

MINISTÉRIO PÚBLICO

O MINISTERIO PÚBLICO E A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

Luiz Fabião Guasque ^(*)

1. INTRODUÇÃO

Com a chegada do Terceiro Milênio temos assistido mutações em todas as partes do planeta. A liberdade lança seu espectro contra todas as ideologias que a inibem. Pouco a pouco, os regimes totalitários vão desaparecendo e dando lugar à democracia, ou seja, ao governo do povo pelo povo, destinatário e tutor de seu bem-estar e liberdade.

A Europa ocidental derruba suas fronteiras, unindo os povos em busca de um equilíbrio econômico que alcance a fraternidade e a igualdade das nações, para que a economia não ameace a paz e traga bem-estar e desenvolvimento para os povos.

Nasce urna consciência sobre o futuro do planeta e conseqüentemente da humanidade, unindo as nações em acordos sobre como se pode conjugar desenvolvimento e equilíbrio ambiental e social.

Enfim, o homem começa a descobrir que a união faz a força, e que o bem-estar dos povos e do planeta é coisa de interesse de toda a humanidade.

Organizações não governamentais se formam desta consciência, com a solidariedade de pessoas das mais diversas nacionalidades. Tudo faz crer que o mundo está mudando.

^(*) Promotor de Justiça no Rio de Janeiro

No Brasil temos sentido esta mudança. Nunca havíamos vivido, em toda nossa história, momento de tanta liberdade. O povo começa a sentir que todo o poder dele emana, e que em seu nome é exercido (parágrafo único do art 12 da Constituição da República), o que impele as funções essenciais do Estado a expressarem a vontade de tutelar esses interesses.

Nunca se havia assistido a tantos confrontos entre as funções executiva, legislativa e judiciária na busca dessa finalidade, nem tampouco o Ministério Público havia desempenhado, de forma tão independente e firme, a missão que lhe delegou o legislador originário. Eleito pelo constituinte como quarta função essencial do Estado, agiganta-se perante toda essa ardem constitucional, como instituição permanente, essencial à atividade inerte da Jurisdição, com a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127 da CR).

A par disso, desde o descobrimento do Brasil temos visto o desenvolvimento de uma cultura de criação de oligarquias. Com as capitânicas hereditárias assistimos ao primeiro loteamento do solo pátrio, e a materialização de uma idéia de que ali não se estava formando uma nação, mas um feudo de burgueses portugueses, o que se prolongou por todo o tempo do Brasil-Colônia e Império.

Veio a República e a sua causa não foi outra senão o descontentamento da burguesia em não receber, em sua maioria, as benesses dos súditos da Corte.

Quando no Brasil, num primeiro momento de regime democrático, as classes assalariadas começaram a pugnar pelos direitos sociais, testemunhamos a supressão de todos os direitos da cidadania com a Revolução de 1964.

Em todos esses anos não temos presenciado outra coisa senão o surgimento de uma sociedade desigual e estratificada, onde o próprio Estado procura garantir esta situação.

Hoje, passados mais de quatro anos de uma Constituição democrática, que tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição da República), todos os direitos e garantias fundamentais continuam guardados na Lei Magna. O povo, nem da forma mais tênue, pôde sentir que em nossos dias o Brasil é uma sociedade livre e igualitária.

O resultado disso é que, atualmente, a única coisa que podemos afirmar, sem medo de errar, é que vivemos numa sociedade estaficada em castas sociais.

Isto nos faz pensar em como realizaremos os direitos conferidos ao povo, de forma a igualizar uma fragmentada sociedade civil.

Tal situação não é privilégio de nossa história. No estado romano, em sua segunda fase, a República, houve a preocupação em realizar a igualdade entre patrícios e plebeus já anteriormente iniciada por Sêrvio Túlio, o penúltimo rei de Roma.

Para tal fim foi constituído o tribunato da plebe (496), e seus magistrados seriam sacrossantí (invioláveis), o que foi aceito e jurado pelo Senado. Representantes e defensores da plebe tornaram-se os órgãos motores de suas reivindicações, entre as quais se destacam: a) a codificação do direito costumeiro; b) igualdade civil entre patrícios e plebeus e c) igualdade política entre uns e outros, isto é, o acesso aos cargos públicos monopolizados pelos patrícios.

O direito dessa época tinha dois defeitos capitais: era incerto e desigual. Incerto porque não escrito, e desigual porque fazia distinção entre patrícios e plebeus. Da incerteza do direito nascia o arbítrio na sua aplicação; da desigualdade, a inferioridade jurídica dos plebeus. Os tribunos da plebe encaminharam a sua

ação para conseguir estes dois objetivos: a codificação do direito e a igualdade jurídica entre patrícios e plebeus (*summis infimisque iura aequare*).

