



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MAX WILLAMY GOMES BATISTA

ANÁLISE ACERCA DA POSSÍVEL INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SEDE
DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

SOUSA - PB
2010

MAX WILLAMY GOMES BATISTA

ANÁLISE ACERCA DA POSSÍVEL INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SEDE
DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB
2010

MAX WILLAMY GOMES BATISTA

ANÁLISE ACERCA DA POSSÍVEL INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Maria Marques Moreira Vieira.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof.^a Maria Marques Moreira Vieira

Examinador interno

Examinador externo

A Deus.
A meus pais.
A Mariana,
Amores de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Jesus, meu pai amado e fiel, que em todos os momentos me guia com sua destra a fim de que eu me torne uma pessoa melhor, sendo aquele que me sustenta e me reforça naquilo em que sou fraco. Sei que tu me amas incondicionalmente. Agradeço a ti meu senhor por mais essa vitória, vitória esta que consagro a ti para tua eterna e inabalável glória.

Agradeço a meus pais (Aurinha e Waltinho) a quem tanto amo, cujo esforço e dedicação com imensa alegria eu agradeço. Que por meio de minha vitória vocês possam ser recompensados. Um amor surreal e divino nos une. Que possamos continuar a ser uma tríade perfeita em amor, companheirismo e dedicação. Amo vocês dois de uma forma inimaginável, Deus novamente foi maravilhoso comigo por ter me dado a chance de ser seu filho.

Agradeço com muita alegria ao meu grande amor Mariana por tanto me ajudar nesta batalha, nunca esquecerei que sem você não conseguiria chegar ao fim deste trabalho. Quando estava cansado você me segurou, quando estava desanimado, minha alegria ressurgiu em ti, quando me faltavam idéias você com seu amor me inspirou. Por tudo isto só posso te dizer obrigado e declarar assim o meu amor.

Por fim, teço grandes agradecimentos a minha querida orientadora Maria Marques Moreira Vieira por todos os ensinamentos e a experiência transmitidos nesta jornada, sua ajuda foi extremamente importante nesse momento de minha vida, nunca me esquecerei da minha eterna mestra e conselheira e incentivadora. E que venha o mestrado.

Paradigma

O Ministério Público que queremos e estamos edificando, pois, com férrea determinação e invulgar coragem, não é um Ministério Público acomodado à sombra das estruturas dominantes, acovardado, dócil e complacente com os poderosos, e intransigente e implacável somente com os fracos e débeis. Não é um Ministério Público burocrático, distante, insensível, fechado e recolhido em gabinetes refrigerados. Mas é um Ministério Público vibrante, desbravador, destemido, valente, valoroso, sensível aos movimentos, anseios e necessidades da nação brasileira. É um Ministério Público que caminha lado a lado com o cidadão pacato e honesto, misturando a nossa gente, auscultando os seus anseios, na busca incessante de Justiça Social. É um Ministério Público inflamado de uma ira santa, de uma rebeldia cívica, de uma cólera ética, contra todas as formas de opressão e de injustiça, contra a corrupção e a improbidade, contra os desmandos administrativos, contra a exclusão e a indigência. Um implacável protetor dos valores mais caros da sociedade brasileira. (GIACÓIA, Gilberto. Ministério Público Vocacionado. Revista Justitia, MPSP/APMP, n. 197, jul.-dez. 2007).

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de intervenção do Ministério Público na discricionariedade administrativa em sede de Ação Civil Pública, visto que o tema tem gerado discussões doutrinárias e jurisprudenciais atinentes ao pensamento de que a posição ativista do MP estaria ofendendo ao princípio da separação dos poderes, diante de uma ingerência do supracitado órgão no mérito administrativo. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo; como método de procedimento, foi utilizado o método monográfico, e como técnica de pesquisa, utilizou-se a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de doutrina, artigos científicos, jurisprudência e sites da internet. O trabalho foi dividido em três capítulos; o primeiro analisa o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, através da perspectiva das gerações de direitos, enfocando ainda a evolução do processo coletivo como forma de se instrumentalizar a efetividade destes; o segundo trata do fenômeno do ativismo judicial, postura adotada pelo Ministério Público na defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, enfocando a Ação Civil Pública como instrumento utilizado na concretização das funções constitucionais de defesa dos supracitados direitos por aquele órgão; e o terceiro pondera sobre a problemática existente entre o sistema funcional de separação dos poderes e a atuação ativista do Ministério Público em sede da ACP, analisando especificamente a possibilidade ou não de haver um controle jurisdicional no mérito administrativo. Verifica-se divergência doutrinária quanto ao tema visto que, enquanto uma corrente entende que a ingerência do MP no mérito administrativo provoca ferimento à separação dos poderes, outra entende que o que ocorre é um aprofundamento do exame da legalidade dos atos, tese defendida com base na visão neoconstitucionalista.

Palavras-chave: Discricionariedade. Ação Civil Pública. Ministério Público. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

The present work aims to examine the possibility of intervention by the Public Ministry in the administrative discretion in place of Public Civil Action, since the topic has generated discussions in the doctrine and jurisprudence relating to the thought that the activist stance of the PM would be insulting the principle of separation of powers, before an interference of the aforementioned organ on the administrative merit. To do so, it was used the deductive method of approach; as a method of procedure was used the monographic method, and as a research technique was used indirectly documentation through bibliographic research, scientific articles, case law and websites. The work was divided into three chapters: the first examines the historical development of human rights through the perspective of the generations of rights, still focusing on the evolution of the collective process as a way to equip the effectiveness of these; the second explores the phenomenon of judicial activism, posture adopted by the Public Ministry in the defense of collective, diffuse and homogeneous individual rights, focusing on the Public Civil Action as an instrument used in implementing the constitutional functions of defense of the foregoing rights to that body; and the third is mulling over the issue between the functional system of the separation of powers and the activist role of the Public Ministry's headquarters in ACP, looking specifically at whether or not to have a jurisdictional control on the administrative merit. There is disagreement in the doctrinal about the issue that, as one current considers that the interference of the PM on the administrative merit causes injury to the separation of powers, other understands that what happens is a deeper examination of the legality of the acts, thesis defended on neoconstitutionalism vision.

Keywords: Discretion. Public Civil Action. Public Ministry. Separation of Powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E A MULTIPLICAÇÃO DOS DIREITOS	12
2.1 DOS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO (COLETIVOS, DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS)	19
2.2 DO PROCESSO COLETIVO	27
3 DO ATIVISMO JUDICIAL E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	31
3.1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL	31
3.2 A POSTURA ATIVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS, DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	37
3.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS	41
3.4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL MAIOR DO MP NA CONCRETIZAÇÃO DE SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL: ASPECTOS ESPECÍFICOS DE SUA EFETIVIDADE INSTRUMENTAL	47
4 A PROBLEMÁTICA EXISTENTE ENTRE O SISTEMA FUNCIONAL DE SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO ATIVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEDE DA ACP	54
4.1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	54
4.2 DO CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO	58
4.2.1 Da posição clássica de intangibilidade do mérito administrativo	60
4.2.2. A mitigação da intangibilidade da discricionariedade com alicerce na nova sistemática neoconstitucional	62
4.3 ANÁLISE ACERCA DA POSSÍVEL INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	66
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

A democracia hoje é bem diferente do que era quando de sua fundação na Grécia helênica. Hoje esta tem como grandes pilares de sustentação a separação funcional das funções estatais, o voto direto periódico e universal, o sistema representativo de poder, e principalmente os direitos individuais tipificados nas constituições rígidas. Não obstante, esta concepção de Estado de Direito é pobre e desprovida de reais valores democráticos, ela tem um cunho totalmente vinculado aos paradigmas liberais e individualistas; esquece-se do indivíduo, esquece-se da verdadeira igualdade que é fundada em reais possibilidades de desenvolvimento e de busca pela felicidade para todos; tinha-se uma busca racionalmente direcionada a uma isonomia meramente abstrata.

