artigo, à vista de seu § 1º, que fala na obrigatoriedade da intervenção ministerial no feito, quando já não atue como parte. Seu § 3º prevê o dever de o Ministério Público assumir a titularidade ativa, em caso de abandono pela associação legitimada. Por fim, no art. 15 se fala no dever de promover a execução da sentença condenatória, imposto ao Ministério Público.

9. A não-propositura da ação civil pública

O dever de agir não obriga, como se viu, à cega propositura da ação pelo Ministério Público.

Sem quebra alguma do princípio da obrigatoriedade, "se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente" (art. 9º).

Há todo um mecanismo de controle da não-propositura da ação pelo Ministério Público.

O primeiro deles consiste em remeterem-se de ofício os autos do inquérito civil ao Conselho Superior do Ministério Público, para reexame da decisão do órgão que propendeu pelo arquivamento (art. 9º e §§).

A nosso ver, trata-se de solução em muito superior à do analógico art. 28 do Código de Processo Penal, que trata do arquivamento do inquérito policial. Este último dispositivo vale-se de uma série de eufemismos processuais para explicar o ato final do Ministério Público, quando se decide a não acusar (um "requerimento" a que o juiz está "obrigado a atender"...). Foi o sistema do art. 28 do CPP com vantagem substituído, na Lei da Ação Civil Pública, pela deliberação de um órgão colegiado, preferido em matéria recursal, como garantia de um reexame mais arejado; igualmente, foi essa a solução da Lei n. 7.853/89.

Outro mecanismo de controle da não-propositura da ação decorre, simplesmente, do fato de inexistir legitimação exclusiva do Ministério Público para a ação civil pública. Tem ele apenas *legitimidade concorrente* (art. 5º da Lei n. 7.347/85, art. 3º da Lei n. 7.853/89, art. 1º da Lei n. 7.913/89 e art. 82 da Lei n. 8.078/90).

É incorreto o argumento de que o Ministério Público, de forma inconstitucional, estaria a monopolizar o arquivamento do inquérito civil. O art. 9º da Lei da Ação Civil Pública cuida apenas da não-propositura da ação civil pública *pelo Ministério Público*: em nada se atinge nem se prejudica a possibilidade de os demais legitimados ativos ajuizarem a ação que o Ministério Público entendeu de não propor. Afinal, esta possibilidade decorre do sistema escolhido, que é o da legitimidade concorrente do Ministério Público, em matéria cível (compatível, aliás, com o que veio a dispor o art. 129, § 1º, da CR).

Se a legitimidade fosse exclusiva para o Ministério Público, inconstitucionalidade haveria se a este coubesse a última palavra a respeito da não-propositura da ação civil pública ou da ação coletiva. Coisa diversa é o que ocorre quando se trata do *ius puniendi*, interesse este de que é titular o próprio Estado: em nenhuma inconstitucionalidade se incorre quando o próprio Estado, por seu órgão apropriado, resolve não propor a ação penal. Entretanto, na área cível, o interesse difuso é compartilhado por todos os lesados. Se a lei só conferisse legitimação ativa a uma única pessoa ou a um só órgão, e o legitimado ativo resolvesse não propor a ação, então ficariam sem proteção jurisdicional interesses coletivos ou difusos, agora com evidente lesão a princípio constitucional (CR, art. 5º, XXXV).

O próprio lesado, individualmente considerado, também continua podendo propor sua ação pelo seu dano: não será esta última uma ação civil pública, porém.

10. A obrigação de assumir a promoção da ação

Questão importante, ainda ligada à indisponibilidade da ação civil pública, diz com a correta interpretação do § 3º do art. 5º, a asseverar que o Ministério Pú-

blico "assumirá" a titularidade ativa, em caso de desistência ou abandono da ação por alguns dos co-legitimados para a ação civil pública.

O § 3º do art. 5º da Lei n. 7.347/85 cuida do dever que tem o órgão do Ministério Público de assumir a promoção da ação, em caso de desistência infundada ou abandono por associação co-legitimada.

A interpretação adequada é a de que o Ministério Público assumirá tal promoção, quando for o caso — sob o mesmo critério que usa para propor a ação civil pública.

Não se argumente com a indisponibilidade da ação civil pública, pelo Ministério Público, fazendo-se analogia incompleta e insatisfatória com o processo penal. Apesar de a própria lei processual penal expressamente afirmar a indisponibilidade da ação penal pública (arts. 42 e 576 do CPP), não se nega que o Ministério Público pode deixar de denunciar, propendendo pelo arquivamento do inquérito policial. Ainda mesmo, ninguém olvida inexistirem meios para que o particular obrigue o Ministério Público a acusar (a ação penal privada subsidiária só cabe quando haja inércia ministerial, não quando tenha havido pedido de arquivamento, cf. Súmula 524-STF; *RTJ* 112/473). Quanto à ação penal, o Ministério Público dela não pode desistir; também não pode desistir do recurso interposto nem abandonar a ação, por força de expressa vedação constante da lei processual penal, que não vem reiterada no sistema processual civil nem na Lei n. 7.347/85.

Como vimos, de forma mais clara e objetiva dispõe o § 6º do art. 3º da Lei n. 7.853/89: "em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos co-legitimados *pode* assumir a titularidade ativa".

Dando razão a esse raciocínio, também o art. 112 da Lei n. 8.078/90 admite, embora indiretamente, que o Ministério Público deixe de assumir a promoção da ação objeto de desistência, pois só se refere à sua obrigação de assumir a titularidade ativa de ação civil pública em caso de *desistência infundada*.

Assumir ou não a promoção da ação civil pública trata-se, claramente, de faculdade e não de imposição legal, faculdade esta que também se aplica ao Ministério Público, com a só particularidade de que este último deverá nortear-se pelos mesmos critérios seja para *propor* seja para decidir-se sobre as hipóteses de quando *prosseguir* na ação objeto de abandono ou desistência.

11. Desistência pelo Ministério Público

Mais do que discutir se o Ministério Público é ou não obrigado a assumir a promoção de ação civil pública objeto de desistência fundada, resta agora discutir mais a fundo se pode ele próprio desistir da ação.

Retomando e desenvolvendo as considerações feitas, lembramos que a afirmação de que o substituto processual não pode desistir da ação, defendida por Chiovenda, não tem aplicação em nosso sistema, que permite ao substituto processual a desistência da ação. Aliás, diversas leis servem-nos de exemplo: na Lei da Ação Popular, não se nega que o cidadão age por substituição processual, e nela se prevê a expressa desistência (art. 9º da Lei n. 4.717/65); na própria Lei n. 7.347/85, também a associação age por legitimação extraordinária e pode desistir (art. 5º, § 3º). Por fim, o § 6º do art. 3º da Lei n. 7.853/89 — que instituiu a ação civil pública para proteção dos interesses ligados às pessoas portadoras de deficiência — igualmente não limita a desistência do pedido a qualquer dos legitimados ativos.

