

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

LUIZ RENATO TOPAN

Promotor de Justiça em Minas Gerais

1. Introdução — 2. O Ministério Público na defesa do Meio Ambiente: 2.1 Fase pré-processual — 2.2 Fase judicial — 3. Abrangência do objeto da Ação Civil Pública — 4. Novas perspectivas da Ação Civil Pública — 5. Ação Civil Pública e Ato Administrativo — 6. Correção dos atos administrativos ilícitos — 7. Ação Civil Pública e omissão da Administração Pública — Poder discricionário — 8. Poder geral de cautela — 9. Conclusão.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho, resta estampado, ao menos de modo genérico, em seu título. No curso da exposição, procuraremos introduzir o Leitor no tema, por meio de uma rápida digressão sobre o papel do Ministério Público na defesa do ambiente, bem como sobre seu principal instrumento, a Ação Civil Pública. Neste momento, atingiremos a *magna quaestio*, ou seja, o debate sobre *os meios de modificação e adequação da tutela jurisdicional através do exercício da Ação Civil Pública pelo "Parquet"*; *principalmente no que tange ao controle dos atos administrativos*.

O debate do tema é fundamental, pois, estando o Poder Público obrigado constitucionalmente a velar pela qualidade de vida do cidadão, surge a necessidade de formas de controle desta atuação, figurando o Ministério Público como o principal agente catalisador deste sistema de *checks and balances*.

Para atingirmos este escopo, é preciso estarmos abertos a novos caminhos; há que se interpretar nosso Direito Positivo em acordo com sua verdadeira *mens*, adequada à realidade social, que é o fundamento de toda e qualquer norma, levando ao natural caminho evolutivo que o Direito, como ramo das ciências humanas, deve necessariamente percorrer.

Urge, uma postura de nossos hemeneutas, frente a atual dinâmica social, pois, o profissional do direito é um homem de seu tempo. Ficar

encastelado em conceitos já cristalizados é distanciar o direito de seu criador: o povo, desfigurando a mais fundamental base do Estado Democrático.

Face a esta inegável situação, não se pode interpretar o direito processual de modo a obstaculizar a defesa da sociedade, não se concebe imaginar um formalismo exacerbado em detrimento da questão de fundo, pois, quando tratamos de interesses difusos, carregados de alta densidade social, há uma singular mobilidade para o intérprete, possibilitando ao Jurista buscar uma efetiva tutela da comunidade.

Devemos nos libertar dos grilhões impostos pelo pensamento liberal-individualista pós-revolução francesa, condizente apenas com a solução de conflitos interindividuais, porém, anacrônicos para tratar dos nominados conflitos meta-individuais, envolvendo interesses difusos.

Nesta linha o mestre Cândido Rangel Dinamarco, com o brilhantismo peculiar, doutrina que “É tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas, isolada e insensível à realidade do mundo em que deva estar inserida.”

Continua a lição afirmando “Definidas as linhas do instrumentalismo processual e o sentido vetorial da pressão sofrida pela agilização do sistema como algo destinado a pacificar pessoas, é preciso agora traduzir tudo isso em resultados práticos; preciso, em outras palavras, retornar à dogmática processual, agora com o espírito esclarecido pela visão dos objetivos a conquistar” (in *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 9/12, Ed. RT, 2.^a ed.).

Com o intuito ressaltado, passaremos à exposição.

2. O Ministério Público na defesa do Meio Ambiente

Nas origens do Estado Liberal, as leis fundamentais consolidaram os direitos do indivíduo como limitação ao poder absoluto do Estado. Em fase sucessiva, pela crescente complexificação das relações sociais, o mundo jurídico passa a reconhecer *direitos sociais*, que não são mais aqueles subjetivos propriamente ditos. Este processo se acelera com a industrialização, que a partir do Século XIX, aprofundou as desigualdades geradas pelo conflito entre o Capital e o Trabalho, atribuindo ao Poder Público novas obrigações positivas de garantir, além da igualdade formal (isonomia), a igualdade real entre cidadãos; nasce o chamado *Welfare State*.