Dos esforços dos tribunos da plebe, após a Lei das XII Tábuas foi conseguida a igualdade civil, a tutela da liberdade, e o respeito à autonomia individual entre patrícios e plebeus.¹

No Brasil, esta preocupação em realizar os direitos fundamentais de um regime democrático fez do Ministério Público, segundo a própria Carta Magna, o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CR). É evidente que para realizar tal tarefa foram-lhe outorgadas várias garantias. Mas, passados mais de quatro anos de uma democracia jurídica, não conseguimos, nem de longe, começar a construir uma democracia social, e ao Ministério Público, com seu poder de ação, é que foi atribuído o dever de realizar a efetividade dos direitos fundamentais conferidos na Constituição, à semelhança dos tribunos da plebe da República romana.

Vejamos, portanto, a amplitude desta missão.

2. A DEMOCRACIA NO BRASIL E SEUS VALORES FUNDAMENTAIS

A democracia se funda no princípio da soberania popular, realizando os valores da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa.

José Afonso da Silva, após minucioso exame do concedo de “Estado democrático de direito”, expresso no art. 1º da Constituição da República, conclui que seus princípios e sua tarefa são:

“a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade

¹ MATOS PEIXOTO. Curso de direito romano. 4. ed., 1960. p. 54 et seq.

popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;

b) princípio democrático que, nos termos da Constituição, há que constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

c) sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos II, VII e VIII);

d) princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social;

e) princípio da igualdade (art. 5º, caput, e I);

f) princípio da divisão de poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95);

g) princípio da legalidade (art. 5º, II);

h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.”²

De todos esses princípios enumerados pelo mestre, entendo que muitos são desdobramentos do princípio da isonomia. Não há igualdade sem justiça social, ou seja, sem a preocupação do Estado em dar a todos os seus súditos condições equivalentes de acesso ao ensino, à saúde e à educação.

Tampouco haverá equilíbrio na atividade econômica se a ação do Estado não procurar regularizá-la, de forma a assegurar o desenvolvimento do mais fraco contra a ação do mais forte.

² SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo, p. 107

A dominação dos mercados gera a iniquidade, tendo como consequência a falta de oportunidades para os brasileiros, o que atenta contra a isonomia e o regime democrático, com reflexos funestos em todos os segmentos da vida nacional.

Em relação ao princípio, Radbruch explica que a Justiça manda tratar como iguais as coisas iguais e diferentemente as que são desiguais, na proporção de sua desigualdade.³

O art. 3º da Constituição da República expressa bem a idéia de que o Estado não é fim, mas meio pelo qual se promovem os interesses comuns. Os particulares devem conciliar-se com os da sociedade.

No Título II da Constituição da República Federativa do Brasil, no art 5º e incisos, estão expressos os Direitos e Garantias Fundamentais. Sua relevante importância é reconhecida na Carta política pela sua natureza de princípios de um regime democrático, do que decorre a impossibilidade de sofrer emendas conforme dispõe o art. 60, § 4º, erigindo tais normas à condição de cláusulas pétreas.

Ali estão garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art 5º, caput, sendo que este último se subordina à função social (inc. XXIII) discriminada ao longo do texto nos arts. 170, III; 182, § 4º e 184.

De toda esta quantidade de preceitos que garantem a república, ou seja, res pública, coisa do povo, e a democracia, demos, povo, cracia, governo, o Poder Constituinte legitimou o Ministério Público seu representante.

³ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Trad. de L Cabral de Moncada. 2. ed., 1937, p. 323-325. Apud TENÓRIO, Oscar. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, p. 157.

O princípio da isonomia, que iguala homens e mulheres em direitos e obrigações (inciso I), apresenta vários desdobramentos ao longo da Lei Maior, de forma a materializar esta igualdade, quando:

a) limita o uso da propriedade à sua função social (art. 5º, XXIII);

b) subordina a atividade econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a assegurar a todos existência digna (art. 170, caput);

c) apresenta como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III); o que vem explicitado na forma de elaboração da lei orçamentária (art. 165, § 1º);

d) dirige ao legislador e à União princípio de crescimento nacional equilibrado para planos nacionais e regionais de desenvolvimento (art. 174, § 1º, e 4º);

e) assegura a livre concorrência, determinando que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (arts. 170, IV, c/c 173, § 4º);

f) busca tratamento favorecido à empresa brasileira de capital nacional, eis que, como referimos, constitui iniquidade o tratamento igual de desiguais (art. 170, IX);

g) determina que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205), o que vem complementado pela necessidade de a União aplicar, nunca menos de dezoito por cento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, na manutenção e desenvolvimento do ensino, sendo que nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição o Poder Público deve aplicar, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 220, para eliminar o analfabetismo e

universalizar o ensino fundamental (art. 60 do Ato das Disposições Transitórias).

h) erige o acesso ao ensino obrigatório e gratuito a direito público subjetivo, tendo como consequência a responsabilidade da autoridade pelo não-oferecimento, ou oferta irregular (§§ 1º e 2º).

Com todas essas medidas, busca garantir a igualdade a todos os brasileiros nas oportunidades na vida e no mercado de trabalho.

Também a assegura na atuação de arrecadação de tributos pelo Estado, limitando-a com os princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), e da isonomia tributária (art. 150, II), e vedando a utilização de tributo com efeito de confisco (inc. IV).

Também não será possível democracia sem segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII), sem observância ao princípio da legalidade (art. 5º, II) e ao da ampla defesa (art. 5º, LV).