Não há dúvida de que os titulares da ação civil pública não são os titulares do direito material em litígio, sobre que não têm disponibilidade: sua disponibilidade se limita ao conteúdo processual do litígio, pois titulares do interesse material são os indivíduos, ainda que transindividualmente considerados.

Não pode haver dúvida de que o legitimado de ofício conserva disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio. Assim, por exemplo, pode propor ou não a ação, requerer provas, desistir delas, e ainda recorrer ou não da sentença.

Não se distinguem as várias modalidades de preclusão senão pelo modo de ocorrência: quanto aos seus efeitos, são idênticos, quer se trate de preclusão lógica, consumativa ou temporal. Se, por exemplo, o substituto processual, por não recorrer, pode provocar a ocorrência da preclusão temporal, estará dispondo do conteúdo processual do feito, da mesma forma que o faria se recorresse e desistisse do recurso.

Não temos dúvida de que qualquer legitimado extraordinário do art. 5º da Lei n. 7.347/85 pode desistir da ação. A referência expressamente contida no seu § 3º à associação, como vimos, apenas se explica porque a lei buscou cercar de maiores cautelas esta desistência. Com efeito, a associação, ao contrário dos demais legitimados ativos, é constituída e administrada com toda a liberdade (art. 5º, XVIII e XIX, da CF). Inexiste, quanto a ela, um controle caracterizado por freios e contrapesos que inspira a chamada divisão dos Poderes e a atuação dos órgãos do Estado, de forma que pode ela não ter os mesmos critérios de atuação ou de desistência que devem ser empregados pelos órgãos públicos, cujo zelo pelos interesses da comunidade deve presumir-se.

A analogia buscada com a impossibilidade de desistência da ação penal pelo Ministério Público (arts. 42 e 576 do CPP), embora alhures muito prestigiada, não nos convence. Enquanto no processo penal, por razões próprias e inconfundíveis, há normas expressas a vedar a desistência, o legislador processual civil não a vedou. Seria mera lacuna, uma pequena omissão ou um descuido menor deste último? Por certo que não. O legislador processual civil de 1973 foi mais atual, técnico e preciso do que o legislador processual penal de 1941. Não há como suplementarmo-nos de recursos analógicos do processo penal, quando o legislador processual civil apenas *não quis impor* a mesma restri-

ção à disponibilidade do conteúdo processual do litígio aos legitimados de ofício, como o Ministério Público.

Poder-se-ia alegar: então deveria a lei processual civil ter dito, expressamente, que o Ministério Público pode desistir. Tal argumento seria inadequado: não se deve afirmar que pode ele desistir, se do sistema da legitimação de ofício já resulta a possibilidade. Indispensável, sim, teria sido que se *vedasse* a desistência, como se fez expressamente no processo penal, caso fosse considerada indesejável no processo civil, de parte de um ou alguns dos legitimados de ofício.

A obrigatoriedade da ação pública, e com ela a impossibilidade de desistir da ação, não podem ser vistos como tabus. A Constituição de 1988 corretamente mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, quando permitiu a transação penal (art. 98, I). Na legislação infraconstitucional, diversas concessões já tinham sido feitas. Veja-se que nas ações penais privadas, que também lidam com o mesmo *ius puniendi* do Estado e o mesmo *ius libertatis* do indivíduo, cabe desistência ou abandono, que levam à perempção (art. 60 do CPP); até mesmo em algumas ações penais públicas condicionadas, admite-se o abandono (art. 107, VIII, do CP); nos *habeas corpus* e nas revisões criminais, que também são ações penais, igualmente cabe desistência.

É mera opção política do legislador processual penal impedir a desistência ou o abandono de ação pública incondicionada — opção essa que em regra nos parece aliás acertada. Em vista da exclusividade da ação penal pública pelo Ministério Público, a possibilidade de franca desistência ou abandono poderia ensejar pressões políticas sobre a instituição e seus agentes, que poderiam favorecer a impunidade dos poderosos. Admitida livremente a desistência, inexistiria, nesse caso, meio eficaz de perseguir-se a apuração do crime, diante dessa forma de inércia ministerial (art. 129, I, da CF).

Ora, tais razões inexistem na ação civil pública, cuja titularidade não é exclusiva do Ministério Público (art. 129, § 1º, da CF): nas hipóteses de substituição processual cometidas a vários co-legitimados, inexistente qualquer monopólio do Ministério Público sobre a ação civil pública da Lei n. 7.347/85. O risco de desistências indevidas, por parte do Ministério Público, é elidido pela natural possibilidade de à desistência opor-se qualquer dos litisconsortes ou assistentes litisconsorciais, o que faria obstar a eficácia da desistência. E, mesmo que inexistissem assistentes habilitados em autos de ação civil pública, se sobreviesse a desistência, nada impediria que acesse a assumir a promoção da ação qualquer dos demais co-legitimados, ainda que até ali não tivesse sequer comparecido ao feito, ou então, nada impediria que a ação fosse proposta novamente, não só pelo próprio Ministério Público, como por qualquer outro legitimado ativo, concorrentemente. Todas estas circunstâncias discrepam, quando se trate do processo penal.

Queremos crer que a quase tradicional posição de negar ao Ministério Público a possibilidade de desistência da ação no processo civil repousa, portanto, numa antiga confusão inicial, que deve ser de pronto desfeita.

Como anota Calamandrei, se o Ministério Público adverte que a lei foi violada, não se lhe pode consentir que, por razões de conveniência, se abstenha de acionar ou de intervir para fazer com que ela se restabeleça.

Só se pode aceitar a validade de tal assertiva. Desse dever de agir, que existe, tem-se concluído, porém, que a atividade ministerial é sempre vinculada, e que em consequência se veda a desistência. Ora, há uma passagem intermediária, entre a premissa e a conclusão, que às vezes não é vencida satisfatoriamente. Novamente, estamos às voltas com a correta interpretação do *princípio da obrigatoriedade*.

Vimos que, se o Ministério Público *identifica a existência da lesão*, em caso que exija sua atuação, não lhe é possível alegar conveniência em não propor ou em não prosseguir na causa, que lhe é antes de tudo um *dever*. A exceção a esta regra só pode advir de eventuais hipóteses em que a própria lei lhe cometa, às expressas, juízo de conveniência e oportunidade para mitigar seu dever de agir. É o que faz, por exemplo, o já citado art. 98, I, da própria Constituição, que prevê a possibilidade de atenuar-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao admitir transação penal. Mas, bem analisada, esta exceção antes confirma a regra, porque, mesmo aqui, quando se poderá alegar conveniência em transigir, a falta de propositura da ação penal, pelo Ministério Público, não lhe quebra nenhum dever jurídico, muito ao contrário.