Como conseqüência deste desenvolvimento econômico e da política intervencionista do Estado, surgem conflitos de natureza diversa daqueles em que o abuso do poder na economia e a força da ação estatal atingem direitos subjetivos de titulares determinados.

Estes novos conflitos transcendem as relações interindividuais, convertendo-se em lesões meta-individuais, ofendendo direitos da comunidade como um todo, nos chamados interesses difusos e coletivos.

Mauro Cappelletti afirma com maestria que “a questão social está na base dos interesses difusos. Só a partir daí se podem compreender os aspectos propriamente jurídicos. Acima de tudo compreendendo o problema social e a sua nova, mas já enorme e crescente importância na sociedade contemporânea.” (“Tutela dos Interesses Difusos”, in *Rev. MPRS*, n. 18, 1/30).

Por esta caracterização, os interesses difusos ligados ao meio ambiente, adentram na esfera do dever-poder do Ministério Público de proteger, através do *inquérito civil e da ação civil pública*, a comunidade em seus mais caros direitos (art. 129, III, CF).

2.1 Fase pré-processual

O Ministério Público, nas suas atribuições de proteção aos interesses difusos, *in specie*, meio ambiente, é titular exclusivo de um instrumento de colheita e análise de elementos, tendentes a formar a convicção de seu órgão de execução para a propositura da ação civil pública — o *Inquérito Civil*, *ex vi* do art. 8.º, Lei 7.347/85 e art. 129, III, da CF.

Este, também chamado por alguns autores de *procedimento administrativo preliminar* (Ada Pellegrini Grinover, “Ações Coletivas...”, *Seleções Jurídicas, ADV*, p. 3, fev./1986), configura-se de fundamental importância para o MP, pois, *possibilita, pelos sistemas criados para garantir-lhe eficácia* (art. 8.º, § 1.º — poder de requisição; art. 7.º — dever de informar; art. 10 — criminalização), *uma efetiva investigação*. Conforme leciona Édis Milaré, “Saindo dos corredores apertados da prova, e passando a ter o domínio dos fatos” (*A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*, p. 19, Saraiva, São Paulo, 1990).

É por isso, *instrumento de caráter pedagógico* (o aspecto intimidativo muitas vezes obstaculiza o iminente dano *de per se*), *preventivo e reparatório* (recolhe elementos para a Ação Civil Pública e permite a utilização do *compromisso de ajustamento de conduta*, art. 5.º, § 6.º, Lei 7.347/85).

Na tutela do meio ambiente, configura-se elementar, pois, *é a sede para o repositório dos fatos*, aptos a gerar a *actio*, buscando o provimento jurisdicional para resguardar estes interesses.

2.2 Fase judicial

Formada a convicção do órgão de execução do MP, de que *ocorreu* ou *ocorrerá* (possibilidade e probabilidade objetivamente presentes) lesão a certos interesses difusos, este deverá (poder-dever) usar a denominada *Ação Civil Pública* como instrumento próprio a buscar a tutela jurisdic-

cional apta a protegê-los (hoje, regulada na Lei 7.347/85 e CF, art. 129, III).

O Ministério Público figura como órgão agente, legitimado extraordinariamente, ou seja, é substituto processual, postulando em nome próprio direito alheio (interesses difusos), na linguagem *chiovendiana*.

Para Édis Milaré, a Ação Civil Pública configura-se como “o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função judicial” (ob. cit., p. 6).

Para o Ministério Público além deste direito há o dever, o *poder-dever* de proteger os citados interesses.

Conclui-se, que convencendo-se o órgão de execução do MP da ocorrência de dano ou sua iminência (justa causa para a *actio*), a um interesse da comunidade, possui o instrumento processual próprio da *Ação Civil Pública* para protegê-lo.

3. Abrangência do objeto da Ação Civil Pública

Conforme é notório, a ação possui, entre seus elementos identificadores, o *pedido* (ao lado da causa de pedir e das partes, art. 301, § 2.º, CPC).

Leciona Humberto Theodoro Júnior, que “o núcleo da petição inicial é o pedido, que exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu” (*Curso de Direito Processual Civil*, I/386, 4.ª ed.).