O princípio da independência e harmonia dos Poderes expresso no art. 2º da Lei Maior, procura tornar viável o equilíbrio entre as funções essenciais do Estado.

O da legalidade (art. 5º, II), desdobramento do princípio da segurança jurídica, procura limitar a ação do Estado contra seus súditos, determinando, no art. 37, que a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes de todos os entes federados deve obedecê-lo, bem como ao da impessoalidade, moralidade e publicidade, além de outros que discrimina.

Atende, desta forma, reclamação antiga da doutrina que pregava a necessidade de que todo ato administrativo fosse motivado, de forma a possibilitar ao Judiciário o controle da existência ou não dos motivos.⁴ Aperfeiçoa, portanto, a doutrina dos freios e contrapesos pregada por Montesquieu.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. RDP 90/57.

Na atividade tributária, os discrimina, com os princípios da irretroatividade para a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150, III, a). Com o da anterioridade, impede a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (letra b), e veda a utilização de tributo com efeito de confisco (inc. IV).

Todos os desdobramentos dos Princípios enunciados, corolários de um Estado Democrático de Direito, que, volto a dizer, têm no Ministério Público seu guardião.

3. A MISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O poder do Estado é uno, expressão de sua soberania. As funções é que se tripartem em executiva, legislativa e judiciária. Embora a Constituição os tenha positivado como “Poderes”, em termos científicos aquela assertiva não encontra resistência em toda a doutrina.⁵

Ao longo do texto da Lei Maior, o constituinte originário demonstra reconhecer o Ministério Público como quarta função essencial do Estado.

A semelhança das outras funções. organiza-o com autonomia funcional e administrativa (art. 125, § 2º e segs.)

Confere aos Procuradores-Gerais iniciativa de leis complementares, portanto de natureza constitucional, para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, fixando as garantias necessárias ao exercício da função constitucional que lhe atribui (art. 128, § 5º e incisos).

⁵ TORNNAGHI, Hélio Intuições de processo penal, v.1, p. 229; SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo.

Após reconhecê-lo como instituição permanente e essencial à função do Estado, incumbe-lhe (art. 127):

- a) a defesa da ordem jurídica;
- b) do regime democrático;
- c) dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

Confere-lhe as funções de (art. 129 e incisos):

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

b) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

c) 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;

d) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

e) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

f) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

g) exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

h) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

i) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultaria jurídica das entidades públicas.

De todos esses preceitos, não é difícil concluir que o Ministério Público tem largo campo de ação não só para provocar a função jurisdicional, mas também para medidas administrativas em prol do interesse público.

4. O CONCEITO DE INTERESSE DIFUSO E COLETIVO

De todos os trabalhos que se dispuseram a conceituar o que vem a ser interesse difuso, não encontrei em nenhum a afirmativa de que este advém de um direito. Direito público subjetivo de todo cidadão, de, por exemplo, ter o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CR); de exigir do Estado que a sua atividade seja determinada pela finalidade de atender o interesse da maioria (art. 5º, LXXIII, c/c 37, todos da CR); de que a atividade de arrecadação de impostos obedeça aos princípios estabelecidos na Constituição (art. 150 e segs); de ter direito à saúde, educação, cultura e desporto (arts. 196, 205, 215 e 217), além de tudo o mais que a Lei Magna, complementada pela legislação infraconstitucional, confira ao cidadão.

E evidente que a natureza deste direito, pela sua importância vital aos valores fundamentais de uma sociedade juridicamente organizada, é que determina que o seu desrespeito atinja toda a coletividade. Mesmo os cidadãos mais afastados do efeito da lesão resultante da desconsideração ao preceito, quando eventualmente constatarem o dano, estão sofrendo os reflexos de seu espectro.

Note-se, que esses direitos, conferidos na Lei Maior, devem ter a interpretação mais ampla possível em sua aplicabilidade e segurança, e caberá ao aplicador da lei o dever de resguardá-los sob este prisma.

Em trabalho pioneiro, o Professor Mauro Capelletti, já no ano de 1977, publicava estudo na Revista do Processo n. 5 sobre as formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Com excelente desenvolvimento de direito comparado, aborda as formações sociais das pessoas individuais e as class actions dos

países da common law. Entretanto, talvez pelo ineditismo da obra, não distingue o interesse difuso, ou como ele próprio denomina metaindividual, do coletivo.

No direito italiano é atribuído às associações não reconhecidas e a outras entidades privadas a personalidade jurídica, o direito de agir para a tutela dos direitos dos quais são diretamente titulares (CC, art. 36, § 2º; art. 41, § 2º; arts. 1. 131, 2.266 e 2.297 a 2.298; CPC, art. 75, § 4º). A nossa Constituição seguiu a idéia e legitimou as associações a defenderem os interesses de seus membros ou associados (art. 5º, XXI), ou mesmo a fazer uso da ação civil pública para tal desiderato (art. 8º da Lei 7.347/85). Ocorre que tais interesses atingem a esta classe de pessoas, e, por isso mesmo, têm acepção mais restrita do que aquelas hipóteses de interesses difusos, onde há a violação do direito de toda a sociedade juridicamente organizada.