O que sustentamos nós, é que, proposta a ação civil pública, poderão no seu curso surgir fatos que a tornem prejudicada ou pelo menos comprometida no seu êxito. O exame de conveniência em se desistir da ação em nada viola o dever de agir do Ministério Público, que pressupõe não só a livre valoração da tutela do interesse público, como ainda, e principalmente, a valoração da existência de justa causa para propor ou prosseguir na ação. Desde que se convença, sob forma fundamentada, de que não há ou nunca houve a lesão apontada, ou de que houve, mas cessou dita lesão, é certo que poderá desistir da ação civil pública, sem quebra do dever de agir que está presente nas hipóteses contrárias, quando *identifique* a existência da lesão. Só tem sentido o princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, se compreendido dessa forma. Se entendêssemos que a atividade ministerial seria vinculada à pretensão inicial, até no seu conteúdo processual, seria incompreensível sustentar a discricionariedade ministerial quando pede livremente a procedência ou a improcedência, na ação que ele mesmo propôs, ou quando se admite, na esfera cível, a possibilidade de desistência de recurso por ele interposto.

De quanto se expôs, não se pode confundir, de um lado, a obrigatoriedade que tem o órgão ministerial de, por ele *identificada a existência de interesse* que legitima sua atuação, necessariamente exercer a ação civil pública; e, de outro lado, a liberdade que tem ele na apreciação da existência desse mesmo interesse, ou seja, quando de *identificar ou não* a existência ou a subsistência do interesse. Se identifica a existência de interesse que legitime sua atuação, é o Ministério Público obrigado a promover ou a prosseguir na ação civil pública, sob pena de grave falta funcional — princípio este só excepcionado na hipótese de a própria lei mitigar o princípio da obrigatoriedade, como, na área penal,

agora vem previsto no art. 98, I, da CF. Mas, de outro lado, é livre para apreciar, fundamentadamente, se existe ou se persiste o interesse que legitimaria sua iniciativa na ação civil pública que deverá ser ou que já foi proposta.

O princípio acima anunciado, aliás, é o mesmo para as hipóteses não agora de promoção da ação, mas da própria intervenção ministerial. Não é livre o órgão ministerial para deixar de officiar numa ação *após ter nela reconhecido* a presença de interesse que torne exigível sua intervenção; mas é livre para apreciar *se existe a hipótese* que lhe torna necessário intervir.

Um derradeiro argumento. O próprio art. 112 do Código do Consumidor veio admitir nossa tese. Ao corrigir parte dos defeitos contidos na redação originária do § 3º do art. 5º da LACP, afirmou o art. 112 da Lei n. 8.078/90 que o Ministério Público assumirá a titularidade ativa da ação civil pública *em caso de desistência infundada*. Primeira consequência: *a contrario sensu*, não será exigível que o Ministério Público assuma a promoção da ação, se se tratar de desistência *fundada*; segunda: se existem desistências fundadas por parte de associação, que não obrigam o Ministério Público a prosseguir na promoção do feito, por que nas mesmas hipóteses, se a ação estivesse sendo movida pelo Ministério Público, não poderia este desistir, se qualquer outro co-legitimado que estivesse promovendo a mesma ação poderia fazê-lo, sem que o próprio Ministério Público fosse compelido a prosseguir na promoção da ação? Por que seria ele obrigado a prosseguir na ação que ele próprio propôs, se não o é nas mesmas ações civis públicas propostas pelos co-legitimados?

Admitida que seja a possibilidade de o Ministério Público desistir da ação civil pública ou do recurso cível interposto, deve ficar claro que tais manifestações só devem ser exercidas de forma *excepcional*, apenas em hipóteses em que o próprio interesse público seja evidentemente servido com dita desistência. É o caso da perda do objeto (a ação para condenar o poluidor a cessar emissão de fumaça ou a instalar filtros, no curso da qual a fábrica é desapropriada e transformada num jardim); é o caso, melhor ainda, da ação mal proposta ou malparada (neste caso, a desistência pode visar à renovação, ampliação ou modificação do pedido, com melhor indicação da causa de pedir ou com inclusão de outros legitimados passivos); é o caso da ação proposta com erro ou por engano (quando falte justa causa, quando se apure que não há o dano ou o risco que nela se apontou haver). Em todos esses casos, a desistência pode ser mais vantajosa para o interesse público que a improcedência.

12. A desistência e a renúncia ao recurso

É simples decorrência do que até aqui se expôs, admitir a possibilidade de desistência de recursos por parte dos legitimados ativos do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, ou do art. 82 do Código do Consumidor.

Quanto à renúncia ao próprio direito de recorrer, também se insere dentro do conteúdo processual do litígio, matéria sobre a qual o substituto processual tem disponibilidade. Servem de fundamentação os mesmos argumentos que foram acima desenvolvidos, a propósito da desistência da ação.

A questão da desistência e da renúncia do recurso, por parte do Ministério Público, apresenta peculiaridades que serão adiante examinadas; quanto aos demais co-legitimados para a ação civil pública, a desistência e a renúncia do recurso se nos afiguram perfeitamente possíveis.

Caso se admita em tese possa o Ministério Público desistir do recurso que interpôs ou mesmo renunciar ao direito de interpô-lo, não custará mais uma vez alertar para a conveniência em não se desistir senão em casos excepcionais, e, acreditamos, em jamais se renunciar ao direito de recorrer. A nosso ver só se admitem atos de desistência, quando não se viole o dever de agir ministerial. Igualmente, não será demais insistir na desconveniência frontal em se renunciar ao direito de recorrer, quando parta do órgão do Ministério Público.

A razão dessas cautelas consiste em que a desistência ou a renúncia podem cercear gravemente a própria atividade ministerial. Outro órgão (para não falar na serôdia reconsideração do próprio agente), que se suceda àquele que manifestou atos extremos de disponibilidade do conteúdo processual da lide, ainda que deles discordasse, veria prejudicada sua liberdade de ação, por força da preclusão lógica.

Aquele órgão ministerial que renunciou ao direito de recorrer, pode ser substituído ou sucedido, por razões legais, na fluência do prazo recursal (p. ex., na reassunção do titular, nos impedimentos, nas férias, nas licenças, no falecimento, na remoção compulsória, na promoção, na aposentadoria). Se seria possível sustentar o irrestrito cabimento da desistência ou da renúncia em nome da autonomia, da liberdade e da independência do membro do Ministério Público as queira lançar, de outra parte se poderia invocar a importância em serem assegurados os mesmos predicados àquele que ao primeiro suceda. Seria inadequado pudesse o primeiro deles antecipar um juízo irretratável sobre a desconveniência de um recurso futuro, quando às vezes a própria oportunidade ou necessidade do recurso só vem a ser reconhecida depois que se operou dita renúncia...