Ou seja, *pedido é o objeto da ação*. Neste passo, desdobra-se o pedido em dois objetos, quais sejam: objeto imediato e objeto mediato. Sendo aquele, segundo José Carlos Barbosa Moreira, “a providência jurisdicional solicitada (ex.: a condenação do réu ao pagamento de X)”. Continuando a lição conceitua “. . . objeto mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio desta providência (ex.: a importância X).” (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 12, 6.ª ed.).

No caso da Ação Civil Pública, houve uma evolução legislativa, no que tange a abrangência, de seu objeto imediato, a qual analisaremos de modo perfunctório.

Com o advento da Lei 6.938/81, possibilitou-se ao Ministério Público pleitear em Juízo na defesa do meio ambiente (art. 14, § 1.º). Neste momento, fixava-se a Ação Civil Pública, porém, com limitação em seu objeto mediato. Só poderia buscar o “bem da vida” meio ambiente. Quanto ao objeto imediato, nada se bitolou.

Surgindo a Lei 7.347/85, seu art. 3.º, preceituou “A Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Notadamente trata do objeto imediato.

Com este comando legal, surgem algumas interpretações tendentes a limitar o objeto imediato da *Ação Civil Pública*, pois, o referido artigo só previu *tutela cognitiva condenatória*.

Obviamente, tal posicionamento era despido de fundamento, pois, a própria Lei 7.347/85 previa tutela cautelar (art. 5.º) e executiva (art. 15), não sendo razoável, que a tutela de conhecimento ficasse amputada dos objetos constitutivo e declaratório.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, encerrou-se o problema, pois, esta em seu art. 129, inc. III, normatizou:

“Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

(...);

III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público, social, do meio ambiente...”.

Nota-se que a Ação Civil Pública ambiental foi guindada ao patamar constitucional sem limitações, ou seja, a Constituição Federal acatou a Ação Civil Pública com abrangência total de objeto imediato, podendo o Ministério Público buscar toda e qualquer tutela jurisdicional para a defesa do meio ambiente.

Corroborando esta posição, veio o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que em seu art. 117, mandou acrescentar à Lei 7.347/85 o art. 21, com o seguinte teor: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que institui o Código de Defesa do Consumidor.”

Por sua vez, neste título, preceitua-se no art. 83 que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Conclui-se, que o *Parquet* possui um eficaz instrumento para a defesa do meio ambiente: a Ação Civil Pública. Principalmente, por ter nesta nomenclatura uma infinita gama de processos e procedimentos aptos a buscar a justiça ambiental. Ou seja, *sob o manto da Ação Civil Pública, o Ministério Público pode utilizar processos cognitivo* (condenatório, constitutivo e declaratório), *executivo e cautelar, em todas as suas formas procedimentais*, desde que capazes de propiciar a adequada tutela ao meio ambiente.

4. Novas perspectivas da Ação Civil Pública

Dentro desta perspectiva ampla da Ação Civil Pública, o Ministério Público tem exercido visceral função de busca da evolução das tutelas jurisdicionais adequadas à efetiva proteção ao meio ambiente. Utilizando várias formas de processo e procedimento o *Parquet* tem obtido provimentos que melhor se amoldam à defesa social. Entre outros, destacam-se a Ação Civil Pública de cunho possessório e a que objetiva atividade corretiva dos atos administrativos. Esta última pertine ao trabalho proposto.

5. Ação Civil Pública e Ato Administrativo

A Constituição Federal, em seu art. 23, VI preceitua:

“Art. 23 — É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I — (*omissis*);

VI — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.”

Em consonância, seu art. 225, complementa:

“Art. 225 — Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao *Poder Público* e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Paulo Affonso Leme Machado, leciona que “A Constituição de 1988 muda profundamente o sistema de competências ambientais. (...) Houve equilíbrio na posição dos constituintes. Não se permite mais que a União tente concentrar ou concentre os poderes de sanções às empresas poluidoras...” (*Direito Ambiental Brasileiro*, p. 23, 3.^a ed.).

Nota-se, que o Poder Público, em todas as suas esferas, recebe expressão e claramente o *poder-dever* de defender o meio ambiente.

