

LIMITES CONSTITUCIONAIS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Reza o artigo 129 inciso III da Constituição Federal que, entre as funções institucionais do Ministério Público, encontra-se a de:

“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”.

Como se percebe, apenas de interesses difusos e coletivos cuidou o constituinte no que toca à propositura de ação civil pelo Ministério Público (1).

O § 1º do referido artigo não inibe que terceiros sejam legitimados para essa espécie de ação, limitados, todavia, às mesmas hipóteses em que se legitima o Ministério Público, o que vale dizer, outros legitimados apenas podem propor ações civis públicas referentes a interesses difusos e coletivos a serem defendidos. Tem, o parágrafo, a seguinte dicção:

“§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. (2)

Por fim, no inciso IX do supracitado artigo, há referência ao alargamento, por lei ordinária, das funções do Ministério Público, desde que compatível com suas finalidades, estando redigido, o dispositivo, com o seguinte discurso:

“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Nitidamente, o inciso IX não cuidou de ações civis públicas. Entre as funções do Ministério Público está, no inciso III, a de *promover* ações civis públicas (função determinada) e no inciso IX *exercer* outras funções. Os dois verbos, utilizados corretamente, fazem menção: o primeiro a um elenco fechado

no que diz respeito às hipóteses em que a ação civil pública deve ser *promovida* e o segundo ao *exercício* — não promoção — de outras funções.

Desta forma, pela junção dos 3 dispositivos, conclui-se que:

a) cabe ao Ministério Público *promover* ação civil pública para proteger *quaisquer* interesses difusos e coletivos; (3)

b) lei ordinária pode ampliar o elenco de funções a serem exercidas pelo Ministério Público;

c) os direitos individuais não podem ser objeto de ação civil pública proposta pelo Ministério Público ou por terceiros;

d) os direitos individuais indisponíveis podem ser objeto de defesa por outro veículo processual (4).

É de se notar que o inciso III poderia ter uma dicção mais simples, ou seja:

“promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos”,

visto que, ao especificar “outros”, acrescentou aos “enunciados” “todos os demais” com o que a referência perdeu vigor, na medida em que tanto os interesses enunciados quanto os demais são *igualmente protegidos*. A dicção mais eloqüente sugerida ganharia em força e não provocaria a sensação de redação descuidada, embora não prejudicaria em seu significado.

À evidência, o artigo 25 da Lei 8.625 de 12/2/93, assim redigido:

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

I. propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, face à Constituição Estadual;

II. promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios;

III. promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

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;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

V. manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de

suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

VI. exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiências;

VII. deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária, e outros afetos à sua área de atuação;

VIII. ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;

IX. interpor recursos ao STF e ao STJ;

X. (vetado);

XI. (vetado).

§ único. É vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, sob pena de nulidade do ato praticado', —

fere o texto constitucional por alargar o espectro da ação civil pública para o campo de interesses individuais indisponíveis, que poderiam ser defendidos por outros veículos.

Já anteriormente o Código do Consumidor também alargara o espectro para os direitos ou interesses individuais homogêneos (Lei nº 8078/90), a meu ver, em franco conflito com a Constituição, se o veículo processual for a ação civil pública ou inquérito civil, visto que a Constituição apenas os admitiu para a proteção de interesses difusos e coletivos (5).

Dentro desta linha, não me parece lógico que aquilo que o constituinte deliberadamente não outorgou, ao legislador ordinário não cabe outorgar, alargando a força e o espectro de atuação do Ministério Público muito além de suas funções constitucionais, por veículos processuais inadequados.

Não se trata, no caso, de se adotar a tese de que o que a Constituição não proíbe permitido está, na medida em que, para efeitos de Direito Público, o princípio deve ser examinado de outra forma, ou seja, o que a Constituição não permite para tais efeitos, proibido está (6).

É que no direito público, em que ao Estado é ofertado um instrumental de interferência sobre a sociedade, os limites de tal poder de coação devem estar estritamente descritos na norma, prevalecendo, no caso, a tipicidade fechada e a estrita constitucionalidade para determinação da reserva absoluta de lei formal (7).