Todos os atos de disposição máxima do conteúdo processual do litígio, embora em tese possíveis, devem ser normalmente evitados pelo substituto processual, especialmente a desistência de recurso e, mais ainda, a renúncia a ele. Note-se que os efeitos da própria desistência da ação geralmente podem ser menos irreversíveis que os da desistência ou renúncia de recurso: naquele caso, o processo é extinto sem julgamento de mérito; nos últimos, entretanto, a decisão irrecorrida poderá fazer coisa julgada material.

13. A possibilidade de transigir

Problema ainda ligado com a disponibilidade dos interesses em litígio, é o da transação.

Ao empreender a defesa de *interesses difusos*, os legitimados ativos do art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou do art. 82 do Código do Consumidor, não agem em busca de direito próprio, e sim em prol de interesses da coletividade, dispersos fragmentariamente entre um número mais ou menos indeterminado de lesados. Ainda que algumas pessoas jurídicas enumeradas no rol dos arts. 5º e 82 possam estar compartilhando, por direito próprio, um dos interesses de que cuida a LACP, na verdade, o verdadeiro objeto da ação civil pública são sempre os interesses difusos e coletivos (como *coletivos*, aqui nos referimos aos que o Código do Consumidor chama de *coletivos*, em sentido estrito, e aos que chama de *individuais homogêneos*). Daí porque se pode afirmar que a defesa desses interesses se faz por meio de legitimação extraordinária, ou seja, os titulares ativos são substitutos processuais de uma coletividade mais ou menos indeterminada de lesados, que, em nome próprio, defendem interesses alheios.

Acaso seria diferente o que ocorre nas *ações coletivas em sentido estrito*, ou seja, naquelas ações que, na terminologia do Código do Consumidor, são utilizadas para a *defesa de interesses individuais homogêneos*? Neste caso, também é lícito afirmar que os co-legitimados ativos (Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público interno, associações etc., referidos no art. 82) agirão *em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores* (art. 91), hipótese, também aí, de legitimação extraordinária.

Como se sabe, posto conserve o legitimado de ofício disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio, não tem ele igual disponibilidade sobre o conteúdo material da lide. E a transação envolve disposição do próprio direito material controvertido.

Pela própria linha de argumentação até aqui desenvolvida, bem se vê que, tecnicamente, não poderá transigir nenhum dos legitimados ativos de ofício do art. 5º da Lei n. 7.347/85, já que não têm eles a disponibilidade material dos interesses difusos que estão em jogo (dos quais não são titulares, pois se trata de interesses metaindividuais).

Tecnicamente, portanto, só se pode admitir transação na ação civil pública quando a lei autorize a transigência, como, aliás, agora se prevê para a própria transação penal (art. 98, I, da CF), e acaba de ser em parte admitido nos *compromissos de ajustamento*, a que alude o § 6º, do art. 5º, da LACP, introduzido pelo Código do Consumidor.

Mas, como a prática e a técnica nem sempre andam juntas, não nos tem surpreendido que, em concreto, não se admita, por exemplo, que o Ministério Público desista da ação (caso em que estaria dispondo apenas do *conteúdo processual* da lide, o que em nada prejudica o interesse material tutelado, pois outros legitimados poderiam prosseguir na ação já ajuizada, ou propor nova ação), e que, contraditoriamente, mesmo antes da alteração trazida pela Lei n. 8.078/90 ao art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, já se tivesse admitido que o mesmo Ministério Público autor celebrasse uma transação com a parte contrária

da ação civil pública, seguida de homologação judicial (caso em que estava havendo disposição do *conteúdo material* da lide, o que nenhum dos substitutos processuais poderia fazer)...

Se por razões práticas se pode propender em sentido diverso dos princípios teóricos, não se deve olvidar que na ação civil pública, às vezes, será mesmo de aceitar a transação: a jurisprudência, desde que acordes os interessados, modo mais liberal, já se vinha inclinado favoravelmente à homologação da transação, por meio da qual se pode conseguir praticamente tudo o que é objeto do pedido, na forma de autocomposição da lide. Veja-se que, a título de exemplo, no conhecido caso da "passarinhada do Embu" (ação civil pública contra um prefeito que deu a seus correligionários um churrasco de passarinhos), sobreveio condenação, no processo de conhecimento; houve transação no processo de execução, endossada pelo órgão do Ministério Público, a qual foi judicialmente homologada, permitindo-se o pagamento da condenação em diversas parcelas.

Em favor da transação na ação civil pública alinha-se Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação civil pública*, ed. Rev. dos Tribunais), que, com razão, traz argumento de ordem legislativa, quando da previsão de *acordos judiciais* em matérias de lesões ambientais na zona costeira (parágrafo único do art. 7º da Lei n. 7.661, de 16.5.88).

A esse argumento, de caráter legislativo, agora outro se soma, à vista do art. 113 do Código do Consumidor, que introduziu um § 6º ao art. 5º da Lei n. 7.347/85. Segundo este dispositivo, "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial". Ora, nada mais são esses *compromissos* que acordos extrajudiciais, e, para plena eficácia do título, devem revestir a característica de liquidez, ou seja, *obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto* (CC, art. 1.533). E, se podem ser feitos esses compromissos extrajudiciais, com maior razão podem ser realizados em juízo.

Chegando o autor e o réu da ação civil pública a uma transação, pode haver discordância do Ministério Público (quando officie como órgão interveniente, o dito "fiscal da lei") ou de qualquer dos co-legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85, ou ainda de algum assistente das partes. Como proceder?

Se a discordância se verificar *depois* de homologada a transação, poderão os legitimados apelar, visando a elidir a eficácia da transação e sua homologação.

Resta examinar a posição dos que manifestam sua discordância com a transação, antes de homologada judicialmente.

É certo que a discordância sobre a transação, se partir de um assistente simples, não obstará à eficácia do acordo; se partir de um assistente litisconsorcial, obstará à eficácia da transigência; se partir de um dos litisconsortes ativos, com muito mai-

or razão ainda não poderão ser admitidos os efeitos da transação com relação ao litisconsorte que não transigiu (art. 48 do CPC).

Pode o Ministério Público opor-se à transação judicial?