Este poder-dever, é exercido, como toda exteriorização da Administração Pública, através de *atos administrativos*, que no dizer do saudoso Hely Lopes Meirelles, “é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 126, 14.^a ed.).

Surge a questão, *pode o Ministério Público influir, através da Ação Civil Pública, neste poder-dever, ou seja, buscar a revisão dos atos administrativos lesivos ao meio ambiente e mais, obrigar o Poder Público a praticar certos atos necessários à preservação da qualidade de vida?*

Neste passo, surge o Ministério Público, que, através do instrumento processual da Ação Civil Pública, pode contestar os atos da Administração Pública, seja corrigindo atos já perpetrados, seja buscando sanar a omissão desta na busca do bem-estar público.

6. Correção de atos administrativos ilícitos

Logicamente, que se houver qualquer vício em um ato administrativo vinculado (que pode se configurar por incompetência; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos ou desvio de finalidade), que resulte em lesão ao meio ambiente ou iminência desta, o *Parquet* pode

intentar Ação Civil Pública buscando *tutela cognitiva*, objetivando a anulação deste ato. Situação que não comporta maior discussão.

Caso interessante surge, em face da possibilidade do Ministério Público contestar atos discricionários. O MP poderá levar a Juízo a Administração Pública no escopo de rever seus atos discricionários?

De início, cumpre diferenciar que espécie de ato está a se produzir.

Sabemos, que os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários. Diógenes Gasparini, professa “A vinculação ou atuação vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto (...) ao passo que discricionários são os atos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve” (*Direito Administrativo*, p. 79).

Ou seja, nos atos vinculados a Administração tem fixados todos os seus elementos (competência, forma, objeto, motivo, finalidade, v.g. art. 2.º, *caput*, Lei 4.717/65), ao passo que nos atos discricionários, existe parcela de liberdade ao agente. É o denominado *mérito administrativo*, que engloba o *juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo*.

Porém, *discricionariedade não significa arbitrariedade*. A opção da Administração, restringe-se basicamente ao objeto do ato, restando vinculados elementos como forma, competência e finalidade.

Neste sentido a declaração de voto do Des. Seabra Fagundes: “a competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela” (*RDA* 14/52).

Corroborando, podemos citar Araújo Cintra, que afirma “Se a regra legal determina que a Administração Pública faça alguma coisa e ela faz, estará agindo na conformidade com a lei; se diferentemente, a regra legal apenas permite que a Administração faça alguma coisa, cabe-lhe ponderar se à vista do interesse público, é conveniente fazê-lo, de modo que, quer faça, quer não, seu procedimento será conforme à lei, na medida em que não se verifique desvio da finalidade requerida no caso.” (*Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 44, Ed. RT).

Ou seja, no ato discricionário a Administração tem opções, porém, estas restringem-se à busca da que melhor atinja a finalidade pública almejada. Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello “. . . resulta certo que a liberdade administrativa, acaso conferida por uma norma de direito, não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, como as do Direito Privado. Significa o dever jurídico funcional — questão de legitimidade e não de mérito — de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência, isto é, o ato, ideal, capaz de atingir a finalidade da lei, dando assim, satisfação ao interesse de terceiros — interesse coletivo e não do agente — tal como firmado na lei.” (“Poder Discricionário”, in *RDP* 76/108, 1985).

Em certos casos, a lei não descreve expressamente e de forma abstrata a conduta a ser perpetrada pelo agente; porém, ainda neste caso a averl-

guação dos pressupostos envolve *vinculação e não discricionariedade*, pois, o agente deverá se valer de critérios extraídos do contexto fático, ou seja, da realidade empírica, critério puramente objetivo. Como salienta André Gonçalves Pereira “a existência ou a inexistência de um fato não comporta variabilidade de resposta” (in *Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, Ed. Ática, p. 266). Portanto, restam estes atos na categoria dos vinculados, sendo pacífica a possibilidade da correção judicial, a ser provocada pelo Ministério Público.

Ocorre sim, discricionariedade quando os agentes, de modo prévio, escolham os fatos que servirão de base ao ato administrativo a ser produzido.