Se nas relações privadas entre membros da sociedade o que não é proibido, é permitido, visto que as relações são de coordenação, nas relações de direito público, em que o poder de imposição do Estado é absoluto, o princípio é o da permissão exclusiva do que na Constituição está, não podendo o legis-

lador menor ofertar poderes maiores não concedidos pelo legislador supremo. A própria discricionariedade, que pertine ao Direito Administrativo, na moderna visão de tal segmento, tem limites claros, não se admitindo ação superior às forças da lei. Por esta razão é que não se fala mais em atos discricionários, mas em atos vinculados e Poder Discricionário limitado pela lei. Não sem razão, o princípio da legalidade é um dos quatro princípios fundamentais do direito administrativo.

Desta forma, o alargamento do espectro da ação civil pública por força de lei ordinária fere, violenta, macula a Constituição Federal. Não pode o Ministério Público ter forças superiores àquelas que a própria Constituição lhe ofereceu (8).

E, no caso, agiu corretamente o constituinte ao não ofertar ao Ministério Público os poderes que o legislador ordinário pretendeu oferecer, na medida em que se o fizesse, o Ministério Público se transformaria no Superpoder da República. Poderia paralisar qualquer Administração, em seu "legítimo exercício de poder", a partir da assunção da defesa coletiva de todos os direitos individuais, tidos pelo Ministério Público por violados.

À nitidez, para a defesa dos interesses difusos e coletivos, *que são de difícil proteção individual*, justificam-se tais poderes, visto que supre o Ministério Público a insuficiência de ação dos titulares de tais direitos. A proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos, via ação civil pública ou inquérito, é indiscutivelmente das mais relevantes funções do Ministério Público, em face de agir como um protetor da sociedade, incapazes seus integrantes de se defender individualmente. O mesmo se diga da defesa dos direitos individuais indisponíveis, mas por outro veículo processual (9).

Não o mesmo em relação aos direitos individuais disponíveis e divisíveis, cuja proteção pode ser realizada através dos próprios interessados por seus advogados, assistência gratuita do Estado, de sua entidade de classe ou de partidos políticos por via de mandado de segurança coletivo e ainda pela defensoria pública para os necessitados (10).

Poder-se-ia dizer que há semelhança entre os direitos individuais indisponíveis e aqueles homogêneos e os direitos coletivos, razão pela qual a extensão pretendida da ação civil pública se justificaria.

O próprio Código do Consumidor alerta que os direitos homogêneos são aqueles que têm origem comum e a Constituição permite que direitos individuais sejam protegidos por mandado de segurança coletivo (11).

Apenas à primeira vista, tal tipo de consideração se justificaria. Em exame de maior profundidade, tal raciocínio não se justifica.

De início, os mandados de segurança coletivos são utilizados para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis, mas não para a defesa de interesses coletivos, definidos pelo Código do Consumidor como “os transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (12).

É que o mandado de segurança individual é medida extrema para a defesa de direitos individuais disponíveis, divisíveis, líquidos e certos e o mandado de segurança coletivo é instrumento de idêntica conformação jurídica para proteger os mesmos direitos de pessoas vinculadas a uma entidade de classe ou a um partido político, segundo interpretação do STF sobre os limites de tal medida processual.

Desta forma, não se confundem tais direitos individuais disponíveis e divisíveis com os individuais, coletivos ou difusos. Não se confundem, portanto, na definição do inciso II do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, com os direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível.

Se é verdade que o mandado de segurança coletivo, apesar da expressão, não se presta para a defesa de direitos que não sejam individuais, disponíveis e divisíveis, também é verdade que os direitos individuais homogêneos e indisponíveis não deixam de ser direitos individuais, cuja proteção far-se-á pelos instrumentos processuais próprios, constitucionais ou ordinários. O direito à vida é um direito indisponível e indivisível esculpido no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, não podendo se assemelhar a um direito coletivo, mesmo que sua proteção deva decorrer de um interesse comum de defesa de uma determinada coletividade (13). À evidência, se, por exemplo, experiências nucleares puderem pôr em risco o direito à vida de cada membro de uma determinada comunidade, a eventual ação pública para proteger não só o direito à vida, mas o próprio meio ambiente e os interesses difusos e coletivos da população sobre os meios de auto-sustentação, preservação de suas nascentes, contra terra contaminada etc. é justificável pela conjunção de outros interesses coletivos e difusos e não apenas o próprio direito individual indisponível e indivisível (14).