Sendo ele autor ou litisconsorte ativo, sem dúvida a resposta é positiva. Atuando, porém, como órgão interveniente e não como órgão agente, talvez pudesse pairar alguma dúvida. Entretanto, vale aqui a advertência que já antecipáramos, a propósito da igual importância na atuação do Ministério Público *agente e interveniente*. Do mesmo modo que sempre pode opor-se validamente à desistência e pode assumir a ação em quaisquer casos, com maior razão pode opor-se à transigência, que atinge diretamente o próprio interesse material em litígio, ao contrário da mera desistência. O mero nome de "fiscal da lei" — a ele conferido pela Lei da Ação Civil Pública, quando officie nas ações que não tenha proposto (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85) —, não lhe retira a legitimação ativa concorrente. Como poderia ser válida contra ele a transigência, se ele, co-legitimado ativo para a ação, encarregado de assumi-la até mesmo em caso de desistência ou abandono, a ela se opusesse?! Seria maneira indireta de burlar a lei, admitir que se homologasse a transação sem a aquiescência ministerial: uma verdadeira desistência indireta poderia ser facilmente forjada, com efeitos muito mais gravosos, no entanto.

Verdade é que, se o juiz recusar os argumentos ministeriais e homologar a transação, somente por meio de apelação poderá o órgão do Ministério Público buscar retirar a eficácia da transação judicialmente homologada.

Não se pode, entretanto, identificar o *compromisso de ajustamento*, de que vimos cuidando, com uma verdadeira e própria *transação*, de que cuida o direito privado. A transação do direito civil versa direitos totalmente disponíveis de partes maiores e capazes (e que, entre os transigentes, produz efeitos independentemente da homologação judicial, cf. *RT* 550/110, 541/181; *RJTJSP*, 99/235); em envolvendo interesses de incapazes, somente será admissível se precedida de autorização judicial (arts. 385/6 do CC). No caso do *compromisso de ajustamento*, não considero demais insistir que os transigentes não são titulares dos direitos materiais sobre o que versa a composição. Sob essa ressalva, devem ser analisados os efeitos desse compromisso.

O compromisso de ajustamento, referido no § 6º do art. 5º da LACP, dispensa homologação judicial; mas, se o objeto da transação versar interesses difusos ou coletivos controvertidos em juízo, será indispensável a homologação judicial, sem o que a transação não produzirá efeito.

Sendo submetida à apreciação judicial uma transação em matéria de interesses difusos ou coletivos, diante das peculiaridades da relação jurídica material subjacente, pode o juiz recusar a homologação, posto que com ela acordem as partes. E assim entendemos porque se trata de interesses relativamente indisponíveis. Verdade que não é inédita em nosso direito a possibilidade de transigência em matéria de interesses relativa-

mente indisponíveis: sem falar na transação na área penal, ainda não disciplinada (art. 98, I, da CF), temos que, na área cível, os atos que excedam os poderes do administrador, só podem ser praticados com aprovação judicial (arts. 385/6 do CC; *RTJ* 71/97; *Justitia* 107/226-8; *RJTJSP*, 62/100 — nessas condições, pode o juiz recusar a homologação, quando entenda que a transação não consulta os interesses do incapaz). Cabe fazer válida analogia entre esses atos de disposição de interesses de incapazes e a transação em matéria de interesses difusos, pois também aqui os legitimados ativos não têm disponibilidade do conteúdo material da lide.

Enfim, e afirmando a mesma idéia com outras palavras, não poderia o juiz, sob o aspecto técnico, homologar a transação se algum litisconsorte ou algum assistente litisconsorcial a ela se opusesse, mas poderia deixar de homologá-la, ainda que todos os interessados estivessem acordes. Neste último caso, deixando o juiz de homologar a transação, e acaso confirmada recursalmente sua decisão, caberia às partes promover o andamento do feito; em se recusando elas a tanto, deveria o juiz extinguir o processo, sem julgamento de mérito, simplesmente por ter cessado o interesse de agir.

Cabe discutir como ficaria, em face da transação, a situação dos terceiros, verdadeiros titulares dos interesses difusos em litígio, que não participaram efetivamente do processo em que se viram substituídos processualmente. Outrossim, também deve ser analisada a situação dos que, se participaram pessoalmente do feito, fizeram-no sob forma de assistência litisconsorcial. Sua oposição à transação será considerada?

Ora, a *ausência de manifestação* não seria óbice à homologação da transação. Aqueles indivíduos poderiam, em outro processo, repudiar o reflexo daquela transação, pela chamada *exceptio male gesti processus*, nas hipóteses do art. 55 do Código de Processo Civil. Ademais, nas ações civis públicas da Lei n. 7.347, o objeto são as lesões difusas ou coletivas, globais, e não as individualmente consideradas. Desta forma, ainda que admitida a transação nessas ações, somente poderia ela abranger interesses globais enquanto uniformes. Não se admitiria, evidentemente, ao legitimado de ofício que *transigisse* sobre os direitos individuais lesados, variáveis caso a caso — como ocorre na ação civil pública da Lei n. 7.913/89, que dispõe sobre a defesa dos investidores no mercado de valores mobiliários. Sob o ponto de vista de lesão individual, não poderiam os prejudicados ter vedado seu acesso direto à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Já a *discordância* expressa por qualquer assistente simples não obstaria à transação (art. 53 do CPC), mas, acaso lançada pelo litisconsorte ou pelo assistente litisconsorcial, retiraria a eficácia de qualquer transação.

Por último, não é preciso insistir em que o *compromisso de ajustamento* a que alude o § 6º do art. 5º da LACP, tomado extrajudicialmente, não impede que qualquer dos co-legitimados ativos possa discutir em juízo o próprio mérito do acordo celebrado. Esse *compromisso* tem o valor de garantia mínima conquistada em prol da coletividade, não de limitação máxima de responsabilidade do causador do dano, não sendo óbice à

propositura de ação civil pública para reconhecimento de responsabilidade mais ampla do causador do dano. Entender-se o contrário seria dar ao compromisso extrajudicial que versa interesses difusos da coletividade a mesma concepção privatista que tem a transação no direito civil, campo em que a disponibilidade é a característica principal. Graves prejuízos decorreriam para a defesa social, a admitir esse entendimento. Na verdade, não sendo os órgãos públicos referidos no dispositivo os verdadeiros titulares do interesse material lesado, o *compromisso de ajustamento* que tomam passa a ter o valor de determinação de responsabilidade mínima; não constitui limite máximo para a reparação de uma lesão ao meio ambiente ou a qualquer outro interesse de que cuida a Lei n. 7.347/85.

14. Ratificação pelo Conselho Superior do Ministério Público

Caso entenda o Ministério Público de não assumir a promoção da ação civil pública, objeto de desistência por parte de um dos co-legitimados ativos (se se tratar de ação manifestamente infundada), ou caso entenda cabível desistir do pedido, entendemos que, por analogia ao art. 9º e seus parágrafos da Lei n. 7.347/85, deverá o órgão ministerial remeter sua manifestação ao Conselho Superior do Ministério Público, para ratificar-se ou rejeitar-se sua promoção. Nesta última hipótese, será designado outro órgão para acompanhar a ação.