Nestes casos, há discricionariedade na opção dos motivos, porém, após a sua escolha passamos a ter a *vinculação aos motivos escolhidos* (teoria da vinculação dos motivos determinantes).

Verificando-se a inexistência dos motivos indicados ou sua inadequada qualificação, abre-se ensejo a sua invalidação.

Inequivocamente, não são alforriados do controle judicial os atos baseados em motivos inexistentes (verificação vinculada) ou erroneamente qualificados (verificação discricionária).

Arreta com brilhantismo a questão Luciano Ferreira Leite, ao afirmar “Há, portanto, controle de legalidade tanto no exame dos pressupostos legais como no exame dos pressupostos de fato e na qualificação destes pelos agentes. No primeiro caso — exame dos pressupostos abstratamente descritos na norma — o controle traduzirá atividade vinculada se os pressupostos advierem da realidade empírica; ou atividade decorrente de faculdades discricionárias se os pressupostos forem extraídos do mundo dos valores ou de conceitos imprecisos. No segundo caso — exame dos pressupostos de fato, o controle advirá de vinculação na medida em que os fatos se fundam na realidade empírica. No terceiro caso, em que o agente escolhe os fatos que servirão de pressuposto para a emanção do ato, tratar-se-á de controle segundo faculdades discricionárias” (in *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, Ed. RT, p. 59).

Nesta direção, caminham em consonância a doutrina e jurisprudência de vanguarda.

Já em finais do Século passado, Ruy Barbosa assinalava “se a autoridade invoca uma atribuição inexistente ou exorbita de uma atribuição existente, embora discricionária dentro de seus limites, não pode a justiça recusar socorro legal ao direito do indivíduo ou do Estado, que para ela apelar” (“Comentários à Constituição Brasileira”, coligidos por Homero Pires, v. IV, p. 44, in *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, p. 70, Luciano Ferreira Leite).

No mesmo sentido O. A. Bandeira de Mello: “. . . os atos discricionários se sujeitam à apreciação do Judiciário, para se verificar se existiu, na sua prática, abuso de direito” (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. 1.º, p. 423, in ob. cit.).

Arrematando a questão, Themístocles Cavalcanti assenta que "...se a prova não conduzir a uma justificação do ato, haverá uma ilegalidade substancial do ato, caracterizada ou pela deformação da capacidade julgadora ou pelo excesso de poder e arbítrio na apreciação dessa prova" (*Teoria dos Atos Administrativos*, p. 128).

Em sede jurisprudencial, vale citar decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se afirma: "...tal poder (discricionário) é justificado pela impossibilidade de enquadrar nas previsões da lei a variedade infinita e indefinida das situações concretas que sobrevenham a provocar a intervenção administrativa, não estando essa atividade imune ao controle judicial" (*RJT/SP 17/302*). No mesmo sentido *RJT/SP 29/262*.

Com a evolução da ciência jurídica, coloca-se a discricionariedade no lugar devido, derrubando-se o dogma de núcleo incontestável, apenas pertinente ao agente público titular do poder. Devendo, se sujeitar aos princípios básicos da Administração, pois, figura não como simples poder, potestade, mas sim, como *poder-dever*, sendo bitolado pela obediência ao Estado de Direito e sempre na busca da finalidade pública ideal.

Diomar Ackel Filho, arremata a questão ao afirmar: "Não é, pois, o administrador o alvitrante discricionário do que é e do que não é bem público, razão pela qual deve pautar a sua ação pelos princípios já acima estudados, que inspiram o bem comum, além de sujeitar-se ao devido controle." ("*Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública*", in *RT 657/55*).

Visto portanto, que mesmo os atos administrativos discricionários podem sofrer influências pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), previstos na Constituição.

Assentada a possibilidade desta investida exógena no ato administrativo discricionário, podemos responder a indagação anteriormente feita (pode o Ministério Público levar a juízo a Administração Pública, no escopo de rever seus atos administrativos discricionários?)

Sim. O Ministério Público, conforme já vislumbrado, recebeu a função institucional de "...promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do (...) meio ambiente..." (art. 129, III, CF).