À evidência, o mesmo não ocorre se determinada comunidade não concorda com o nível da imposição tributária ou sobre a constitucionalidade das leis fiscais, pois nesta hipótese o direito de que se trata não é coletivo ou difuso, mas disponível e divisível, sobre não ser homogêneo, na medida em que níveis diferentes de tributação (tributos progressivos, seletivos ou proporcionais), tornam sempre, em qualquer espaço geográfico ou período histórico a tributação heterogênea, mesmo que à luz apenas da proporcionalidade da imposição.

Tais direitos serão protegíveis individualmente por mandados de seguran-

ça, em nível constitucional, ou por mandado de segurança coletivo, se determinada categoria tiver direitos comuns, embora individuais, divisíveis e disponíveis. Não será nunca possível sua proteção através de ação civil pública pela própria dinâmica do suprimento judicial, sempre possível em face dos diversos recursos que, mesmo os mais necessitados, têm com a assistência jurídica gratuita ou as defensorias públicas (15).

Mais do que isto, em matéria de tributação a ação civil pública, se mal proposta e mal julgada, pode acarretar consideráveis prejuízos à comunidade, que deixa de obter serviços públicos do Poder competente, inviabilizado em obter meios por força de inadequada decisão de efeito vinculatorio absoluto (16).

Não é outra a postura da doutrina e da jurisprudência, como se pode ler, por exemplo, em Hely Lopes Meirelles:

“A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24.7.85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. *Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva do réu*” (grifos meus) (Mandado de Segurança, 15ª ed. atualizada por Arnaldo Wald, Malheiros Editores, 1994, p. 118/119),

ou na Apelação Cível 152.203.1 citada pelo advogado da consulente:

“A Constituição da República de 1988, artigo 127, reiterou a qualificação de agir designada ao órgão do Ministério Público em defesa, já agora, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Como já sublinhou a disponibilidade caracteriza o direito objetivado na espécie. A respeito do dispositivo, ressalta Clóvis Benos, que: “Destarte circunscrita a atuação do Ministério Público, quanto aos interesses sociais, naquilo que tange à metaindividualidade desses interesses somente se pode concluir que ao Ministério Público incumbe ajuizar ação civil pública em relação a interesses coletivos não difusos, apenas quando estes se revelarem sociais no sentido amplo da expressão “interesses sociais” (Ação Popular e Ação Civil Pública, p. 42). De consignar aliás, que a Carta Magna, artigo 129, inciso III, correlaciona a propositura de referida demanda, pelo Ministério Público, à proteção, dentre outros, bens, “de outros interesses difusos e coletivos”, o que permite discernir entre os adnominais, como correspondentes a categorias distintas entre si.

“O parquet goza de titularidade ativa inerente na tutela de tais interesses ante sua transindividualidade, de modo que, por esta conotação, se faz mister a intervenção de um órgão público que atenda à ordem pública, ínsita em tais

valores. Não assim, data vênua, em se cuidando, como aqui, de direitos subjetivos” (RJTJESP 136/38).

Em face do exposto, entendo ser imprópria a ação civil pública sempre que objetive defender direitos individuais, disponíveis e divisíveis, quando tal veículo apenas é admissível para a defesa de interesses difusos ou coletivos (17).

NOTAS

(1) José Cretella Jr., na mesma linha, comenta o dispositivo: “Além de ser parte legítima para promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, a regra jurídica constitucional atribui ao Ministério Público letigimação para a propositura de ações civis, previstas no art. 129, quando credencia, por exemplo, o órgão ministerial a promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, bem como do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Do mesmo modo, o texto reconhece legitimação do Ministério Público para defender, em juízo, os direitos das populações indígenas.

Conforme esclarece o processualista Barbosa Moreira (cf. Ensaio e pareceres de direito processual civil, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1971, “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, p. 59), “legitimação é a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretenda assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas *in statu assertiones* — isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará —, coincidem com as respectivas situações legitimantes” (Comentários à Constituição de 1988, volume VI, ed. Forense Univ., 1992, p. 3332/3333).

(2) Pinto Ferreira esclarece: “Tem por objetivo a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, já sendo um campo de atuação do MP ao qual a Constituição deu agasalho. O MP tem assim na ação civil pública um instrumento importante na defesa de interesse difuso ou coletivo, assim como na defesa de interesses sociais e individuais.