Mas, com o desenvolvimento dos ideais socializadores, e das revoluções proletárias teve o Estado moderno que mudar sua faceta, teve que mudar de paradigmas como forma de proteção a sua própria existência. Foi ai que nasceu a figura do Estado de Bem Estar Social. Esta entidade política teve que fazer efetivar os chamados direitos de segunda geração em busca de uma isonomia material. Não obstante, esta ação estatal muitas vezes colide com dogmas estruturais outrora absolutos, como o sistema de separação de poderes.

O Estado brasileiro, muito embora possa ser identificado com as matizes do bem estar social, não consegue por em prática estes direitos por vários motivos; deficiência de recursos, de planejamento, corrupção etc. Por este motivo vem o Poder Judiciário e o Ministério Público intervindo nas típicas atividades da Administração Pública com o intuito de fazer prosperar os ideais acima colimados. Esta conjuntura é denominada de ativismo judicial; e grandes celeumas foram criadas por esta nova postura destas instituições.

O alicerce da postura supracitada é uma nova forma de exegese constitucional, o chamado Neoconstitucionalismo, que prescreve imperatividade a todas as normas constitucionais, inclusive princípios como a dignidade da pessoa humana, a isonomia material, a moralidade e a eficiência da prestação de serviços públicos etc. Muito embora esta nova exegese se funde na Constituição muitos doutrinadores não aceitam o chamado ativismo por acharem que este ofende o

dogma político da separação das funções estatais, em específico, seria uma ingerência dos órgãos supracitados no mérito administrativo.

Assim, neste trabalho tentar-se-á entender com particularidade este fenômeno que tantas discussões têm provocado na doutrina e que é de fundamental importância para o nosso sistema democrático de direito. Mostrar-se-á a relevância de tal discussão, posto que, se for constatada a dita ingerência do *Parquet* Ministerial no juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública, ferindo conseqüentemente a harmonia estabelecida constitucionalmente entre as funções de Estado, estar-se-ia se pondo em perigo a Ordem Democrática vigente, alicerçada na Teoria de Montesquieu, em que um poder ou instituição não pode se sobrepor aos demais, tomando para si atribuições outrora pertencentes a outrem.

Será analisada a importância para o Direito da questão do possível engessamento da atividade administrativa, a qual deverá ser dinâmica, eficiente e, principalmente atualizada de acordo com as necessidades e a realidade social vigente, em constantes mutações, o que seria impossível se o juízo discricionário do administrador público se tornasse irrelevante ou sujeito a um controle extremado.

Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo visto que, partindo-se de uma realidade ampla, buscar-se-á constatar deduções estreitas na temática abordada. Como método de procedimento, será o método monográfico, obedecendo à metodologia proposta. Como técnica de pesquisa, utilizar-se-á a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de doutrina, artigos científicos, jurisprudência e sites da internet.

O trabalho foi dividido em três capítulos, visando analisar separadamente os itens pertencentes à temática retratada. O primeiro capítulo trará à baila o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, através da perspectiva das gerações de direitos sistematizada por Norberto Bobbio, enfocando ainda a evolução do processo coletivo como forma de instrumentalizar a efetividade destes direitos.

O segundo capítulo, ao seu turno, tratará do fenômeno do ativismo judicial, postura adotada pelo Ministério Público na defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, enfocando a Ação Civil Pública como instrumento de que se utiliza o MP na concretização de suas funções constitucionais de defesa dos supracitados direitos. O terceiro capítulo pondera sobre problemática existente entre o sistema funcional de separação dos poderes e a atuação ativista do

Ministério Público em sede da ACP, analisando especificamente a possibilidade ou não de haver um controle jurisdicional no mérito administrativo.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E A MULTIPLICAÇÃO DOS DIREITOS

Direito e sociedade são conceitos que com certeza sempre estiveram e sempre vão estar interligados. A assertiva supracitada se depreende da interpretação pública e sedimentada do entendimento de que o homem é um ser social por natureza. Este paradigma foi concebido de maneira sistematizada pela primeira vez por Aristóteles em seu livro "A Política" (2002). Segundo este pensador, o homem é um animal social e político por natureza. E, se o homem é um animal político, significa que tem necessidade natural de conviver em sociedade, de promover o bem comum e a felicidade. Assim, a sociedade é tida como o único local ideal para que o homem possa atingir o ápice do seu potencial e para que ele tenha finalmente a apoteose do seu gênero.

Neste sentido, tendo-se como base a lei natural do "homem social", é imperativo que se faça o parâmetro de intersecção entre este fenômeno quase que uno (a sociedade e o homem) com um segundo parâmetro, qual seja, o Direito. Uma das questões mais latentes na Sociologia Jurídica é a da interdependência entre o corpo político e o seu principal fator de controle social que é o Direito.

Esta ciência entende que o direito e sociedade são interdependentes no que tange a sua própria existência; para esta, não existiria sociedade sem um direito que salvaguardasse suas instituições; da mesma forma, não existindo sociedade não se teria uma necessidade prática real que fundamentasse a existência do direito enquanto forma de controle social.

Assim, este estudo tem seu início partindo-se do pressuposto que sem a existência do direito, não existiria a sociedade e que, sem a sociedade, não existiria o próprio homem, sequer em forma primitiva, pois que até entre os primatas se percebe, na estruturação dos seus grupos e na sua "hierarquia", a presença do plasma primitivo do Direito. A sociedade é transformada pelo direito, por outro lado, na verdade, *Direito e sociedade estão constantemente a se influenciar mutuamente.*

Por todo o exposto, denota-se facilmente a linha doutrinária aqui abraçada, sendo esta, a corrente que entende o direito como fator histórico, ou seja, que encara o direito e conseqüentemente o surgimento dos direitos mais fundamentais do homem não como um dado da natureza, como explicam os

jusnaturalistas, e sim construído historicamente voltado para o aprimoramento político da convivência coletiva, como afirma grande parte da doutrina.

O entendimento de que o fenômeno de surgimento e desenvolvimento dos direitos é necessariamente um mover histórico tem como um dos seus defensores Bobbio (1992, p. 5), ex positis:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos- que os direitos do homem por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Comungando do mesmo pensamento, vaticina Silva (1999, p. 185):

Os direitos humanos são históricos como qualquer direito. Nascem modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda a fundamentação baseada no direito natural, na existência do homem ou na natureza das coisas.

O pensamento de Norberto Bobbio tem sua base de inteligibilidade no tocante às profundas modificações do direito nos últimos séculos. O supracitado autor entende que se o direito fosse fruto da natureza como rezam os jusnaturalistas, este teria como característica maior a imutabilidade, haja vista que o direito natural como estes concebem tem na imutabilidade sua maior característica. Assim, ancorado neste pensamento o direito nasceria dos carecimentos sociais, da luta de classes, etc.; como se evidencia, da intensa dinâmica que rodeia a vida social como um todo.

No magistério do supracitado doutrinador, para que se comprove o sofisma da imutabilidade, basta que se examinem os escritos dos primeiros jusnaturalistas para se ver o quanto se ampliou a lista dos direitos e até mesmo quantos destes foram excluídos ou restringidos. Neste sentido aduz o filósofo italiano (BOBBIO, 1992, p.32):

Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação (...). Se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadãos deveriam participar do poder político e pior ainda, obter um

trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de uma loucura. E, não obstante Locke tinha examinado a fundo a natureza humana; mas a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou do comerciante do século XVIII, e não lera nela, porque não podia lê-lo daquele ângulo, as exigências e demandas de quem tinha uma outra natureza ou, mais precisamente, não tinha nenhuma natureza humana (já que a natureza humana se identificava como a dos pertencentes a uma classe determinada).

Como exemplo, temos o direito da propriedade que na época das revoluções liberais tomou para si matizes absolutas e que com o advento da revolução proletária, teve uma significativa modificação e em alguns países até mesmo sua supressão absoluta como no caso da URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas).