Por que essa ratificação pelo Conselho? Na verdade, se até para *não propor* a ação, o órgão do Ministério Público não decide sozinho, pois é mister o referendo do Conselho, com maior razão para nela *não prosseguir*, ou *dela desistir*, pois há uma ação já instaurada.

Ainda uma vez deve ser trazido à colação, por recurso analógico, o art. 9º da Lei n. 7.347/85. Quando o *compromisso de ajustamento*, a que alude o § 6º do art. 5º da LACP, for tomado pelo órgão do Ministério Público, mister se faz a ratificação da concordância ministerial por parte do Conselho Superior do Ministério Público. Do mesmo modo, também será necessário ouvir o Conselho, antes de convalidar o parecer favorável à transação, que tenha sido emitido pelo órgão ministerial junto ao primeiro grau de jurisdição.

Afinal, o argumento é o mesmo: se até para *não propor* a ação civil pública é mister que o Conselho referende o ato de arquivamento do inquérito civil lançado pelo promotor de justiça, igual solução deverá ocorrer quando este último toma o *compromisso de ajustamento* a que já nos referimos acima: o promotor deverá encaminhar cópia do compromisso ao colegiado competente, para eventual ratificação. Com muito maior razão, necessário o referendo do Conselho Superior ao parecer ministerial favorável a que se extinga o processo em decorrência da *transação*, porque por meio desta última *o próprio interesse material estará sendo objeto de ato de disponibilidade*. Se o órgão local do Ministério Público não pode, sem ratificação do Conselho Superior, sequer promover o arquivamento do inquérito civil, com maior razão não poderá, só por si, concordar com a disposição do conteúdo material do litígio.

15. Ações principais, cautelares e individuais

Por ação civil pública da Lei n. 7.347/85, compreendem-se: a) as *ações principais*, de reparação do dano ou de indenização; b) as *cautelares* (preparatórias ou incidentes); c) as chamadas *cautelares satisfativas*, que não dependem de propositura de outra ação, dita *principal*; d) as ações de *liquidação de sentença* e de *execução*; e) quaisquer outras ações tendentes à proteção dos interesses difusos e coletivos.

Ao contrário, pois, do que poderia parecer à primeira vista, além das ações expressamente referidas na LACP, é possível aos legitimados do art. 5º ajuizar *qualquer ação* tendente à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como a nunciação de obra nova, o interdito proibitório, a ação com preceito cominatório, a cautelar inominada, a busca e apreensão (cf. arts. 934, II; 932; 287; 798 e 839 do CPC, respectivamente).

No corpo da Lei n. 7.347/85, só há duas referências à ação cautelar: o art. 4º dispõe que "poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano", e o art. 5º cuida da legitimidade ativa para "a ação principal e a cautelar".

Por ação cautelar, no sistema da Lei n. 7.347/85, deve-se entender não só a cautelar *instrumental* (medida preventiva, no sentido preparatório ou incidente), como também a cautelar *satisfativa* (medida preventiva, mas definitiva — quando o provimento cautelar já esgotar em si mesmo toda a pretensão, não haverá ação principal a propor). Registre-se, entretanto, que o § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, referindo-se à concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, dispõe: "Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação".

A liminar, a que se refere o art. 12 da Lei n. 7.347/85, pode ser concedida tanto nas ações condenatórias como no processo cautelar, com ou sem justificação prévia, inclusive sob *astreinte* (multa ou cominação diária, para o caso de descumprimento da liminar).

Na disciplina da ação civil pública (na ação principal condenatória, na cautelar ou na de execução), aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie a Lei n. 7.347/85 (art. 19). Isto significa que os pressupostos gerais das cautelares também devem estar presentes (*fumus boni juris* e *periculum in mora*).

16. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos

Para maior eficiência na proteção a interesses difusos e coletivos, desde o advento da Lei n. 7.347, temos buscado maior interação entre o Ministério Público federal e o dos Estados (VI Congresso Nacional do Ministério Público — São Paulo, 1985). Apresentamos uma idéia, *de lege ferenda*, no encontro, no sentido de ser admitido que, nas

ações civis ou penais relativas ao meio ambiente, propostas pelo Ministério Público Federal, nelas pudesse intervir como assistente litisconsorcial o Ministério Público do Estado interessado, e vice-versa (RT, 611/14).

Mais corretamente, proveitoso que haja um sistema de *atribuições concorrentes* entre o Ministério Público da União e os dos Estados, de forma que até estes últimos pudessem estar legitimados a propor ações de defesa em defesa de interesses difusos e coletivos perante a Justiça Federal, assim como o Ministério Público Federal deveria poder propor ações equivalentes na Justiça local: proposta por um deles, o outro poderia habilitar-se como litisconsorte.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou o seguinte princípio: "admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei" (art. 210, § 1º).

Por sua vez, o § 2º do art. 82 do Código do Consumidor — que previa tal litisconsórcio, e tinha sido aprovado nas duas Casas Legislativas — foi vetado pelo presidente da República, sob os seguintes fundamentos: a) tal dispositivo feriria o art. 128, § 5º, da CF, que reserva à lei complementar a disciplina da organização, atribuições e estatuto de cada Ministério Público; b) somente poderia haver litisconsórcio se a todos e a cada um dos Ministérios Públicos tocasse qualidade que lhe autorizasse a condução autônoma do processo, o que o art. 128 da CF não admitiria. Descuidada e contraditoriamente, o mesmo presidente da República não vetou outro dispositivo do Código do Consumidor (art. 113), que expressamente admitiu o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União (o do Distrito Federal o integra) e dos Estados, na defesa dos interesses e direitos de que cuida a Lei da Ação Civil Pública...

A esses argumentos levantados no veto, ainda outros alguns têm somado, em prol da inconstitucionalidade de referido litisconsórcio: a) como o Ministério Público atua perante os órgãos jurisdicionais, deveria ter suas atribuições limitadas pela competência desses órgãos, não podendo o Ministério Público estadual atuar perante a Justiça Federal e vice-versa; b) a admissão de tal litisconsórcio entre Ministério Público Federal e dos Estados, ou entre Ministérios Públicos de Estados diversos, violaria o próprio princípio federativo, ao subverterem-se as autonomias.

Entendemos que tais críticas não fazem justiça não só à proveitosa atuação conjunta e harmônica de ambas as instituições, sem quebra da respectiva autonomia, como ainda apontam óbices que não têm o alcance que se lhes quer emprestar.

Em primeiro lugar, os sempre lembrados princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público só valem dentro de cada instituição (art. 127, § 1º, da CF); não se pode, pois, falar em unidade ou em indivisibilidade entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre estes e o da União, nem mesmo entre os diversos Ministérios Públicos da União entre si (art. 128, I, da CF).