O direito ao meio ambiente equilibrado, ao respeito às leis de utilização do solo urbano e de todos aqueles princípios do Estado democrático de Direito, como dissemos, são interesses difusos e o seu desrespeito atinge indistintamente a todos os cidadãos.

Portanto, não se deve confundir a tutela coletiva de interesses, deferida normalmente a associações, e a difusa, que compete ao Ministério Público como parte pública que representa a sociedade como um todo.

5. OS EFEITOS ERGA OMNES DE FATO NAS AÇÕES DE INTERESSE DIFUSO

Quando um criminoso é condenado, um menor é protegido pela intervenção ministerial ou qualquer outro interesse público é assegurado, esses efeitos são notados em todos os segmentos sociais. É garantido o equilíbrio do Estado de Direito.

Ao contrário das ações coletivas, onde a coisa julgada opera em limites subjetivos, ou seja, entre as partes do processo, nas

ações de interesse difuso é impossível a concepção de tal eficácia, pois o direito em discussão é o direito de todos.

Nesse aspecto, há um ponto no magnífico estudo do mestre Cappelletti que não foi notado: nas *class actions* ou nas ações coletivas a coisa julgada opera somente aos integrantes daquela coletividade. Nas ações de interesse difuso, não há necessidade de vinculação de efeitos nos limites subjetivos, pois, por sua natureza, apenas a vinculação do sujeito passivo da relação jurídico-processual a um *facere* ou *non facere* determina efeitos de fato, o que significa dizer efeitos *erga omnes de facto* a toda coletividade. Note-se que o que confere esses efeitos não é o fenômeno da coisa julgada, mas a natureza do direito sobre o qual se manifestou o Judiciário.

As ações movidas pelo Ministério Público, com base na sua legitimação constitucional, não são ações coletivas, pois consubstanciam sempre, sob pena de ilegitimidade, interesses difusos, conceito mais amplo do que o das *class actions* e das nossas ações coletivas.

Poderia perguntar-se: e quando for indeferida a pretensão do Ministério Público? Estará ele impossibilitado de intentar outra ação?

Entendemos que nas ações coletivas os efeitos da coisa julgada operam *erga omnes*, conforme os termos do art. 103 da Lei 8.078/90, “exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81”. Assim, indeferida a pretensão do Ministério Público, não poderá ser intentada outra ação com o mesmo objeto, contra a mesma parte e com a mesma causa de pedir. O artigo referido conceitua o que o Código entende como interesses ou direitos difusos, sendo aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

6. A LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito de ação, segundo os grandes processualistas, é um direito subjetivo como outro qualquer e, como não poderia deixar de ser, vem conferido em lei de direito material.⁶

Antes do advento da Constituição da República de 1988, a legitimação do Ministério Público era atribuída pela legislação infraconstitucional, em especial os Códigos Penal e Civil, que disciplinam tais relações jurídicas.

Em algumas situações esparsas, esta legitimação aparecia nos diplomas que disciplinam o direito judiciário processual, para usar a feliz expressão de Goldsmith. Isto porque as leis têm função maior do que o desenvolvimento científico e, por questões de organicidade e funcionalidade algumas vezes repetem ou atribuem legitimações em códigos que apenas disciplinam o exercício do direito público subjetivo de agir e a relação jurídica que estabelecem entre as partes e o Estado a partir do seu exercício, como o são os códigos de processo.

Como um marco de avanço alargando o espectro de ação do Ministério Público, a lei da ação civil pública (Lei 7.347/85) conferiu direito de ação a este para proteger o meio ambiente, o consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º).

Seu objeto é a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art 3º).

Ao atribuir-lhe a função obrigatória de fiscal da lei, (art. 5º, § 1º), também lhe confere a função de sucessor processual para o caso de abandono ou desistência da ação (§ 3º).

Anteriormente, a lei da ação popular (4.717/65), embora não conferisse direito de ação ao ministério Público (art. 1º), lhe

⁶ TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil., v. 1, p. 88 et seq.

deferiria também a função de sucessor processual para as mesmas hipóteses (art. 9º).

A doutrina, de forma uníssona, negava direito de ação ao Ministério Público para as hipóteses da ação popular, e afirmava que o membro do Parquet que quisesse agir teria de fazê-lo como cidadão.

Sempre considerei tal posicionamento um contra-senso, pois, nia minha modestíssima opinião, a natureza pública da actio populi legitimava o representante da sociedade, que é o Ministério Público. Note-se que a ação civil pública e a popular podem dirigir-se a mesmos objetivos, ampliados na ação civil, de preservação de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, afora as hipóteses de nulidade ou anulabilidade do ato administrativo discriminadas nos seus arts. 2º, 3º e 4º.⁷

Mas não devemos esquecer que essas leis são infraconstitucionais, e que a Constituição da República de 1988 legitimou o Ministério Público à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 125), zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, além da proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129 e incisos), bem como de tudo mais que foi explicitado no item 3 deste trabalho.