Assim, o surgimento dos direitos, dos mais fundamentais aos mais relativos, advém de uma contínua produção histórico-social. Resultam da própria evolução da sociedade humana, marcada pelo progresso moral expresso no aprimoramento constante e contínuo das regras de conduta, no interior e no exterior das nações contemporâneas. Nesta perspectiva histórica, os novos direitos vão surgindo em meio aos anteriores e, na medida em que progredem, passam a constituir a evolução uns dos outros ou de uns para os outros ao longo do crescente aumento da complexidade social.

Consoante ao todo exposto, denota-se que para se entender o desenvolvimento do complexo de direitos que circundam o homem é necessário também uma profunda análise do desenvolvimento da sociedade como um todo; de maneira mais específica esta análise recairia sobre o Estado, haja vista que é na sua atuação como gerente do corpo político a base de efetividade e atuação tanto dos mais antigos direitos quanto dos mais modernos.

Neste sentido é o magistério de Lenza (2008, p. 30):

A profunda transformação da sociedade e do Estado, inevitavelmente, atinge a ciência jurídica. O direito, entendido aqui em sua significação mais extensa possível, adéqua-se a metamorfose social e não o contrário. A transformação antecipa-se. O direito busca acompanhá-la e jurisdicioná-la, moldando-se a nova realidade.

Foi com base nessa intelecção do direito enquanto fenômeno histórico-jurídico em que estão atrelados o desenvolvimento do Estado e a maturação do

direito que Norberto Bobbio (1992) descreve a existência de três gerações de direitos, chegando inclusive ao reconhecimento de uma quarta geração.

Assim, utilizando-se da inicial tripartição meramente didática, têm-se os direitos de primeira geração. Os direitos tidos como de primeira geração (da liberdade), ou como preferem alguns doutrinadores entre estes Moraes (2007) e Mancuso (2006), de “primeira dimensão” tiveram sua gênese da intensa luta de classes que se operou na Europa setecentista.

Os fundamentos para os direitos de primeira geração foram principalmente o liberalismo político, o individualismo, a tripartição dos poderes e a idéia contratualista de estado de Rousseau, enfim, todos os ideais e valores iluministas que permearam a Europa na segunda metade do século XVIII. Esses ideais tiveram como base factual a batalha que se instalara entre a burguesia (que era já nesta época o centro do poderio econômico) contra a nobreza e o clero (que estavam em pleno declínio econômico mais ainda detinham o poder político). Muito embora este embate entre poder econômico e poder político tenha durado dezenas de anos, foi com a Revolução Francesa que a burguesia finalmente venceu o Antigo Regime e iniciou sua sedimentação no poder da sociedade até os dias hodiernos. O historiador Lefebvre (apud BOBBIO, 1992, p. 79) assevera que: (...) proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular a Declaração de direitos francesa foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução.

Assim, vencida a revolução, uma nova forma de Estado se configurou o denominado Estado Liberal, um Estado em que suas atividades típicas foram extremamente restringidas e algumas delas até mesmo proibidas; tudo isto dentro do incrível invólucro liberal-individualista burguês. Neste período, o Estado estava vinculado negativamente, de modo que não poderia intervir na liberdade, propriedade ou autonomia da vontade do indivíduo. Nas palavras de Carigé (2010):

Portanto, na primeira geração cabe ao homem enquanto pessoa natural ou a sua agregação, na forma da lei, formando um ente com personalidade própria a titularidade destes direitos. Já o estado, é devedor, não no sentido de ter que os promover e sim com a função precípua de não intervir.

Os direitos que se sobressaíram neste período foram necessariamente aqueles que vieram a abolir o sistema de “castas” existente no Antigo Regime, traduziam-se em formas de conter o poder absoluto do monarca ante o desejo de

autodeterminação burguês. Seriam, no dizer de Celso de Melo (1999), os direitos civis e políticos que compreendem as liberdades clássicas negativas ou formais que realçam o princípio da liberdade. Como exemplo destes direitos, pode-se citar: I) a liberdade religiosa; II) o direito a vida; III) o direito a propriedade; IV) a submissão do poder estatal ao império da lei; V) a igualdade formal de todos perante a lei, etc.

Não obstante a todas as críticas existentes quanto a este modelo meramente formal de liberdade estatuído pelas revoluções liberais, esse momento histórico foi de imensa importância pois, pela primeira vez, o cidadão passou a ter direitos contra o Estado e este deveres para com o cidadão.

Neste sentido Bobbio (1992, p. 3):

O significado histórico da inversão característica da formação do estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição a concepção organicista tradicional.

A segunda geração de direitos surgiu necessariamente com o fulcro de corrigir as sérias distorções sociais trazidas com os novos modelos de Estado e sistema econômico (o capitalismo implantado de maneira destrutiva pela burguesia); são os direitos culturais, sociais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Na primeira fase da revolução industrial os detentores do capital subjugavam aqueles que vendiam sua mão de obra de maneira brutal. Os vínculos jurídicos de emprego naquela época não tinham nenhuma regulamentação, o que induziu ao capitalista a dar um tratamento desumano aqueles que suavam e morriam de exaustão nas fábricas para ganhar o seu sustento e de sua família.

A História revela o quanto eram terríveis as condições nas fábricas e em todo o sistema produtivo na época; era com certeza uma semi-escravidão. Marvin (*apud* MARQUES, 2010, p. 11) confirma esta faceta histórica

As condições de trabalho e de vida eram terríveis. As fábricas eram escuras, quentes, pouco arejadas e com frequência perigosas. Os operários trabalhavam arduamente por muitas horas, eram multado quando cometiam erros e até por acidentes, eram demitidos segundo a vontade do empregador ou do capataz e sofriam com a falta de segurança no trabalho.

Toda esta problemática embasou a chamada “Questão Social” que deveria ser solucionada sob imperativo de que, se estas demandas não fossem de certa forma sanadas, poderia uma nova revolução aos moldes da revolução burguesa ocorrer, detonando assim os alicerces do Estado Liberal de Direito.

Estes novos direitos criados com a luta do proletariado têm uma especificidade que os diferencia dos direitos de primeira geração. Esta diferença seria vislumbrada com a busca por um Estado intervencionista em vez de um Estado neutro às questões sociais e, principalmente, no aspecto mandamental destes direitos pois neles a posição do Estado deve ser positiva e não de abstenção como nos direitos de primeira geração. Exsurge que foi durante este período histórico que o Estado sofreu uma profunda transformação; de Estado Liberal para Estado Intervencionista, galgando lançar sobre os mais necessitados condições mínimas de existência; é este o período em que se instala o denominado “Estado de Bem Estar Social”. Assim, percebe-se facilmente o quanto a aparição destes novos direitos influenciou na estrutura do Estado enquanto gerente da vida em sociedade.

Desta feita, assim como a Revolução Francesa foi o marco social e legislativo dos direitos de primeira dimensão; o advento da Constituição Mexicana e principalmente da Constituição de Weimar de 1919, representam a gênese dos direitos de segunda geração. Tais direitos sociais decorrem da ampliação do novo campo de necessidades da sociedade, pois procuram reduzir as novas dificuldades encontradas, almejando um fim último que é o de tornar a igualdade formal e ideal do Estado liberal em um sistema real de isonomia, fazendo assim da humanidade um campo mais fecundo para o desenvolvimento do potencial humano.

Os direitos de terceira geração são uma espécie híbrida de interesses, pois pela primeira vez, o indivíduo determinável deixa de ser o centro de direitos e deveres na órbita jurídica. Suas principais características são, portanto, a transindividualidade e a indeterminação dos sujeitos ativos da relação. Tais direitos serão discutidos com um maior aprofundamento no sub-tópico posterior.