Deve-se salientar que em defesa desses interesses a Constituição denegou exclusividade da ação ministerial (art. 129, § 1º), determinando que a legitimação do MP nas ações civis assim previstas no art. 129 não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, conforme o disposto na Constituição e na lei.

A ação civil pública é um instrumento ágil que permite o amparo aos interesses difusos, de construção doutrinária muito recente no Brasil, mas originária do processo

civil romano, no qual se mencionam as *acciones populares*, como os primeiros instrumentos de proteção de interesses difusos” (Comentários à Constituição Brasileira, 5^o volume, ed. Saraiva, 1992, p. 142).

(3) É ainda Pinto Ferreira que ao buscar o magistério de José Celso de Mello Filho ensina: “Elucida José Celso de Mello Filho: ‘Os interesses difusos constituem valores cuja titularidade transcende a esfera meramente individual das pessoas. São direitos que pertencem a todos, reunidos em comunhão social. Deles, ninguém, isoladamente, é o sujeito. Não se concentram num titular único, simplesmente porque inerem a todos e a cada um de nós, enquanto membros participantes da coletividade.

Na real verdade, a complexidade desses múltiplos interesses não permite sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos não comportam rol exaustivo. A cada momento, e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se impõe como necessária. Os interesses difusos, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mais evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural. Em todas as formações sociais, com maior ou menor intensidade, a presença desses interesses tem sido marcante: o direito à saúde, o direito à habitação, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a uma qualidade superior de vida, o direito ao aproveitamento racional dos recursos naturais, o direito à conservação da natureza, o direito à publicidade comercial honesta, o direito à utilização adequada do solo urbano e rural, o direito à intangibilidade do patrimônio cultural da Nação’.

Conforme a Lei nº 7.347/85, tanto a ação principal como a cautelar para proteção dos interesses relativos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico poderão ser ajuizadas pelo MP, pela União, pelos Estados e Municípios, assim como pelas respectivas autarquias e entidades paraestaduais (sociedade de economia mista ou empresas públicas), por fundações, ou, afinal, por associações comunitárias. Nestas últimas o direito de ação fica condicionado a dois requisitos: a) que a associação esteja devidamente constituída e personificada há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; b) que inclua a proteção e a preservação dos interesses difusos no campo de seus objetivos institucionais” (Comentários à Constituição Brasileira, ob. cit., p. 142/143).

(4) O artigo 127 “caput” tem a seguinte dicção: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta as finalidades do Ministério Público: “Tríplice é a finalidade de que é investido o Ministério Público pela Constituição em vigor.

Por um lado, cabe-lhe a “defesa da ordem jurídica”. Trata-se de seu papel tradicional: o de custos legais. Assim, tem ele de zelar, em primeiro lugar, pela fiel observância das normas jurídicas.

Por outro, incumbe-lhe, também, a defesa “do regime democrático”. Na verda-

de, isto se subsume na defesa da ordem jurídica, pois esta é, conforme deflui do art. 1º e parágrafo único da Constituição, de índole democrática (v. supra).

Atribui-se ao Ministério Público, enfim, a defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Isto quer significar que é dever do Ministério Público zelar por todo interesse indisponível, quer relacionado à coletividade em geral, quer a indivíduo determinado. Deve-se entender por indisponível, genericamente falando, aquele que concerne a um interesse público” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 3, ed. Saraiva, 1994, p. 40).

(5) O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte dicção: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

§ único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II — interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou parte contrária por uma relação jurídica base; III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. À evidência, se for outro o veículo processual e os direitos individuais a serem defendidos forem indisponíveis, o Ministério Público poderá agir.

(6) Yonne Dolácio de Oliveira lembra que: “E do exposto, como se proceder à distinção entre o ato legislativo e os demais (regulamentos e outros atos preceptivos da Administração), de modo a determinar o que se compreende por reserva de lei formal, entendida como ato legislativo? E, a seguir, como precisar se tal reserva é absoluta ou relativa?

Neste ponto seguimos a colocação de Reale, de que lei, como fonte de direito, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito. Ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas. A atribuição dessa função à lei e, principalmente, a estrutura da sua extensão, se ela tem o monopólio de criar direito novo ou se divide a função com atos normativos provenientes de outra esfera de poder, depende do ato decisório do Poder Constituinte” (Caderno de Pesquisas Tributárias, volume 6, ed. CEEU/Res. Tributária, 1991, p. 486).