Conseqüentemente, possui como instrumento de provocação da jurisdição (princípio processual dispositivo — art. 282, CPC), a *Ação Civil Pública*, na qual figura com legitimado extraordinário, diga-se na espécie *substituto processual em linguagem chiovendiana*, postulando em nome próprio (Ministério Público) interesse alheio (patrimônio comunitário-meio ambiente).

Ora, como visto anteriormente, a Ação Civil Pública não possui limitação quanto ao seu objeto, seja imediato, seja mediato. Portanto, a Ação Civil Pública Ambiental (objeto mediato-meio ambiente) pode objetivar qualquer das formas de tutela jurisdicional, a saber: tutela cognitiva, seja declaratória, constitutiva ou condenatória; tutela de execução; tutela cautelar e até tutela mandamental (na classificação de Pontes de Miranda).

Detrai-se, que se um ato administrativo, vinculado ou discricionário, leva a um dano ao meio ambiente, ou sua iminência, o *Parquet* tem o poder-dever de buscar sua reparação ou prevenção. Para tanto, surgem duas opções.

Inicialmente, pode o Ministério Público, chamar o agente administrativo que perpetrou o ato, e através do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5.º, § 6.º, Lei 7.347/85) acordar sua invalidação, na espécie de anulação (Súmula do STF — Verbete 473). O que solucionará o conflito meta-individual de imediato.

Conforme lecionava Hely Lopes Meirelles, “A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos.” (*Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 14.ª ed., p. 184).

Vale ressaltar, que neste caso, analogicamente ao art. 9.º, § 1.º, Lei 7.347/85, deve o órgão de execução que perpetrou o compromisso remeter este ao *placet* do Conselho Superior do Ministério Público, havendo *in casu* verdadeira condição suspensiva da validade deste “acordo”.

Porém, se esta “conciliação prévia” não lograr êxito, não resta outra opção ao *Parquet* senão buscar a correção judicial do ato. *Através da Ação Civil Pública pleiteará tutela cognitiva, no escopo de anular o Ato Administrativo.*

Poderá, formular cumulação de pedidos, corroborando a anulação com a tutela cognitiva condenatória, seja com intuito reparatório (obrigação de fazer ou condenação em dinheiro — art. 3.º, Lei 7.347/85), seja preventivamente (obrigação de fazer e não fazer).

Urge alertar, ser prudente alinhar-se também uma cumulação eventual, no que tange a tutela reparatória, pleiteando-se (no caso concreto) a reparação *in natura*, porém, cumulando-se eventualmente o ressarcimento em pecúnia, na hipótese de impossibilidade técnica da reparação específica, surgida no curso da dilação probatória ou que não havia possibilidade de determinação no momento da propositura da ação.

Nota-se, que surgirão duas cumulações: a primeira simples (anulação do ato e tutela reparatória ou preventiva); e a segunda eventual (dentro da tutela reparatória: reparação *in natura* e perdas e danos).

A guisa de exemplo, imagine-se que o órgão ambiental estadual, ao qual cabe licenciar as atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, exigindo dos titulares destas atividades o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e conseqüente Relatório — EIA/RIMA. Esta exigência está expressa em lei, seja de âmbito constitucional, seja ordinário, nos níveis federal e estadual. Portanto, ao agente administrativo, cabe apenas verificar a ocorrência da hipótese legal (atividade potencialmente degradadora do meio ambiente), estando presente Ato Administrativo vinculado.

Se este órgão, contrariando todos os fatos, ou seja, a realidade empírica (v.g. provada por laudos técnicos), dispensar certa atividade de licenciamento, pode o Ministério Público, buscar a anulação deste ato através da Ação Civil Pública. *In casu*, deve-se pleitear a anulação, cumulada com a paralisação da atividade até a obtenção do licenciamento; bem como cumular-se a reparação dos danos eventualmente causados.