Desta forma, não é difícil concluir, que ao Ministério Público foi conferida uma legitimação para agir da forma mais ampla possível como requer uma norma constitucional, utilizando-se de qualquer ação possível no ordenamento jurídico brasileiro,

⁷ GUASQUE. Luiz Fabião. A nulidade e a anulabilidade do ato administrativo e seus efeitos. RDP 99/142

desde que a pretensão seja atender à missão que lhe confere o constituinte originário. Qualquer disposição infraconstitucional que lhe diminua o campo de ação deverá ser considerada expressamente contrária à Lei Maior.

Assim, deverá o Parquet utilizar-se de toda ação prevista no ordenamento pátrio para proteger interesse difuso, como legitimado extraordinário constitucional, defendendo em nome próprio os interesses de toda a população.

Como legitimado extraordinário de toda a sociedade, as ações propostas pelo Ministério Público têm sempre caráter difuso ou metaindividual, pois a ausência desta característica o torna parte ilegítima.

7. AS HIPÓTESES DE LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quando ao Estado e a seus entes delegados é conferido o poder-dever de garantir por ação comissiva ou omissiva os valores fundamentais do regime democrático, com a observância da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, todos direitos públicos subjetivos do cidadão em face do Estado, há interesse difuso.

Nessas hipóteses, o Ministério Público tem legitimação constitucional genérica para a defesa dos aludidos direitos perante o Judiciário, conforme lhe confere o art. 127, caput, da Constituição da República.

Também pode celebrar convênios e contratos para tomar medidas administrativas, dentro de suas atribuições, a fim de consertar distorções na atividade estatal (art. 129, II, III, IV, VII, VIII e IX - genérica).

Há ainda legitimações específicas para propor as ações:

I - penal;

II - para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição;

III - civil pública;

IV - inconstitucionalidade direta e interventiva:

V - para defender direitos e interesses das populações indígenas.

Há também interesse difuso quando o Estado tem o dever de zelar pelo ordenamento jurídico na esfera dos direitos privados onde ocorrem questões de ordem pública, determinadas por um critério legal, como o são os exemplos do Código Civil. Nestes casos o Ministério Público intervém para fiscalizá-los (custos legis) e pode agir quando ocorre inobservância.

Nas hipóteses onde ao Estado é cometido apenas o dever de supervisão da atividade privada, o interesse em questão é coletivo.

Isto porque a relação jurídica se estabelece entre o particular e o cidadão que está diretamente vinculado à mesma. Forma-se aí uma coletividade de interesses.

A legitimação para agir é normalmente infraconstitucional por lei ordinária, como é exemplo o Código do Consumidor.

Para legitimar-se o Ministério Público quando não há previsão em lei ordinária, tem que haver omissão do Estado no dever de fiscalizar e corrigir distorções, tornando-o litisconsorte com o fiscalizado, ou aperiis sujeito passivo na relação jurídico-processual.

8. OS MEIOS DE DEFESA

Também buscando atender momento de consciência coletiva a que nos referimos anteriormente, o legislador constituinte ampliou instrumentos de ação pública como a ação popular, que agora pode se dirigir 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 (art 5º, LXXIII).

Ampliou o campo da ação civil pública, que agora protege não apenas o meio ambiente, o consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, mas o patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos em sua aceção mais ampla (art. 129, III).

Note-se que a ação civil tem objeto tão amplo quanto a popular, que se refere à moralidade administrativa com o controle da legalidade a quem nos referimos, tendo aquela por escopo proteger o patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos. Legitimação mais ampla creio ser impossível, inclusive por vir deferida em nível constitucional.

9. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

No campo da atividade administrativa, pode o Ministério Público conveniar-se a fundações ou entidades públicas ou privadas de proteção de interesses públicos, buscando o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

Recentemente, em exercício na curadoria do meio ambiente da comarca de São Pedro d'Aldeia, celebrei convênio com a Fundação Secretaria de Rios e Lagoas do Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura Municipal, de forma a somar esforços e agilizar a proteção ao meio ambiente, já que o ataque ambiental é muito mais rápido do que as ações judiciais. Os resultados têm sido satisfatórios, pois estamos resolvendo os inquéritos civis com um contraditório entre o Estado e a Municipalidade e, após o arquivamento ou não pelo curador, submetendo-o ao Conselho Superior como determina a lei (art. 99, § 4º).

Nos ataques que envolvem atos de particulares, o Estado e a Municipalidade tomam as medidas técnicas e operacionais e após restaurado o equilíbrio ambiental serão ajuizadas as ações buscando dos responsáveis o ressarcimento ao erário, já que tudo é documentado com levantamentos topográficos e exames

técnicos especializados, pois a ação civil pode ter por objeto a condenação em dinheiro.

Parece-me que esta forma de atuação pode ser de extrema eficácia, principalmente na proteção ao meio ambiente, que não pode ficar esperando uma decisão lenta do Poder Judiciário, pois a especulação imobiliária e a atividade industrial são de uma rapidez impressionante, e quanto mais lenta a ação do Estado maior será o dano e mais difícil sua reparação.