(7) José de Oliveira Ascensão lembra que: “Esta orientação, se bem que contrária à orientação dos autores anteriormente citados, teve seguidores de relevo, como Henkel, que já referimos. E noutros casos podemos mencionar, para além de uma oposição teórica, uma espécie de concordância prática. Assim, Larenz, ao estabelecer a distinção entre tipos abertos e fechados, fá-lo de molde a fazer corresponder o tipo de ordem ao tipo aberto; os tipos fechados, ou seja, aqueles cujas características estão exaustivamente fixadas, não seriam para o autor, em expressa adesão a H. Wolff, “tipos em sentido estrito”, mas sim “classes múltiplas”. Apesar desta posição de base, não

deixa todavia o autor de recorrer seguidamente à tipicidade em sentido semelhante àquele que se nos apresenta: também os tipos fechados lhe interessam, afinal. E cremos que há na verdade uma tendência inelutável por parte da ciência jurídica para acolher também um conceito específico do tipo” (Enciclopédia Saraiva do Direito, nº 73, Saraiva, 1977, p. 297).

(8) Misabel Derzi escreve: “Como vimos anteriormente, as características de flexibilidade e abertura do tipo, segundo a doutrina, propiciam, com mais facilidade, a permeabilidade da estrutura jurídica a formas novas e transitivas, emergentes do tráfego social.

Enquanto os conceitos rígidos e fechados tornam-se, em muitos casos, inadequados, os tipos ensejam ordenação mais fluida, admitindo, por isso, soluções diferentes para situações novas.

No Direito Civil, como lembra Larenz, há campo mais lato para vicejarem os tipos; pode-se falar em uma tipologia dos contratos e das sociedades, não exaustiva do conceito de contrato e negócio jurídico, sendo válidas e eficazes as formas novas, nascidas, espontaneamente, do tráfego jurídico-social.

À proporção em que cresce a necessidade de segurança jurídica, fecha-se a tipologia em classificação, o tipo, em conceito” (grifos meus) (Direito Tributário, Direito Penal e Tipo, ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 103/104).

(9) Oscar Corrêa após dizer: “A esse propósito, o texto de 1988 é elogiável, porque lhe entrega a missão de defesa do próprio regime democrático e de todos os interesses indisponíveis sociais e individuais.

Onde, pois, houver malversação de direito, postergação de garantias, legitima-se a sua ação. *Direitos ou interesses sociais ou individuais indisponíveis não de ser aqueles dos quais — diz a palavra — não se puder dispor, porque integrados na personalidade humana.* As necessidades sociais transformam-nos em indisponíveis, embora, em princípio, não o fossem”, esclarece: “O inciso III põe em cena a atuação social do MP no inquérito civil e na ação civil pública, *buscando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos. Esta a outra área onde sua atuação pode ser inovadora ou restauradora, embora a doutrina e a jurisprudência ainda não hajam bem definido esses interesses”* (grifos meus) (A Constituição de 1988 — Contribuição crítica, ed. Forense Univ., 1991, p. 170/171).

(10) O artigo 134 da Constituição Federal tem a seguinte dicção: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”, estando o inciso LXXIV do artigo 5º assim descrito: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

(11) Ao comentar tal dispositivo, Rodolfo de Camargo Mancuso admite dificuldades exegéticas e, sem especificar o tipo de ação, declara: “Por fim, no que concerne à titularidade dos interesses ou direitos “individuais homogêneos” (inc. III do art. 81), já se anotou a singeleza do texto legal. Tudo indica que esses interesses não são

coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão ou aglutinação suficiente para destacá-lo da massa de indivíduos isoladamente considerados. Como exemplo, é pensável a hipótese de um grupo de alunos de certa escola que, em virtude de disposição legal, se beneficiaram de certo desconto em suas mensalidades; negado o benefício, poderia sobrevir uma *ação de tipo coletivo*, tendo por destinatários não apenas o grupo prejudicado, mas tantos quantos se encontrem em igual situação (= homogeneidade decorrente da origem comum dos fatos e de análoga base jurídica)” (Comentários ao Código de proteção do consumidor, ed. Saraiva, 1991, p. 278/279). À evidência, tais direitos mencionados pelo autor são disponíveis e divisíveis e, a meu ver, fora do campo de ação do Ministério Público.