O mesmo se dará, na hipótese de um ato administrativo discricionário, em que ocorra algum vício de legitimidade ou legalidade (v.g. inexistência dos motivos determinantes; qualificação errônea dos motivos, etc...). O qual poderá ser anulado por iniciativa do Ministério Público, desde que este esteja lesando o patrimônio comunitário — meio ambiente — ou haja eminência da lesão. Sempre lembrando as cumulações de pedidos, com cunho preventivo e/ou reparatório.

7. Ação Civil Pública e omissão da Administração Pública — Poder discricionário

Outro caso interessante de ingerência do Ministério Público na administração, ocorre quanto à possibilidade de se obrigar a Administração Pública a perpetrar atos que tenham conteúdo discricionário.

A atividade administrativa, conforme antes analisado, pauta-se em vários momentos pela discricionariedade. Dentro deste poder, vislumbra-se o chamado mérito administrativo, que, em suma, engloba o juízo de *conveniência e oportunidade*. Vislumbra-se como exemplo a decisão do Poder Público em construir determinada passarela; a princípio só este poderá aquilatar se o momento é oportuno e conveniente para tal obra pública (juízo concreto de conveniência e oportunidade).

Porém, hodiernamente, podemos interpretar mais além, entendendo que se provadas por dados objetivos a conveniência e oportunidade, a Administração tem o dever de atuar. Se esta tem o dever de atuar, conseqüentemente o administrado tem o direito a esta atuação. Neste passo, surge o Ministério Público para, como substituto processual, defender o direito da comunidade.

Se em um local, existe uma travessia de via pública, perigosa para pedestres, onde objetivamente comprova-se um número *x* de atropelamentos diários, estão presentes oportunidade e conveniência na construção de uma passarela. Pode o *Parquet* ajuizar uma Ação Civil Pública para compelir que o Poder Público o faça.

Vale um alerta. Na hipótese cogitada, *trata-se de atuação do Poder Público que de regra envolve obras públicas*. O Estado trabalha vinculado a um orçamento. Portanto, quando se condena o Estado a atuar e esta atuação gera a necessidade de uma obra pública, deve-se perquirir, no momento procedimental próprio, se aquele ente estatal possui verba em seu orçamento compatível com tal atividade. Se existirem fundos próprios

e suficientes para a feitura da obra almejada, será o Poder Público condenado de imediato (logicamente dentro dos prazos técnicos do caso concreto) a realizá-la. Porém, se o orçamento daquele ano não comportar mais a magnitude desta obra, o ente estatal será inicialmente condenado a incluir no próximo orçamento verba específica, sendo em seqüência condenado à realização propriamente dita da obra.

Igual raciocínio se transfere à seara ambiental. Se provadas, por dados objetivos, a conveniência e oportunidade de alguma conduta comissiva da Administração Pública, que tenha ligação com a preservação do meio ambiente ou sua reparação, pode o Promotor intentar Ação Civil Pública para obrigar a administração a atuar.

Outra não é a lição de Diomar Ackel Filho: "...o que se traduz em carência de bem comum e obrigação do Poder Público, realidade social, assentada em dados objetivos, que pode ser avaliada pelo Poder Judiciário, sem que se constitua intromissão indébita em outro Poder, como já se viu, mas apenas controle externo da ação da Administração e da sua consoante à moralidade, bem comum, igualdade, justiça, racionalidade e proporcionalidade, princípios basilares de Direito Público" (in ob. cit., p. 58).

8. Poder geral de cautela

A Lei 7.347/85, ao regular a Ação Civil Pública Ambiental, previu expressamente a possibilidade de medidas cautelares, seja em relação jurídica processual própria, seja como fase procedimental da mesma relação processual (arts. 5.º e 12).

Conforme o art. 19 da citada lei, subsidiariamente aplica-se o CPC; que por sua vez carrega o denominado *poder geral de cautela do órgão jurisdicional* (art. 798). Este nada mais é do que a declaração da amplitude do poder de polícia do Juiz aplicado ao processo, para garantir a utilidade e eficácia desta relação jurídica.

Humberto Theodoro Júnior, leciona que "Com esse dispositivo o novo Código realçou a existência de um poder geral de cautela conferido ao Juiz, poder esse que já se admitia implicitamente no art. 675 do Código revogado, mas que a Jurisprudência relutava em admitir em toda sua extensão" (in *Processo Cautelar*, p. 99, 6.ª ed.).