E por fim, os direitos de quarta geração, cujo desenvolvimento já era prenunciado por Bobbio (2002, pp. 5-6), *In verbis*:

(...) mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

Esta nova matiz de direitos, a denominada de "quarta dimensão", são os direitos vinculados aos ditames relativos à bioética. Para estes direitos, sua pedra de toque se consubstancia na vida humana em sentido amplo, ou seja, a manutenção da vida humana na terra ante os grandes perigos para a sua existência como o perigo biológico e a questão das armas nucleares. Trata-se de direitos extremamente amplos, pois, onde antes a tutela era dada ao indivíduo, como nos direitos de primeira e segunda geração, passou a ser dada a um grupo indeterminado, nos direitos de terceira geração; ampliando-se ainda mais nos de quarta dimensão, pois o sujeito de direitos desta categoria é a humanidade como um todo.

Por fim, há que se trazer uma observação. A teoria das gerações de direitos é muito criticada haja vista a complexidade do tema a qual aborda; sabe-se que a construção de direitos não se dá de uma hora para outra, como foi dito alhures, o direito é um construído histórico complexo, não se poderia esgotar a análise de seu desenvolvimento com uma simples teoria que utiliza como base a ordem cronológica da positivação destes direitos em documentos políticos internacionais ou em constituições em geral.

Neste diapasão, o estudo do desenvolvimento dos direitos do homem não se esgota na vertente de pesquisa demonstrada, são exigidos muito mais esforços metodológicos e doutrinários, visto a sua real dimensão.

Destarte, a supracitada teoria tem o seu valor consagrado na doutrina. Neste sentido Barros (2010):

Na verdade, as gerações de direitos constituem um esquema didático de captação e explicação dos direitos humanos na sua evolução histórica, em cujo transcurso eles se ampliam gradativa e continuamente quanto aos sujeitos protegidos (ampliação subjetiva dos direitos humanos) e quanto aos objetos protegidos (ampliação objetiva dos direitos humanos). Trata-se portanto de uma classificação genealógica de valor relativo, que deriva da montagem de um paralelismo com o lema da Revolução Francesa: *liberté, égalité, fraternité*.

Não obstante às críticas, considera-se extremamente interessante a classificação dos direitos em gerações (ou dimensões como querem alguns), haja vista seu conteúdo didático. Sendo então válida esta construção doutrinária, pois

através dela pode-se observar as transformações que o Estado sofreu além de que é possível ver o quanto foi difícil a conquista de direitos hoje tão desvalorizados.

2.1 DOS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO (COLETIVOS, DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS)

A Constituição Federal de 1988 veio a ampliar sobremaneira a defesa de direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, esta não mais restringiu a tutela protetora aos direitos ditos como individuais. A partir desta uma nova categoria de direitos passa por uma expressa positivação constitucional, qual seja os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou simplesmente os direitos metaindividuais.

A Carta Magna reconhece expressamente a existência dos interesses difusos em seu art. 129, III, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, destacando a de 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. Neste sentido, a Carta Constitucional reconhece os interesses difusos e, ao mesmo tempo, destina a sua proteção ao Ministério Público, demonstrando não se tratar de norma meramente programática, mas preceptiva ou atributiva de direitos. A própria Constituição confere os meios de investigação, constantes no inquérito civil e a ação civil pública. Dispõe, inclusive, sobre a titularidade da ação, ao conferi-la ao Ministério Público

Assim, tem-se como objeto de análise o grupo dos direitos transindividuais; em específico, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não obstante, é mister que se faça inicialmente uma abordagem conceitual do que seja direitos transindividuais, assim como, abordar-se-á a questão da autonomia destes e sua sistematização no ordenamento jurídico pátrio.

Direitos transindividuais de acordo com Zavascki (2006, p. 42):

É a denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados.

Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou a própria sociedade, considerada em sentido amplo.

Entretanto, se depreende que os direitos transindividuais, de terceira geração segundo Bobbio (1992), são aqueles que romperam com a milenar noção do sujeito de direitos circunscrito a uma singular individualidade. Trata-se de um avanço na nossa sociedade; começou-se a encarar a mesma como detentora de direitos extremamente importantes, que tanto são fundamentais para a manutenção de um desenvolvimento real em seu seio, como reflete sob a ótica dos indivíduos, uma melhor qualidade de vida e principalmente uma maior liberdade para a promoção do potencial humano.

Complementando seu conceito, Prade (apud ZAVASCKI, 2006, p. 42), para o qual os direitos transindividuais são:

(...) os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade.

Observa-se uma questão muito importante sobre esta espécie de direitos que foi a dúvida existente quanto à autonomia destes. Este questionamento advinha da antiga dicotomia existente entre direito público e direito privado. Assim, se formaram três teorias sobre a possibilidade, ou não, destes direitos serem autônomos com relação à categoria dos direitos ou interesses públicos. São elas: a) a teoria da dicotomia pura; b) a teoria da dicotomia mitigada; c) e a teoria tricotômica.

De acordo com a teoria da "dicotomia pura" os direitos transindividuais estão aglutinados na categoria dos interesses públicos. Assim, estes não seriam independentes, haja vista que, não podem ser individualizados; logo são públicos, pertencentes à sociedade; o interesse pulverizado no corpo social se confunde com o interesse da sociedade personificado pelo Estado. Sabe-se que esta teoria não logrou êxito, pois, a antiga dicotomia outrora absoluta entre interesses públicos e privados não mais subsiste. É notória a gama de direitos que não se classificam nem como um, nem como outro. Não é um direito pertencente a um sujeito individualizado e particular, nem ao Estado particularizado. Exemplo é o direito ao meio ambiente equilibrado estabelecido no artigo 225 da CF; é um direito da

sociedade como um todo, não é de um indivíduo singularizado, nem ao menos é do Estado; ao contrário, esta norma também é destinada ao Estado quando este vier a executar algum serviço público que venha a degradar o meio ambiente.

A teoria da dicotomia mitigada é aquela que entende a natureza transindividual de alguns bens juridicamente tutelados. Não obstante, esta transindividualidade não dá a estes bens o caráter autônomo. Assim, por esta teoria os direitos difusos são meras espécies do gênero “interesses públicos”.

Por fim, a teoria tricotômica, segundo esta teoria os interesses são divididos em três categorias distintas e autônomas: públicos, privados e metaindividuais, ou para alguns somente difusos. Esta parece ser a classificação mais aceita, tanto pelo respaldo doutrinário, quanto por ser a que foi positivada em nosso ordenamento jurídico, por meio do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I a III, o qual define como objeto da defesa coletiva, os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Herman (apud LENZA, 2008, p. 62), comunga do mesmo posicionamento quando aduz que:

Esta é a mesma posição de Antonio Herman que caracteriza visão dicotômica do direito em público e privado como uma bifurcação estanque (...) absolutamente afastada da realidade. Isto porque, o interesse público como singularidade conceitual, exigindo conflituosidade coletiva mínima, vê de fato seu campo de existência profundamente reduzido, no mundo atual de embates supra-individuais; limita-se aqueles setores de interesses e valores onde há uma inegável manifestação social homogênea a exigir o seu reconhecimento e tutela; uma certa unanimidade social seria sua marca primeira e mais relevante.

Nesse mesmo sentido, já havia se manifestado Grinover (2008), diferenciando o interesse público do interesse difuso, a autora apresenta como característica marcante do interesse difuso a sua ampla área de conflituosidade, que não se coloca apenas no clássico contraste indivíduo X autoridade, mas que é típica de escolhas políticas, surgindo então um conflito de interesses metaindividuais.