10. A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MANDATO DE SEGURANÇA PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL

Por toda esta finalidade abordada ao longo do texto, não poderíamos deixar de lembrar que pela própria natureza do Parquet, colocada em nível constitucional, está ele legitimado a fazer uso do mandamus para atacar atos de ilegalidade ou abuso de poder, desde que o interesse a proteger seja público. Poderia argumentar-se que a ação civil já serve a este escopo, mas é de se notar que a mesma é ação de conhecimento, de rito vagaroso, e quando indeferida a pretensão liminar as conseqüências são muitas vezes trágicas com a perpetração do dano ou do abuso, e, como veremos, ela não esgota todo o campo de atuação do Ministério Público.

Sabemos que muitas vezes a atuação do Estado é obstada por interesses políticos ou outros menores, no seu dever de atuar em prol do interesse público, e que a ilegalidade pode se apresentar ou por ação contrária à lei, ou por omissão no dever jurídico de agir em prol do interesse coletivo. Nessas hipóteses de subsunção dos fatos do mandamento legal, como é próprio do writ, deve o Ministério Público pedir segurança ao Judiciário.

Para interpretar-se a lei é necessária a análise de seus elementos sistemático, gramatical, lógico teleológico, histórico e

sociológico, de forma a concluir-se se a aplicação do preceito deve ser ampla ou restrita.⁸

Do elemento sistemático do texto da Lei Maior podemos tirar as seguintes ilações: a regra do art 5º, LXIX, é genérica e apresenta o mandato de segurança para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Não se limita a sua legitimação como se faz com o mandado de segurança coletivo, que só é deferido a partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados. Assim, a Constituição da República o coloca como ação genérica contra a ilegalidade. Inclusive, a colocação do habeas corpus, de natureza semelhante e do qual sempre fez uso o Ministério Público para atacar a ilegalidade no processo penal, que atinge a liberdade de ir e vir, reforça a assertiva.

O art. 129, em seu inciso III, dirige a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e, antes, no inciso II, determina que cabe ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Desta forma, as relações com o Estado têm acepção mais ampla, dirigindo-se a assegurar todos os direitos garantidos na Carta Magna.

⁸ RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil, v. 1, p. 133 et seq. Também SAVIGNY. Sistema, v. 1, p.221 et seq.

Dentre eles podemos destacar, por exemplo:

a) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art 225);

b) a observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade na atividade do Estado e demais órgãos da administração direta ou fundacional (art 37);

c) todos os direitos e garantias fundamentais expressos no Título II;

d) as limitações do Poder de Tributar expressos pelos princípios da reserva legal (art. 150, I); da isonomia (inc. II); da irretroatividade (inc. III, a); da anterioridade (inc. III, b); da utilização do tributo com efeito de confisco (inc. IV); da liberdade de trânsito (inc. V); e o da capacidade contribuliva (art. 145). Enfim, em todas as hipóteses onde haja atuação do Estado de forma comissiva ou omissiva, que contrarie de forma direta os direitos garantidos, atentando contra a democracia e a ordem jurídica.

O elemento lógico ou teleológico não deixa dúvida de que a intenção do constituinte é dar ao Ministério Público ampla responsabilidade por todos os princípios democráticos como referimos anteriormente, tendo inclusive dotado-o de autonomia funcional, administrativa e financeira (arts. 125, § 2º, e 128, § 5º).

O gramatical, quanto fala em zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, reforça este entendimento.

Os elementos histórico e sociológico, pelos motivos apontados na introdução do texto, revelam que nunca o Ministério Público foi reconhecido como quarta função essencial do Estado em toda a história da República brasileira, que o incumbiu da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desta forma, o espectro de ação do Ministério Público deve ter interpretação a mais ampla possível, vez que a legitimação que lhe é conferida é de natureza de poder constituinte originário, revelando a análise do Texto Magno, que esta não pode ser limitada pela legislação infraconstitucional.

Assim, toda ilegalidade ou abuso de poder que provenha direta ou indiretamente de atividade do Estado pode ser atacada pelo Ministério Público por meio de mandado de segurança.

São as hipóteses de atividades concedidas, dependentes de licença ou permissão, ou mesmo as conseqüências de dever jurídico imposto ao Estado de obrigação de agir ou não.⁹

Assim, revelada a ilegalidade que atenta contra o interesse difuso, cabe ao Ministério Público pedir segurança contra o ato ilegal.⁽⁴⁾

11. O INTERESSE DIFUSO E A SENTENÇA COMO ATO E COMO FATO JURÍDICO

Poderia argumentar-se, que o mandato de segurança não atingiria a finalidade de estender os efeitos da coisa julgada a todos os integrantes da coletividade. Como sabemos, apenas o mandado de segurança coletivo possibilita esta situação, já que

⁹ Sobre o conceito de dever jurídico vala a pena ver TORNAGHI. Hélio. A relação processual penal., p. 58.