(12) É ainda Rodolfo de Camargo Mancuso quem esclarece: “Colocando os interesses e direitos coletivos e difusos no gênero dos “transindividuais de natureza indivisível”, parece-nos que o Código levou em conta as achegas doutrinárias que, efetivamente, realçam a circunstância de que aqueles interesses deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva. A terminologia é vária — supraindividuais, metaindividuais —, mas o conteúdo do termo preferido pelo Código — transindividuais — é o mesmo desses antes referidos. Quando estudávamos o tema com sede monográfica, e após termos passado em revista os subsídios doutrinários nacionais e estrangeiros, chegamos a oferecer o seguinte conceito para os “interesses difusos”: “são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”. Já com relação aos interesses coletivos, após observarmos que eles podem ser compreendidos sob três acepções (“interesse pessoal do grupo”; ou “como uma soma de interesses individuais”; ou ainda como “síntese de interesses individuais”), identificávamos o interesse coletivo com essa última acepção: “trata-se de interesses que deparam esses dois limites (os das duas colocações referidas), ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo”. Quanto às notas caracterizadoras dos interesses coletivos, indicávamos, no ensaio em questão, as seguintes: “a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (enti *sporenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada” (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, ob. cit., p. 275/276).

(13) Escrevi: “No caso, todavia, desta singela exposição, interessa-nos apenas discutir o direito fundamental do ser humano à vida, que é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecida e que pertence ao ser humano, não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter nascido. É-lhe inerente e não concedida.

O artigo 5º da Constituição Brasileira é, fundamentalmente, norma de direito natural, posto que seu *caput* principia com a seguinte afirmação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

É evidente que o direito à vida implica outros direitos que lhe permitam ser exercido, que também são de direito natural, como o direito à educação, à liberdade de associação, ao trabalho, à saúde, à dignidade pertinente ao ser humano, à intimidade, a não ser afastado da convivência social, senão se lhe trouxer mal superior, a partir dos indícios de sua atuação pregressa.

O principal dos atributos está, todavia, em ser garantido, em suas insuficiências, contra a violência dos mais fortes, posto que a igualdade de todos os seres humanos perante a sociedade coloca-se à luz de suas desigualdades, substituídas pelo poder do Estado, capaz de reconhecer as leis naturais e criar as leis positivas de salvaguarda e segurança.

Com rara precisão Platão retrata o dilema, através de Cálicles, que entende ser de direito natural os fortes dominarem os fracos, posto que cada um teria direito a seus atributos, cabendo aos fracos o direito à fraqueza e ao forte o direito à fortaleza. Pela palavra de Cálicles, o Estado não deveria suprir o fraco contra o forte, pois se oporia à natureza das coisas. Sócrates o contraria, ao mostrar que vivendo o homem em sociedade, a sociedade iguala os desníveis e supre as desigualdades, sobre ser mais feliz o forte adaptado a uma sociedade em que os fracos têm dignidade, que aquela em que o escraviza e domina, mas perde a relação convivencial entre seres humanos.

O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos após o nascimento, os quais não teriam condições de viver, sem tal proteção à sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco a partir da “teoria do suprimento”.

Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes. No primeiro caso, sem que o insuficiente possa se defender, e no segundo, mesmo com autorização do insuficiente, que levado pelo sofrimento, não raciocina com a lucidez que seria desejável. É violação ao direito à vida o suicídio, pois o suicida é também um insuficiente levado ao desespero do ato extremo, por redução da sua capacidade inata de proteção, constituída pelo intuito de preservação” (Fundamentos do Direito Natural à Vida, cortesia da Lex Editora, 1991, p. 7/8).

(14) O caminho da ação popular também nesta hipótese é admissível, como

determina o artigo 5º inciso LXXIII da Constituição Federal assim redigido: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

(15) Benedito Olegário Rezende Nogueira de Sá e Paulo Roberto de Salles Vieira, em parecer a que tive acesso, lembram que: “A disponibilidade na relação jurídica tributária é inegável, bastando atentarmos que é admissível a moratória, a isenção, a compensação, a remissão, a transação e, ainda mais, prescrição e decadência. Já se viu, acaso, prescrição ou decadência (!?) de direito indisponível? Já se viu indisponibilidade (transação, isenção, etc.) de direito indisponível?”

Mas diriam alguns que os efeitos patrimoniais de relação jurídica indisponível podem ser objeto de transação e, portanto, a prestação (tributo) seria disponível, mas não a relação, que é indisponível.