No que tange a sua sistematização, dois modelos inspirados na doutrina italiana se digladiam: a) o modelo subjetivo; b) e o modelo objetivo. O modelo subjetivo, defendido pelo doutrinador italiano Gianinni (1993), é aquele que determina o âmbito dos interesses de acordo com a qualificação normativa de seu portador. Neste diapasão, o interesse difuso seria substancialmente anônimo e o

coletivo por sua vez, teria sempre como portador um grupo não ocasional. Já o modelo objetivo, entende que a determinação do tipo de interesse metaindividual deve utilizar-se como vetor o "objeto", ou seja, é o bem juridicamente tutelado, em si, que vai definir se este ou aquele direito será tido como difuso, coletivo, ou individual homogêneo. Em contraponto a estes posicionamentos, no Brasil, observa-se uma clara aproximação entre estes dois modelos. Seria uma espécie mista de modelo determinativo. É a nossa legislação positiva que alicerça tal entendimento, pois o CDC em seu artigo 81, parágrafo único, assim caracterizou a defesa coletiva, prestigiando tanto o modelo subjetivo quanto o modelo objetivo. In verbis:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, 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 com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Este entendimento é balizado com o pensamento de Lenza (2008, p. 66) quando este confirma que:

Neste sentido, a identificação de um interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo dependerá tanto da qualificação normativa de seu portador, como também, e na mesma intensidade, da natureza jurídica do bem objeto de interesse e fruição.

Destarte, faz-se necessário que se faça uma breve análise das principais características que circundam estes direitos. As principais são: a transindividualidade; a indeterminação dos sujeitos; a indivisibilidade do objeto; indisponibilidade; e a alta conflituosidade. O caráter transindividual destes interesses é reflexo direto de sua perpassa da órbita individual, adquirindo natureza coletiva ampla, sem se restringir a qualquer grupo, categoria ou classe. Há de salientar a existência da denominada transindividualidade artificial ou legal que é uma ficção jurídica utilizada na construção dos direitos individuais homogêneos.

A transindividualidade, também é uma característica própria dos interesses coletivos strictu sensu; como aduz Lenza (2008, p. 69): "Convém lembrar

que a característica da transindividualidade real (...) não é inerente aos interesses difusos, singularizando, também, os interesses coletivos". A indeterminação dos sujeitos igualmente é uma característica dos interesses metaindividuais. Merece destaque que a marca da indeterminação circunscreve-se unicamente aos direitos difusos, haja vista que os direitos coletivos e individuais homogêneos são perfeitamente identificáveis. A indivisibilidade do objeto recorda o aspecto objetivo dos interesses transindividuais. Isto significa que, a satisfação ou lesão de determinado bem difuso implica necessariamente, na concreção ou na lesão de um direito de toda a coletividade. Tome-se, por exemplo, a poluição de um rio que corta uma cidade; a lesão ao meio ambiente perpetrada pela poluição do rio vai atingir toda a coletividade e não apenas uma ou duas pessoas de maneira singular.

Deve se observar uma especificidade; a indivisibilidade do objeto é ampla e absoluta nos direitos difusos; não sendo assim quanto aos direitos coletivos e os individuais homogêneos. Para aqueles a indivisibilidade dos bens é percebida no âmbito interno entre as pessoas ligadas por uma relação jurídica-base ou por um vínculo jurídico qualquer. No concernente aos interesses individuais homogêneos aduz-se que sua divisibilidade é plena, já que os seus sujeitos são totalmente determináveis e que não existe, em regra, nenhum vínculo jurídico entre estes.

Outra característica basilar dos chamados direitos de terceira geração é a indisponibilidade. Essa característica é advinda de características citadas anteriormente como a indeterminação dos sujeitos e a indivisibilidade do objeto.

Assim é o magistério de Lenza (2008, p. 74) quando aduz:

Não se pode conceber, portanto, que um interesse transindividual, cujo titular é indeterminado, singularizado pela indivisibilidade do objeto cuja agregação decorre apenas de situações fáticas possa ser disposto por um determinado sujeito em prejuízo da coletividade.

Não obstante a esta assertiva, a Lei de Ação Civil Pública, em seu artigo 5º, § 6º, estabelece que os órgãos públicos legitimados para propor a supracitada ação, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. Esta exceção se justifica pela política legislativa de dar a maior eficiência possível à proteção dos direitos difusos tutelados pela referida lei. A alta conflituosidade é um dos caracteres que tornam únicos os interesses

metaindividuais. Este matiz é decorrente das escolhas políticas que singularizam os referidos interesses como dito supra.

Explicando este específico caractere observa-se que, quando há um conflito de interesses difusos, a escolha de um implicará, necessariamente, o preterimento de outros. Muito embora as posições estabelecidas sejam demasiadamente contrastantes estes direitos devem conviver, a escolha de um ou outro vai ser sempre guiado pelo espírito político da época.

Para exemplificar, mencione-se o exemplo dado por Grinover (apud LENZA, 2008, p. 88):

O interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se ao interesse à criação de novos postos de trabalho, a duração dos bens colocados no comércio etc. o interesse à preservação das belezas naturais contrapõe-se ao interesse da indústria edílica, ou a destinação de áreas verdes para outras finalidades (...).

Agora, faz-se imperativo que se tome como base intelectual um sucinto estudo individualizado dos três tipos de direitos metaindividuais. A começar pelos direitos difusos, estes são espécies do gênero meta ou transindividuais; são como visto alhures, de natureza indivisível e a agregação de seus sujeitos se dá por uma ligação factual. Assim, são características dos interesses difusos a indeterminação dos sujeitos, a ausência de relação jurídica base e a indivisibilidade do bem jurídico tutelado.

O conceito do que seja direito difuso é dado por Castilho (2004, p. 35), cujo teor subscreve-se:

Os interesses difusos são aqueles em que os titulares não são previamente determinados ou determináveis e encontram-se ligados por uma situação de fato; são portanto, indivisíveis e, embora comuns a certas categorias de pessoas, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em que medida quantitativa sejam compartilhados; não há vínculo jurídico entre os titulares.

Os interesses difusos apresentam uma estrutura peculiar, haja vista que não possuem contornos definidos em uma norma, nem estão aglutinados em grupos axiomáticos bem delineados. Castilho (2004, pp. 35-36) exemplifica o que seja direito difuso: “O respirar ar puro; o direito de o consumidor de ser alvo de publicidade não enganosa e não abusiva etc.”.

O conceito de direito coletivo, assim como dos direitos difusos e individuais homogêneos, é extraído pela doutrina da exegese do artigo 81 do CDC, parágrafo único. Neste diapasão é citado o conceito de Castilho (2004, p. 41):

(...) coletivos são os interesses que compreendem uma categoria determinada ou determinável de pessoa, dizendo respeito a um grupo, classe ou categoria de indivíduos ligados por uma mesma relação jurídica base, não apenas por meras circunstâncias fáticas, como acontecia na modalidade dos interesses transindividuais vista nos interesses difusos.

Mancuso (2006) enumera três acepções sobre os direitos coletivos: a) o interesse pessoal do grupo; b) a soma dos interesses individuais; c) a síntese dos interesses individuais. No entanto, o autor e a maior parte da doutrina entendem que só na última acepção é que se pode falar realmente em direitos coletivos, pois, no momento da síntese, os matizes e componentes individuais originários desaparecem, passando para o plano secundário, surgindo assim, um novel elemento, qual seja, o interesse coletivo propriamente dito. Identifica-se a diferença existente entre os direitos coletivos e os direitos difusos. A pedra de toque desta diferença é que, nos direitos coletivos existe uma relação jurídica base, mesmo que rudimentar, a agregar os sujeitos interessados, assim como existe a possibilidade de determinação.

Para uma salutar compreensão faz-se mister uma exemplificação, a qual se extrai do magistério de Lenza (2008, p. 101):

Por interesses ou direito coletivos, podem ser elencados os seguintes exemplos: a) o aumento ilegal das prestações de um consórcio: o aumento mais ou menos ilegal para um ou outro consorciado. A declaração de ilegalidade produzirá efeitos para o todo, sendo portanto, indivisível, internamente, o direito da coletividade. Uma vez quantificada a ilegalidade, cada qual poderá individualizar seu prejuízo (...); b) o direito de certos alunos de uma escola a terem a mesma qualidade de ensino em determinado curso; c) o interesse que aglutina os proprietários de veículos automotores ou os contribuintes de certo imposto (...).