⁽⁴⁾ Já estavam escritas essas linhas e divulgado o trabalho, quando tive a felicidade de ser surpeendido com a Lei 8.625, de 12/2/93, que, em seu art. 32, conferiu expressamente a legitimidade para o mandado de segurança ao Ministério Público. Eis o seu teor:

“Além de vós funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

I - impetrar habeas corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes.”

defere esses efeitos a todos os que integram aquela comunidade ou associação. Nesses termos, o inciso LXX do art 5º da CR, onde a legitimação é conferida a partido político com representação no Congresso Nacional, e a organização sindical, entidade de classe, ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados. E, como vimos, esses efeitos só são expressos para a defesa do consumidor em juízo (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

Ocorre que a ilegalidade de uma licença ou concessão de serviço público não precisa atingir diretamente a cada cidadão, já que apenas a existência da ilegalidade, mesmo que indiretamente, prejudica a todos.

A sentença tem duas formas de se apresentar no mundo jurídico produzindo seus efeitos. Ou é expressão concreta da vontade do Estado nos limites do pedido, e desta forma é um ato jurídico que atinge somente as partes que controvertem sobre a pretensão do autor. Ou pode ter efeitos como fato jurídico, com reflexos para todos os integrantes da coletividade jurídica que de fato podem sofrer os efeitos daquela decisão.

Hélio Tornaghi, em suas Instituições de Processo Penal, aponta que já no século passado Adolf Wach se referia aos efeitos da sentença como fato, ao tratar da intervenção de terceiros (*Thatbestandswirkung des Urtheils*) no seu *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*¹⁰ (observada a ortografia da época).¹¹

Toda a doutrina alemã posterior estudou os efeitos reflexos ou colaterais da sentença.

Nesse sentido a regra dos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil não dá margem a dúvidas:

¹⁰ § 55, p. 626.

¹¹ WACH, Adolf. Op. Cit., v.4, p. 353

“A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites do pedido e das questões decididas.

A sentença faz coisa julgada às partes entre as atuais é dada não beneficiamento ou prejudicando a terceiros”...

Mas, como referimos anteriormente, nas hipóteses de interesses difusos, a declaração da ilegalidade pelo Judiciário atinge toda a coletividade como um fato jurídico, fazendo o que denominamos efeitos erga omnes de fato, pois, pela natureza do direito, não há necessidade de efeitos como ato, já que o interesse difuso atinge toda a coletividade.

12. A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é instituto novo no ordenamento pátrio (art. 5º, LXXI), destinado a dar auto-aplicabilidade às normas garantidoras dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Estão elas expressas nos arts. 5º a 11 (direitos e liberdades constitucionais); e das prerrogativas inerentes: à nacionalidade (art. 12); à soberania (arts. 14 a 16); à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

A doutrina tem afirmado a natureza de remédio de equidade para evitar a existência de lesão para a qual não haja outro remédio jurídico.

Hélio Tornaghi, em trabalho publicado na Revista do Processo n. 56, afirma que o mandado de injunção surgiu no direito brasileiro pela mesma razão que provocou na Inglaterra o aparecimento do Writ of injunction.

Ensina o mestre: “Aqui como lá, o sentimento de equidade não tolera a existência de lesão para a qual não haja remédio jurídico (Equity does not suffer a wrong to be without a remedy).¹²

¹² TORNAGHI, Hélio. Artigo publicado na Revista de Processo n. 56, p. 37

Conclui que, “quando não houver norma regulamentadora, funcionará a jurisdição de equidade: o Judiciário aplicará a norma que ele próprio estabeleceria se tosse legislador.”¹³

No mesmo sentido é a conclusão do Professor José Carlos Barbosa Moreira, ao abordar o tema na mesma revista:

“Penso que por meio dele se pode pleitear e, eventualmente, conseguir que o Poder Judiciário, pelo seu órgão competente, primeiro formule a regra que complementa, que supra aquela lacuna do ordenamento; e, em seguida, sem solução de continuidade, esse mesmo órgão aplique a norma ao caso concreto do impetrante, isto é, profira uma decisão capaz de tutelar, em concreto, aquele direito, aquela liberdade constitucional ou aquela prerrogativa inerente à cidadania, à nacionalidade ou à soberania, mediante, p. ex., uma ordem de fazer ou de não fazer”.¹⁴

O Supremo Tribunal Federal, até o ano passado, entendia, com base em parecer do Procurador-Geral da República, Dr. Sepúlveda Pertence, que o mandado de injunção se equiparava à ação de inconstitucionalidade por omissão, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes expresso no art. 2º da Constituição.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal deu um passo adiante. Entendeu aquela corte constitucional que, fixado prazo para que o Congresso editasse a norma viabilizadora do direito assegurado, o Poder Judiciário a fixaria se o Poder Legislativo não o fizesse. Eis parte do julgamento ainda não publicado em acórdão (MI 232-1-RJ): no mérito, o Tribunal, por maioria, conheceu em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote

¹³ Idem, p. 42.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Artigo publicado na Revista de Processo n. 56, p. 115.

as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida, vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que deferiam em termos diversos.¹⁵

Assim, desde que a norma regulamentadora ou a lei se refira a interesse difuso, sendo o direito inviabilizado daqueles que fazem coisa julgada erga omnes de fato, está o Ministério Público legitimado a agir.