In casu, pode-se necessitar de um provimento assecuratório para garantir que a tutela jurisdicional da Ação Civil Pública principal seja útil e eficaz. À guisa de exemplo, em Ação Civil Pública que se pretenda a anulação de Ato Administrativo que dispensou o licenciamento de certa atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, pode ser necessária a imediata paralisação das atividades sob pena da ocorrência de danos ambientais irreversíveis. Nesta hipótese, deve-se pleitear Medida Cautelar visando a suspensão imediata dos efeitos do Ato Administrativo,

levando à paralisação da atividade degradadora. Podendo, como visto anteriormente, pleitear-se em processo distinto ou como Medida Liminar da ação cognitiva.

9. Conclusão

Nota-se, que, se em determinado momento da história das civilizações surgiu a necessidade de um instrumento, apto a limitar os poderes estatais e dos próprios indivíduos — a Constituição — em outro momento, o da nossa civilização, aparece a necessidade de um instrumento a garantir a própria Constituição; nasce, do anseio popular, o novo Ministério Público.

Dentro desta perspectiva de defesa social, cabe ao *Parquet* a defesa do meio ambiente. Ora, congerindo-se um dever a uma instituição, necessária a correlata atribuição de um poder. Este poder, não pode sofrer limitação interpretativa, sob pena de darmos ao povo uma proteção e retirarmos no instante seguinte, ou seja, criarmos um “defensor”, mas, esvaziarmos suas “armas”.

Assim, além de buscar a prevenção e reparação frente aos degradadores da iniciativa privada, deve o Ministério Público ficar atento aos atos da Administração, que tenham relação com a qualidade de vida da comunidade, procurando ser o guardião de uma atividade escorreita e sempre no objetivo do bem comum e dos princípios basilares da Administração Pública. Ou seja, *exercer seu poder-dever em sua plenitude, buscando a proteção do cidadão e do patrimônio comunitário.*

Desconhecer este poder é caminhar em descompasso com a evolução social e institucional brasileira; é utilizar-se de uma interpretação assistemática, anacrônica e desvirtuada da vontade que o povo estampou na lei, retirando-lhe a proteção que sonhou e concretizou na sua expressão maior: a *Constituição Federal*.

Como leciona Caio Mário da Silva Pereira: “A ciência jurídica deve dobrar-se às exigências da vida, amoldando-se a norma aos fatos novos”.

Continua o mestre: “A norma jurídica é votada com uma finalidade social; logo a sua interpretação deve ser dominada pela pesquisa daquele objetivo” (*Instituições*, v. I, 8.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 143).

E como Erich Danz lecionava: “A vida não está a serviço dos conceitos, mas sim estes ao serviço da vida. É preciso atender, não ao que ordena a lógica, mas sim ao que exige a vida, a sociedade, o sentimento jurídico, tanto quanto seja necessário, segundo a lógica, como quando seja logicamente impossível.” (*A Interpretação dos Negócios Jurídicos*, p. 127).

Enfim, furtar este poder-dever do *Parquet* é desconhecê-lo profundamente, seja sob o aspecto histórico, seja sob o aspecto constitucional. E por final vale o testemunho do Prof. Antônio Cláudio da Costa Machado: “O Ministério Público não é, nada mais, nada menos do que tudo isso,

um ente eminentemente social, a princípio pré-jurídico, mas que sempre transcendeu os limites do direito positivo, e por isso se desenvolveu tanto, sendo hoje parte do próprio Estado para a concretização de uma das suas grandes aspirações: a realização da justiça. É algo que nasceu espontaneamente, como fruto de uma determinada necessidade social num determinado momento histórico, e que se desenvolveu por meio de novas necessidades em outros momentos, adquirindo o caráter de permanência durante esse processo de evolução. Na medida em que crescia, mais concreto e definido se tornou seu escopo, mais claro se tornou seu papel social. O Ministério Público é, portanto, este ente jurídico permanente, posto que extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, e que possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que o criou" (*A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 24, Saraiva, S. Paulo).