Interesses individuais homogêneos na dicção do Código de Defesa do Consumidor são aqueles direitos pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis originados de uma mesma condução de fato. A principal distinção entre estes e os direitos coletivos reside no fato de que nos direitos coletivos a relação jurídica base

é preexistente, enquanto nos individuais homogêneos todos os interesses individuais são de origem comum. Há ainda a distinção que, o fator de agregação dos direitos individuais homogêneos pode se circunscrever a uma simples ligação factual, não podendo o mesmo ocorrer nos direitos de tom coletivo stricto sensu. Nestes direitos, o específico vínculo com a parte adversa surge da própria lesão sofrida, individualizando assim cada uma das partes prejudicadas, haja vista que ofende de maneira singular cada um daqueles que se envolver no desenrolar fático de agregação. Corroborando com o nosso entendimento exemplifica Castilho (2004, p. 48):

Esta situação se verifica na medida em que cada prejudicado exercita o seu direito, seja por intermédio da demanda individual, seja por meio de habilitação por ocasião da liquidação da sentença na demanda coletiva pra tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos.

Lenza (2008, p. 102) oferece em sua obra exemplos acerca do que sejam os direitos individuais homogêneos:

(...) a) os compradores de carros de um lote com o mesmo defeito de fabricação (a ligação entre eles, pessoas determinadas, não decorre de uma relação jurídica, mas, em última análise, do fato de terem adquirido o mesmo produto com defeito de série); b) o caso da explosão do Shopping de Osasco, em que inúmeras vítimas sofreram danos; c) os danos sofridos em razão do descumprimento de obrigação contratual relativamente a muitas pessoas; (...).

Por fim, há de salientar a diferença existente entre os mesmos para com os interesses difusos, na medida em que nestes inexiste a possibilidade de determinação dos sujeitos interessados. Nos interesses individuais homogêneos os titulares são todos determinados ou no mínimo determináveis. Castilho (2004) oferece o exemplo daqueles que compram um determinado modelo de veículo que é produzido com algum defeito de série.

2.2 DO PROCESSO COLETIVO

O processo coletivo teve sua gênese com a materialização dos direitos transindividuais. Não obstante, nem sempre o direito processual esteve apto a satisfazer as necessidades de efetividade e materialização daqueles direitos. Posto isto, faz-se necessária uma retomada, mesmo que breve, das linhas evolutivas do direito processual até a atual sistemática do processo coletivo.

De acordo com a doutrina, [Câmara (2008), Montenegro Filho (2007)] pode se destacar, na história do ramo processualístico do direito, três fases metodológicas fundamentais. A primeira fase seria a fase do sincretismo; a segunda seria chamada de autonomista ou conceitual; e por fim, a terceira, cuja denominação dada foi de instrumentalista, sendo esta a contemporânea. O sincretismo que se estendeu até meados do século XIX era o movimento doutrinário que entendia o direito processual não como um ramo autônomo do direito, e sim como um singelo instrumento pelo qual se exerciam os direitos. Não se reconhecia a autonomia do direito de ação, esta era um mero apêndice do direito subjetivo material. Ou seja, para os defensores desta escola não havia ação sem um direito material que lhe desse fundamento.

Num segundo momento de desenvolvimento, o direito processual foi tido como ramo autônomo da ciência jurídica; esta foi a chamada fase autonomista. Nesta fase de intensa importância houve a separação entre o direito material e o direito processual. Esta diferenciação se deu por conta da análise mais aprofundada que os estudiosos deram a principiológica própria do processo e também aos seus inúmeros institutos singulares.

Muito embora a fase conceitual tenha liderado um grande avanço na sedimentação do direito de ação como direito abstrato e autônomo; faltou-lhe uma postura crítica. Ou seja, nesta fase o tecnicismo tomou conta do estudo deste ramo; os processualistas esqueceram o fim almejado pelo processo e pelo Direito como um todo; não existia mais nenhuma preocupação com o resultado prático ou justo das decisões. Em suma, a autonomia trouxe o tecnicismo, e este afastou o estudo deontológico do processo retirando dos jurisdicionados o direito a uma verdadeira “ordem jurídica justa”.

Hodiernamente, o caráter instrumental do processo esta em latência. Nesta fase, o processo é encarado como instrumento ético a serviço do direito na consecução de uma verdadeira ordem jurídica justa; assim, como de garantir de maneira material o acesso à justiça. O direito processual agora deve ser concatenado com os ditames constitucionais e com a realidade factual da sociedade; tomando assim a feição mais politizada e aperfeiçoada de direito processual constitucional. Neste sentido, Grinover (apud LENZA, 2008, p. 121):

Os processualistas de ultima geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais. Todo o sistema processual passa assim a ser considerado como instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição; é a técnica processual como meio para a obtenção de cada um desses objetivos.

Com base neste pensamento, Lenza (2008), instrumentalizado na doutrina de Cappelletti e Garth enuncia as chamadas ondas renovatórias do processo instrumental. Esta teoria vislumbra os momentos pontuais de efetivação normativa do colimado “acesso a justiça” e o alcance de uma “ordem jurídica justa”. Segundo este autor, a primeira fase concentrou-se na assistência judiciária. A segunda referia-se as reformas processuais tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor. Por último, a terceira onda tinha como enfoque principal o chamado acesso à justiça.

Esta teoria, especificamente a segunda onda, só veio a demonstrar o que na prática já se vinha observando que era a formação de um direito processual coletivo. Assim, surge um direito processual acomodado aos imperativos de tutela dos direitos coletivos, com institutos apropriados, sistemas formados e base axiológica própria. Nesse sentido Almeida (apud MANCUSO, 2006, p.28), identificando entre nós um definido direito processual coletivo:

É o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação a

constituição e no, plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social.

No mesmo sentido Grinover (apud MANCUSO, 2006, p. 29):

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual.

O direito brasileiro conta hoje com um moderno sistema de proteção dos direitos metaindividuais. Sua base normativa maior como se sabe é a Carta Magna. O CDC em sua terceira parte institui os alicerces do sistema processual coletivo, cujo foco maior é a defesa do consumidor enquanto direito de toda coletividade, não obstante, suas normas podem, e são, utilizadas subsidiariamente nos processos de caráter coletivo. Outros instrumentos importantes no exercício da tutela dos direitos transindividuais são a Ação Popular, a Ação de Improbidade Administrativa, a Ação Civil Coletiva, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Civil Pública.

A Ação Popular é um dos principais instrumentos de defesa dos direitos metaindividuais. Ela foi criada pela Carta Política de 1934 mantendo-se viva em nosso ordenamento até hoje. Sua regulação infraconstitucional é feita pela lei 4.717 de 29.06.1965. A CF de 1988 recepcionou este instrumento por este se amoldar perfeitamente ao novo império constitucional vigente. Não obstante, a CF deu a Ação Popular o seu contorno atual. In verbis, o art. 5º, LXXIII, da CF/88:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural(...).

A ação de improbidade administrativa nasceu com o intuito de se regulamentar o mandamento constitucional da moralidade administrativa (art. 37, CF). A lei que a institui é a 8.429 de 02.06.1992, segundo a ementa, esta lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Trata-se, portanto, de ação com caráter

eminentemente repressivo, destinada a tutelar os direitos transindividuais da população no que tange a um específico aspecto no gerenciamento da coisa pública.

A ação civil coletiva é a específica arma de defesa dos direitos individuais homogêneos. Esta estabelecida no Título III do CDC (art. 91 e seguintes). Trata-se precipuamente de um instrumento processual alternativo ao litisconsórcio ativo facultativo previsto no Código de Processo Civil. No magistério de Zavascki (2006, p. 162):

Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita as questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (=margem de heterogeneidade).

A Constituição Federal enumera como uma de suas garantias individuais o mandado de segurança. Dispôs em seu artigo 5º, inciso LXIX que: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger 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”. E logo em seguida, tipifica a existência do mandado de segurança coletivo em seu inciso LXX.

Assim, conferiu-se ao mandado de segurança (anteriormente de caracteres eminentemente individuais) um importante traço protetor na defesa dos direitos transindividuais. Atualmente, se constitui em uma importante forma de proteção dos interesses metaindividuais líquidos e certos violados ou ameaçados por ato de alguma autoridade.