Perfeita a premissa e falsa a conclusão.

É que direitos indisponíveis são “aqueles relativamente os quais os titulares não têm qualquer poder de disposição: nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente das vontades destes” (Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 28, p. 200).

Ora, a relação fisco-contribuinte surge em razão de lei, se estabelece nos exatos limites dela, em razão do primado constitucional da legalidade.

A possibilidade de tributar surge com a atribuição constitucional de competência, não antes, a Constituição Federal pode estabelecer imunidade, o Estado (*lato sensu*) não é obrigado a editar a lei que irá autorizá-lo a exigir o tributo, pode também não exigí-lo em determinados casos, isentando-os. Estas situações, todas relacionadas com a possibilidade do estabelecimento da relação jurídica tributária (que somente se dá, efetivamente, com a implementação da hipótese de incidência), dependem da vontade do Estado e não “nascem”, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade “dele”.

(16) Por esta razão é que as ações diretas de inconstitucionalidade se justificam em nível de Supremo Tribunal Federal para as questões federais e estaduais (lei ou ato) e Tribunais de Justiça em nível de legislações municipais. A eleição do colegiado mais preparado demonstra a preocupação do constituinte federal (ou constituintes estaduais no exame de matéria capaz de atingir profundamente o Poder Público. Está o artigo 102 inciso I da Constituição Federal assim redigido: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ... I. processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ...”.

(17) Luís Antonio de Andrade sobre a lei 7.347/85 escreve: “Distinguindo os interesses coletivos ou difusos de situações em que há interesses com pluralidade de sujeitos, indica, com a autoridade que lhe é peculiar, José Carlos Barbosa Moreira, duas

hipóteses que não se confundem com os interesses coletivos ou difusos, e que não suscitam os problemas de que se cogita quando se cuida da proteção jurisdicional destes últimos: "a) a da existência de vários titulares do lado ativo ou do lado passivo de uma única relação jurídica (condôminos de determinada coisa, credores de um devedor comum, devedores de um credor comum, etc.); b) a da existência de titulares de relações jurídicas distintas mas análogas, derivadas de uma relação-base de que todos participam (acionistas de uma sociedade anônima, considerados nas suas relações com a própria sociedade) ("Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos", em *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Rio de Janeiro, 1984, pp. 193 e ss., estando na p. 194 o trecho transcrito). Elemento que se reputa essencial, portanto, à configuração do conceito é o fato de tais interesses terem por titular uma pluralidade indeterminada e praticamente indeterminável de pessoas, no tocante às quais os interesses se manifestam, não em virtude da presença de uma relação jurídica de que co-participam, ou de relações jurídicas paralelas ou convergentes, em que estejam engajados, mas de dados contingentes e variáveis, como os que surgem em função da necessidade de proteger a fauna e a flora, a salubridade de um rio que abasteça determinada cidade, ou de atmosfera, os monumentos históricos, e assim sucessivamente.

A pluralidade de titulares dos interesses coletivos ou difusos apresenta, neles, por conseguinte, notas específicas, que permitem distingui-los de outros interesses plurissubjetivos, cuja tutela não se ajusta ao regime da Lei 7.347/85. Não constituem eles, de acordo com lição corrente, que se acaba de reproduzir, a mera soma de interesses individuais, ainda que disseminados por um expressivo conjunto de pessoas, mas uma categoria própria, em que talvez possa identificar-se uma unicidade de interesse, partilhado por uma pluralidade indeterminada e indeterminável de co-titulares, não ligados entre si ou com quem se mostre capaz de lesar ou satisfazer o interesse por qualquer vínculo jurídico.

Não são apenas dados relativos aos sujeitos que ensejam, porém, a caracterização dos interesses coletivos ou difusos. Neles, é específico, também, o respectivo objeto, identificado pela indivisibilidade. Não se trata, em outras palavras, de interesses cuja satisfação ou lesão possa dar-se de modo fracionado, para um ou para alguns interessados, e não para outros.

A indivisibilidade do objeto do interesse, que a doutrina põe em devido destaque, significa que entre os co-titulares se forma, "por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a "quota" de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade" (José Carlos Barbosa Moreira, *trab. e ob. cit.*, p. 195)" (RT-648, outubro de 1989, p. 8/9).