Por outro lado, é verdade que o § 5º do art. 128 da CF reservou à lei complementar de cada Ministério Público a disciplina da sua organização, de suas atribuições e de seu estatuto. Isto não significa, porém, que a lei federal ordinária não possa cometer atribuições ao Ministério Público, ou que à disciplina processual, por ela trazida, esteja imune esta instituição.

Embora seja tradicional que cada órgão do Ministério Público atue dentro dos limites da competência dos órgãos jurisdicionais perante os quais oficia, o Ministério Público tem hoje inúmeras atividades extrajudiciais, que pouco ou nada têm a ver com a atuação perante as varas e os tribunais.

Não desnatura o princípio federativo que o Ministério Público estadual tenha funções perante a justiça federal, expressamente conferidas em lei. Além da expressa delegação ao Ministério Público estadual para atuar em matéria de interesse da União (art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), desde a legislação anterior já se admitiam delegações conferidas na legislação infraconstitucional (como perante a justiça eleitoral e trabalhista; nas cartas precatórias ou de ordem; na ação penal por tráfico de entorpecentes para o exterior; na avaliação de renda e prejuízos decorrentes de autorização para pesquisa mineral; cf., a propósito, o art. 52 da Lei Complementar federal n. 40/81).

Embora a Constituição de 1988 não tenha chegado a explicitar a possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos, não vemos impedimento bastante para que tal solução seja adotada. Trata-se, ademais, de sistema que já encontra paralelo na atual intervenção do Ministério Público dos Estados e do Ministério Público federal, senão conjuntamente, ao menos sucessivamente, em diversas hipóteses que jamais causaram maior controvérsia. Podemos lembrar os feitos em que nas instâncias ordinárias oficiou o Ministério Público local e na instância recursal passa a officiar o Ministério Público federal. Também serve de paralelo a intervenção sucessiva quando não até mesmo simultânea de ambas as instituições (cf. arts. 95, § 2º, e 126, da Carta de 1969; art. 22, § 7º, do Dec.-Lei n. 147/67), não só em causas acidentárias ou nas demais mencionadas pelos §§ 3º e 4º do art. 109 da CR, como também em qualquer ação cível ou criminal, que, na fase recursal, seja rotineiramente encaminhada a um dos tribunais federais.

A força da idéia da concorrência de atribuições entre Ministérios Públicos diversos está em permitir um sistema de freios e contrapesos, com mais eficaz colaboração entre cada uma das instituições do Ministério Público, até hoje praticamente estanques, em decorrência de que o benefício só reverte para a coletividade, até porque tal concorrência é tanto mais útil, quando se considera que será usada para a *ação* e não para a *omissão* do Ministério Público. Afigure-se o exemplo de dano ambiental entre Estados ribeirinhos: o inquérito civil pode ser conduzido em colaboração pelos Ministérios Públicos respectivos, e a ação pode ser proposta com o concurso de ambos, perante o juízo competente na forma da legislação processual; afigure-se o exemplo de um interesse difuso num Território, para cuja defesa pode ser proveitosa para a coletividade a colaboração simultânea

nea do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Ministério Público Federal, pois que, posto integrem ambos o Ministério Público da União, inexistente autonomia e independência entre eles (art. 128, I, *a* e *d*, da CF).

A título de registro, anote-se que no episódio da ação civil pública relacionada com o leite importado da Europa, contaminado pelo acidente radioativo de Chernobyl, a sugestão do litisconsórcio foi seguida, tendo a ação pioneira sido proposta conjuntamente pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal, com julgamento de procedência em ambas as instâncias (Proc. 9.372.121/86, da 4ª Vara da Justiça Federal em São Paulo).

17. Conclusão

Por certo, não se restringem aos aspectos ora levantados os problemas emergentes dos processos coletivos em defesa dos consumidores, movidos pelo Ministério Público, ou nos quais intervenha esta instituição. Contudo, procuramos aqui apontar alguns dos pontos mais controvertidos, para submetê-los à qualificada análise crítica dos ilustres integrantes deste Curso.

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

ARRUDA ALVIM, José Manuel *et al.*, *Código do Consumidor comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo, Atlas, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro, ed. Forense Universitária, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1992.

A atuação do Ministério Público na segunda instância¹

Hugo Nigro Mazzilli – Procurador de Justiça aposentado, ex-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público

Nas últimas décadas, o Ministério Público brasileiro muito evoluiu, em especial a partir do momento em que abandonou seu antigo papel de defensor do governo ou do Estado para tornar-se defensor dos interesses sociais.

Seu notável *status* constitucional, se não o fez Poder de Estado, conferiu-lhe as garantias de Poder. De um lado, foi natural que lhe sobreviessem as grandes mudanças de estrutura física — mais membros e servidores, informatização, prédios próprios, melhor remuneração. Na área funcional, suas novas atribuições atingiram diretamente o trabalho da instituição junto à primeira instância. De outro lado, porém, não houve a correspondente mudança na metodologia de trabalho e na atuação dos Procuradores de Justiça, pois o Ministério Público estadual continuou dividido em duas instâncias, quase estanques, sem maior sinergia entre si.

Para nós, porém, os membros do Ministério Público são todos verdadeiros Promotores de Justiça, pois os Procuradores nada mais são que Promotores mais experientes. Seu potencial, contudo, ainda é subaproveitado, pois, não raro, os Procuradores se limitam a dar assessoria jurídica aos tribunais, sem assumir posição processual condizente com a causa que trouxe a instituição ao processo.

Ora, a Constituição conferiu novo perfil ao Ministério Público, com finalidades, garantias, vedações e instrumentos de atuação funcional. Quanto a seus órgãos, só mencionou expressamente o chefe da instituição (o Procurador-Geral da República e os Procuradores-Gerais de Justiça); não fez referência nominal aos demais órgãos individuais ou colegiados da instituição, relegando à lei complementar estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto da instituição (art. 128 § 5º).

1. Artigo publicado na Revista *Plural*, ano 14, n. 41-42, jan.-jun. 2010, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, p. 5.

Ao cuidar dos órgãos individuais de execução do Ministério Público junto à segunda instância, a LONMP (Lei n. 8.625/93) referiu-se ao Procurador-Geral e aos Procuradores de Justiça (art. 7º). Após enumerar as tarefas do primeiro (art. 29), cuidou dos últimos, a quem cabe “exercer as atribuições junto aos tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste” (art. 31). Assim, as atribuições dos Procuradores de Justiça passaram a ser: *a*) ou residuais (tudo o que não caiba ao chefe do *parquet*, na atuação junto aos tribunais); *b*) ou supletivas (tudo o que lhes seja delegado pelo chefe do *parquet*).