Por fim, tem-se a ação civil pública que é vista hoje, dada as suas especificidades, o mais efetivo e dinâmico meio de tutela e proteção dos interesses metaindividuais. A questão referente ACP e suas especificidades vão ser abordadas de maneira mais aprofundada a posteriori, com vista a uma melhor sistematização didática do assunto objeto deste trabalho.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A sociedade nos últimos anos vem percebendo um fenômeno considerado no mínimo estranho no seio de nosso sistema institucional. O Judiciário tem atuado mais ativamente na vida política nacional, tomando para si, uma maior fatia nas resoluções das grandes problemáticas sociais e econômicas de nosso país. Esta participação positiva, de um judiciário outrora inerte, é reflexo de dois intrincados movimentos de caráter jurídico e político; a estes movimentos a doutrina dá o nome de judicialização e ativismo judicial. Muito embora seja objeto de confusão na doutrina, os conceitos não se confundem. Cada um destes fenômenos tem matizes de cores diferentes, cada um tem uma origem e um fundamento singular que os diferencia. Este tópico visa justamente limpar as nuances que possam existir sobre estes dois importantes fatos da vida política e judicial brasileira.

A judicialização é um fenômeno que muito embora pareça moderno, denota-se que há décadas vem tirando o sono daqueles que não aceitam uma moderna forma de se exercitar a jurisdição, ou seja, aqueles ainda apegados aos anacrônicos dogmas da justiça liberal. Nas mais variadas partes do mundo, nas mais diversas épocas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se como protagonistas em alguns momentos de crise moral, filosófica ou até mesmo na implementação de importantes avanços sociais.

Em seu magistério Barroso (2008, p. 1) oferece o conceito do que seria judicialização:

A judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...). Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Destarte, alicerça-se o conceito do processo de judicialização como aquele em que existe uma transferência funcional de determinadas competências

dos dois outros poderes (principalmente o Legislativo) para o Judiciário; fazendo com que este sofra uma hipertrofia e passe a gerir determinadas questões em que aglutinam de uma maneira muito especial a política e o direito. O movimento supracitado tomou força no âmbito internacional ao final da Segunda Guerra Mundial com o aparecimento de um constitucionalismo mais apegado as questões sociais e principalmente com uma visão mais realista da isonomia entre os indivíduos.

Hodiernamente, são inúmeros os exemplos inequívocos da judicialização de questões outrora de competência exclusiva dos outros dois poderes (Executivo e Legislativo). Segundo Barroso (2010), são eles: a) o caso da Suprema Corte do Canadá, que foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade da utilização do solo canadense em testes de mísseis americanos; b) em Israel, o órgão de cúpula do Judiciário decidiu sobre a compatibilidade, com a constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino; c) a Corte Constitucional da Turquia tem desenvolvido um notável trabalho na preservação do estado laico em seu país, protegendo-o do fundamentalismo islâmico. Estes casos mostram como passou a ser fluida a linha que separa a política do direito. No Brasil, se tem uma situação semelhante, muito embora seja ainda mais perceptível por conta da quantidade e da extensão desta.

Os exemplos são muitos, como a ADIn 3.150 que questionou a Lei de Biossegurança, permitindo as pesquisas com células-tronco embrionárias; o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a novel constituição; o pedido de declaração de constitucionalidade da resolução nº 7 de 2006, do CNJ que vedou o nepotismo no poder judiciário, etc.

Barroso tentou sistematizar quais seriam as causas da judicialização no Brasil. Para o doutrinador três são as suas causas principais; a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o nosso sistema de controle de constitucionalidade. A redemocratização foi de acordo com aquele douto o pontapé inicial nesse processo de alargamento na competência típica do Judiciário; ela teve uma influência especial neste sentido, haja vista que por meio dela o Poder Judiciário sedimentou a sua posição em nosso sistema republicano de forma imparcial e principalmente livre. Nossa constituição trouxe em seu arcabouço um sistema intrincado de órgãos (MP, Defensoria Pública, Juizados especiais, etc.) que dariam ao cidadão o direito a uma verdadeira "ordem jurídica justa" e principalmente a um largo rol de possibilidades na tutela de "antigos" e novos "direitos" tutelados.

Neste sentido Barroso (2008, p. 3):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização dos países, que teve como ponto culminante a promulgação da constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes. (...). Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

O outro motivo que impulsiona a judicialização no parecer de Barroso (2010) é a abrangente constitucionalização que se operou a partir da constituição de 1988. Sabe-se que, o fenômeno da constitucionalização é aquele em que determinadas matérias outrora deixadas ao alvedrio do legislador infraconstitucional passam ao crivo do constituinte originário; ou seja, o que não era matéria constitucional passou a ser. Isto se deu principalmente pelo caráter analítico de nossa constituição; por conta desta característica é muito extenso o rol de direitos com status constitucional, potencializando assim o número de pretensões jurídicas com o intuito de tutelá-los. Nesse sentido, assevera Barroso (2008, p. 4):

Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito. Na medida em que uma questão- seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público- é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Por fim, a última causa apontada da judicialização que é o nosso singular sistema de controle de constitucionalidade. De acordo com Lenza (2008), o controle de constitucionalidade brasileiro é tido como híbrido, ou seja, advém da junção do sistema americano com o europeu. Nesse sentido, Silva (1999, p. 384):

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão.

A junção dos dois sistemas deu ao nosso uma larga amplitude que de forma indireta contribui para o processo de judicialização. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no artigo 103 da Magna Carta. Com base nisso, quase toda questão política ou moralmente relevante pode ser levada ao crivo do tribunal constitucional. Nesse sentido, fica notável que o nosso sistema de controle de constitucionalidade impele ao Judiciário a missão de adentrar nos mais amplos caminhos que envolvem a gerencia da coisa pública, resguardado pelo véu do controle difuso ou concentrado.

Nesse sentido pontifica Barroso (2008, p. 5):

É importante assinalar que em todas as decisões referidas, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O tribunal não tinha alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão (...) de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.

Da conjunção dos três fatores acima referidos, se depreende que a judicialização de fato existe, não obstante, não decorreu de uma opção ideológica ou filosófica; e sim da adequação do Judiciário no desempenho de sua atividade típica a toda a superestrutura constitucional posta neste sentido (redemocratização, constitucionalização ampla, controle misto e também amplo de constitucionalidade). Em suma, como bem pontifica Barroso (2010): "a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mais sim do constituinte.

O mesmo não pode ser dito do ativismo judicial, muito embora sejam extremamente parecidos, não se confundem, e nem têm sua gênese dos mesmos fatores. Enquanto a judicialização advém da postura constitucional de tutela escolhida pelo constituinte originário; o ativismo é oriundo de uma atitude escolhida e exercitada; desta forma, o Poder Judiciário escolheu pautar sua atividade de exegese constitucional de forma proativa, expandindo o seu sentido e o seu alcance.

O conceito de ativismo judicial é de difícil compreensão, não obstante Barroso (2008, p. 6) nos oferece um:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A origem do ativismo judicial remonta à jurisprudência norte-americana, tendo sido materializado naquele país como uma reação conservadora contra os avanços sociais e políticos alcançados por algumas das minorias daquele. Foi nessa atuação proativa que a Suprema Corte daquele país achou fundamento para a política de segregação social e racial imposta, como no exemplo de (*Dred Scott v. Sanford*, em 1857); também cita-se como marco, (*West Coast v. Parrish*, 1937) sendo esta última, a famosa queda de braço entre o presidente Roosevelt e a Suprema Corte que era ao tempo contrária ao intervencionismo estatal. Na década de 50 a tendência se inverteu tendo gênese o ativismo como hoje se concebe, revolucionário e evolutivo. Como exemplos históricos temos: envolvendo direitos fundamentais dos negros (*Brown v. Board of Education*, 1954); direitos das mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973); e o de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*).