No que respeita à tutela dos interesses difusos, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu, expressamente, a possibilidade de o Ministério Público pedir a injunção (art. 201, IX), o que reforça o entendimento de que a legitimação constitucional deferida ao Ministério Público o autoriza a fazer o uso do remédio jurídico para a tutela de outros interesses difusos que estejam sendo afetados pela ausência de norma regulamentadora.

Os efeitos de fato da coisa julgada ocorrem como referido no item anterior, uma vez que é direito de todos, indistintamente, o respeito à lei e aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

12.1 O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Inviabilizando de forma transversa a utilização de tão importante instituto, que se dirige, como vimos, a efetivar o exercício de direitos que consubstanciam valores basilares de um Estado Democrático, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que a competência para o conhecimento da injunção lhes é privativa.

¹⁵ MI 232/1- RJ, DJU de 16/8/91.

Recentemente, o Ministro Carlos Mário Velloso, que integrou o Superior e hoje está no Supremo, em conferência sobre a Nova Feição do Mandado de Injunção, reafirma esta tese, ao dizer que a competência da Justiça Federal é constitucional, e que a única possibilidade é as Constituições estaduais estabelecerem a competência para o julgamento de Mandado de Injunção aos órgãos do Poder Judiciário Estadual.¹⁶

Firma o entendimento, na redação do art. 105, I, h, que estabelece a competência dos mesmos órgãos para “julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta, indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.”

Entendo, e não estou sozinho nisso, que a competência do Superior, bem como a do Supremo, é residual para a hipótese de prerrogativa de função, e que, por conseqüência, a utilização do writ of injuction tem ampla possibilidade em toda a esfera da Justiça Federal, bem como na dos Estados-Membros, que podem disciplinar apenas a competência dos juízos onde houver mais de uma Vara, por suas leis de organização e divisão judiciária.

Reforça o entendimento a letra q do inciso I do art. 102, que, ao estabelecer a competência do Supremo, arrola casas de hipóteses claras de prerrogativas de função: “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”. Portanto, todos casos evidentes de prerrogativa de função.

¹⁶ RDP 100/173.

Seria inviabilizar o exercício pronto e eficaz de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, dependentes de norma regulamentadora, ou melhor, seria atentar contra a própria finalidade do instituto, idealizado pelo legislador constituinte para alcançar este escopo.

No mesmo sentido, Hélio Tornaghi:

“A competência para conhecer do pedido de Mandado de Injunção é definida pela Constituição da República (arts. 102, I, q e II, a; 105, I, h) quando há prerrogativa de função. E pelas leis ordinárias, especialmente as de organização judiciária, nos demais casos” (grifamos).¹⁷

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região concedeu mandado de injunção ex officio, para promover a regulamentação de preceito constitucional que assegura listagem especial para precatórios referentes a créditos alimentícios. Eis a ementa:

“Mandado de Segurança contra ato do Juiz.

I - Writ visando dar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto de decisão do Juiz que determinou a intimação do impetrante para pagamento da quantia exequenda em 24 horas.

II - Não há ilegalidade no ato, eis que a atual Constituição Federal, no art. 100, determina o pagamento de créditos de natureza alimentícia independentemente de rigorosa ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

III - Caberia à Autarquia, através de norma semelhante à do Governo de São Paulo, por ela mesma apontada, promover a regulamentação do preceito constitucional, determinando a elaboração de listagem especial para os precatórios referentes a créditos alimentícios. Não o fazendo, está tornando inviável o

¹⁷ TORNAGHI, Hélio. Artigo na Revista de Processo n. 56, p. 47.

exercício de direito constitucional, cabendo a concessão ex officio de mandado de injunção para restabelecimento do direito lesado, sendo competente a autoridade apontada como coatora-inteligência dos arts. 5º, LXXI; 105, I, h e 109, I, da Constituição Federal.

IV - Segurança denegada.”¹⁸

13. CONCLUSÃO

1. A Constituição da República de 1988, legitimou o Ministério Público a fazer uso de qualquer ação presente no ordenamento jurídico brasileiro, para a defesa de direitos subjetivos públicos nela assegurados e que expressem interesses difusos por esta natureza. Esta legitimação ocorre, conforme as hipóteses do quadro anexo, havendo possibilidade de legitimação para tutela de interesse coletivo, quando faltar previsão infraconstitucional.

2. Também pode celebrar convênios e contratos para tomar medidas administrativas, dentro de suas atribuições, a fim de consertar distorções na atividade estatal (art. 129, II, III, IV, VII, VIII e IX - genérica).

3. Toda a ação de interesse difuso proposta pelo Parquet tem efeito erga omnes de fato pela natureza do direito que visa a assegurar.

4. Na hipótese de não-acóihimento da pretensão do Ministério Público para defesa de interesses difusos, a decisão deve ter as mesmas conseqüências do art. 103 e inciso I do Código do Consumidor já referido, aqui aplicado por analogia, pois onde há a mesma razão de decidir deve ser aplicado o mesmo preceito. *Ubi eadem ratio ibi idem ius.*

¹⁸ MI 89.02.13282-0 RJ, Rel.: Desembargador Federal Henry Bianor Chalu Barbosa, j. em 27/8/1990.