Já a LOEMP dispôs que “aos Procuradores de Justiça cabe exercer as atribuições do Ministério Público junto aos tribunais, inclusive a de interpor recursos aos tribunais superiores, desde que não privativas do Procurador-Geral de Justiça” (LC paulista n. 734/93, art. 119).

A LONMP e a LOEMP pouco ou nada evoluíram, se comparadas com a legislação anterior. Veja-se que a LC n. 40/81 já considerava como órgãos de execução, no segundo grau de jurisdição, o Procurador-Geral de Justiça e os Procuradores de Justiça (art. 5º, II), cometendo-lhes as funções específicas dos membros do MP estadual na segunda instância (art. 14).

A que se resume hoje, pois, a atuação dos membros do MP estadual na segunda instância, como *órgãos de execução*?

Desconsideremos, naturalmente, suas tarefas junto aos *órgãos de administração* (a atuação na Corregedoria-Geral, ou a participação no Colégio de Procuradores de Justiça, no Conselho Superior do Ministério Público, em Centros de Acompanhamento e Execução ou em atividades de assessoramento). Desconsideremos, ainda, as funções de execução quando sejam excepcionais (como Procurador-Geral de Justiça, ou como partícipes de decisões colegiadas de execução, no Colégio de Procuradores ou no Conselho Superior). Desconsideremos, enfim, as atuações em “equipes”, quando fruto de designações discricionárias do Procurador-Geral, se a elas não corresponderem cargos com atribuições definidas em lei (p. ex., equipes de recursos extraordinários, de crimes de prefeitos). Cuidemos, sim, do dia a dia comum dos Procuradores de Justiça, como órgãos de execução.

Nessa qualidade, eles oficiam normalmente junto ao Tribunal de Justiça, dando pareceres nos processos que lhes são distribuídos. Propõem raríssimas ações nos casos de competência originária dos tribunais, em regra por delegação do Procurador-Geral, e interpõem raríssimos recursos, pois são equipes especializadas de Procuradores que o fazem, sob delegação do Procurador-Geral. E apenas alguns Procuradores oficiam nas sessões dos tribunais.

Na prática, os Procuradores de Justiça limitam-se, pois, a dar pareceres nos processos em que se exija a intervenção do Ministério Público no segundo grau, sendo as sustentações orais geralmente atribuídas a Procuradores designados.

Há nisso um grave erro de enfoque. Em primeiro lugar, o Procurador de Justiça é um Promotor de Justiça da mais alta instância. Deveria ser mais bem aproveitado, e não desestimulado. Enquanto o Promotor é um agente político que toma decisões funcionais (se investiga, se propõe uma ação, se interpõe um recurso), já o Procurador é limitado, e no mais das vezes trabalha em casa, não investiga, não colhe provas, não propõe ações, sequer interpõe recursos, limitando-se a encaminhar às equipes especializadas sugestões para eventuais providências institucionais. E, por último, não raro acaba sendo mesmo um mero substituto ou delegado do Procurador-Geral, quando age sob sua designação ou delegação.

Ora, os membros do Ministério Público, desde o mais novo substituto até o chefe da instituição, todos gozam de independência funcional, não havendo razão para colocá-los no nível de agentes delegados. Já vão longe os tempos em que todos os membros do Ministério Público eram meros substitutos do Procurador-Geral: hoje, ao contrário, como órgãos independentes do Ministério Público, agem sob relação de organicidade, tornando a instituição presente por seus atos. Gozam de independência funcional, e só agem por delegação nos poucos casos em que, por força de lei, a atuação seja privativa do Procurador-Geral.

O princípio do *promotor natural* ainda não encontrou, porém, adequada expressão no que diz respeito às atribuições dos Procuradores de Justiça. Com muitas atribuições ainda centralizadas no chefe do *parquet*, e divididos os Procuradores em Procuradorias sem atribuições agregadas por lei a seus cargos, não raro recebem os processos de acordo com critérios administrativos internos, em sistema que ainda precisa de aprimoramento.

Impõe-se repensar a atuação da segunda instância do Ministério Público, valorizando a atuação dos Procuradores de Justiça e cometendo-lhes misteres que ultrapassem aqueles apenas interventivos (pareceres), e alcancem aqueles ativos (propositura de ações e interposição de recursos em todos os feitos em que atuem). Assim transformaríamos os Procuradores de Justiça em verdadeiros Promotores, com mais dinamismo na atuação, especialmente na promoção de ações civis ou penais públicas que envolvam consequências regionais ou estaduais, em contraponto à atuação dos atuais Promotores, que poderia circunscrever-se aos limites da comarca. Assim, *de lege ferenda* seria possível cometer aos Procuradores de Justiça a instauração de inquéritos civis ou a propositura de ações cíveis ou criminais quando, consoante critérios fixados na lei, fosse conveniente uma atuação coerente e uniforme da instituição, como na defesa de interesses transindividuais

que ultrapassassem os limites de uma comarca, ou no combate a crimes que atingissem o Estado. Na mesma esteira, funções de *ombudsman* poder-lhes-iam ser cometidas, sob os mesmos critérios.

Conviria, pois, que a lei desconcentrasse as funções que atualmente são exercidas pelo Procurador-Geral, por si ou delegação, até porque ele não as pode exercer diretamente, nem as exerce de fato.

Para tanto, seria necessário fazer mudanças nas Procuradorias de Justiça.

Em primeiro lugar, mudança terminológica. Com efeito, posto tenha raízes históricas a terminologia de “procurador” para os representantes do Ministério Público, na verdade o termo se presta hoje a infundáveis confusões com os “procuradores federais” (advogados de autarquias), os “Procuradores do Estado”, “de Município” etc. Deveriam chamar-se todos os membros do Ministério Público “Promotores de Justiça”.

Em seguida, mudança de estrutura. É necessário conferir aos Procuradores atribuições previamente fixadas por critérios legais. Assim, em vez de termos, p. ex., uma centena de Procuradores de Justiça “criminais”, deveríamos ter vários Procuradores de Justiça do júri, outros tantos de repressão a delitos patrimoniais, outros de repressão ao tráfico de entorpecentes, sempre por criação de cargos com atribuições definidas na lei. Em vez de termos uma centena de Procuradores de Justiça “cíveis”, deveríamos ter, p. ex., outros tantos Procuradores de Justiça de família, do meio ambiente, do consumidor etc. – para oficiarem em casos de repercussão regional ou estadual.

Esses cargos seriam regularmente preenchidos por remoção, valorizando-se as opções individuais, as especializações e a experiência de cada qual.

Urge, enfim, valorizar a função do Procurador de Justiça, melhor aproveitando sua vasta experiência funcional, e integrando-o mais adequadamente à pujante atuação da primeira instância do Ministério Público.