No Brasil, são inúmeras as ocorrências em que saltam aos olhos a postura, agora ativista, em alguns setores de nossa Jurisprudência, em especial os Tribunais Superiores e o STF (Supremo Tribunal Federal). São exemplos notáveis: a) o da fidelidade partidária, em que o STF juntamente com o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) consolidou entendimento de que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político e não ao candidato, criando assim um novo caso de perda do mandato parlamentar; b) a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo com a expedição de uma súmula vinculante; c) o fim da chamada Verticalização.

Gomes (apud Fernandez, 2010), vaticina a existência de duas formas de ativismo judicial, qual seja o ativismo judicial inovador e o ativismo judicial revelador. O primeiro seria a criação do direito pelo juiz a partir do nada, de seu próprio intelecto; o segundo seria a inovação da ordem jurídica a partir de uma nova visão da norma já posta; ou seja, o juiz na verdade não criaria uma norma e sim ampliaria seu alcance balizado nos princípios gerais e nas normas constitucionais.

A doutrina é quase unânime em não aceitar a validade do “ativismo inovador”, esta atitude, segundo estes doutrinadores, é alicerçada no entendimento que o Judiciário não teria legitimidade democrática para tal criação. Este é o pensamento exteriorizado por Fernandez (2010):

É tão óbvio que o “ativismo judicial inovador” não tem valor próprio e carece de todo sentido que custa trabalho entender que quem o está praticando pertença a uma das elites que governa nossa sociedade. Carecem por completo de legitimidade as decisões que não estejam fundamentadas ou em consonância com os princípios e garantias constitucionais e legais, e, sobretudo, à luz dos valores comunitariamente aceitos e compartilhados. E se já não faz nenhuma diferença o fato de que todos os dias a imprensa publique o último atropelo político do país, porque no mundo dos Poderes já enlouquecemos todos e se manejam cifras de escândalo como se tratasse de uma troca de figurinhas em uma atividade que já não mais ultrapassa o umbral do trivial, com algo de tanta seriedade como é o tema do “ativismo judicial” não se pode ir com frivolidades.

Não obstante, a doutrina em geral aceita a segunda categoria do movimento ativista, o cognominado “ativismo revelador”. Assim se dá porque, o judiciário quando adota esta postura (ao ver desta corrente) não se comporta *contra legem* ou em desconformidade com a constituição; pelo contrário, essa seria uma importante arma na busca pela efetividade real dos direitos garantidos constitucionalmente. Os exemplos supracitados que ocorreram em nosso país são reflexos do ativismo revelador. Assim se depreende porque, nossa Suprema Corte, assim como as instâncias inferiores, não inovaram a ordem jurídica do nada.

Depreende-se que nossas cortes estão agindo de maneira proativa no sentido mais amplo possível de exegese da norma constitucional; as decisões acima foram tomadas com base em princípios constitucionais mais interiores, ou seja, nem sempre expressos literalmente no texto do documento político. Resumidamente, o STF tem pautado suas decisões com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e aplicando de maneira ampliada as disposições constitucionais a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador infraconstitucional. Saliencia-se, que o oposto do ativismo judicial era a regra em nosso país antes de 1988; era a época da auto-contenção judicial, que é a conduta pela qual o Judiciário se restringe de opinar e participar na concreção de políticas e direitos por conta da atuação dos outros dois poderes.

Dworkin (2002 apud CARVALHO, 2009, p. 1):

O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juizes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Nesta concepção o juiz teria unicamente o dever de adequar o caso concreto a lei, e observar um aspecto formal de legalidade na demanda. Denota-se que este pensamento está ultrapassado e já se tornou anacrônico por conta de todo o desenvolvimento na tutela dos direitos do homem ante a sociedade como foi visto no capítulo anterior.

As principais críticas a postura ativista hodiernamente giram em torno principalmente da sua legitimidade democrática; em específico, no possível desequilíbrio que este pode, ou está causando, no sistema de separação dos poderes. Não obstante, por questões didáticas não se procura resolver agora este questionamento, que será tratado mais aprofundadamente em momento oportuno no decorrer deste trabalho.

3.2 A POSTURA ATIVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS, DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Depreende-se que o fenômeno ativista no nosso país não se circunscreveu aos Tribunais. O Ministério Público também foi atingido por esta onda e são inúmeros os fatos que evidenciam esta afirmativa. Um exemplo bem delineado é o caso do MPF (Ministério Público Federal) do Estado de São Paulo que vem pressionando as grandes redes de fast food como McDonald's, Bob's e Burger King com o fito de que estas parem de utilizar como atrativos dos seus objetos de comercialização brinquedos e similares. Este posicionamento, de acordo com o órgão ministerial, tem alicerce na proteção da criança contra o estímulo excessivo de

consumo de alimentos calóricos, gordurosos e com alto teor de açúcar – Cristo (2010).

Na mesma esteira reporta Cristo (2010) em artigo jornalístico intitulado “MP adota ativismo e intervém em políticas públicas”:

Não é de hoje que a expressão "ativismo judicial" causa arrepios nos administradores públicos. Criada para designar, entre outras coisas, medidas judiciais que interferem no trabalho dos gestores do Executivo, a locução começa a criar raízes também no Ministério Público. Se as decisões ativistas têm como característica não só ordenar que o poder público resolva um problema, mas também de dizer de que maneira fazê-lo, muitas Ações Cíveis Públicas seguem o mesmo exemplo de supertutela. Questões como a venda de brinquedos em redes de *fast food*, contestação ao novo padrão de plugues e tomadas elétricas do Inmetro, o acréscimo de rampas de acesso para cadeirantes em casas populares em construção, regras para barraquinhas na praia e até a escolha do nome de alguns refrigerantes deixaram de ser assuntos de normatização exclusiva do Legislativo ou do Executivo — e de suas agências reguladoras — para ocupar as mesas do Judiciário em pedidos do MP.

O fato é que, cotidianamente se vêm inúmeras ações tanto no meio judicial como no meio extrajudicial em que o MP atua de forma enérgica e positiva. Camargo Ferraz (2001) afirma que mais de 90% dos casos de atuação jurisdicional na defesa dos interesses massificados decorrem de iniciativa do MP.

Observa-se que desde sua gênese aqui no Brasil o MP tem evoluído continuamente, passou de mero órgão acusador do Estado para um verdadeiro baluarte na proteção dos direitos das classes hipossuficientes e principalmente da ordem democrática estabelecida. Arantes (1999) denota a sedimentação desta instituição em nosso Estado Democrático:

O Ministério Público brasileiro esta passando por um importante processo de reconstrução institucional que, associado à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, tem resultado no alargamento do acesso à justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial. O Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de politização do sistema judicial.

Assim, o Ministério Público deixou de ser defensor do Estado para ser defensor da sociedade. A afirmativa supracitada é balizada em fatos; sendo o principal deles a notória liderança do MP na defesa dos direitos difusos, coletivos e

individuais homogêneos. *A supremacia ministerial no campo da tutela dos interesses difusos advêm do seu novel perfil estabelecido pela Constituição Federal de 1988.*

Não obstante, pontua-se que grandes modificações estruturais já haviam ocorrido na legislação com o intuito de balizar uma atuação mais ativa do órgão ministerial. Embora, no debate jurídico, seja comum identificar a CF/88 como marco inicial da mudança do papel institucional do MP e da normatização dos direitos difusos e coletivos, uma análise de textos legais anteriores é capaz de demonstrar que a nova constituição apenas consolidou em norma fundamental o que já vinha sendo instituído, através da legislação infraconstitucional. São exemplos: a Lei 6938, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei Complementar nº 40 de 1981, que definiu na nova organização do MP como uma de suas atribuições, "promover a Ação Civil Pública", a própria Lei da Ação Civil Pública, etc.

A Constituição Federal de 1988 veio a "constitucionalizar" os direitos difusos e coletivos em seu artigo 129, III; ampliando ainda mais a participação do parquet na proteção destes. Ela consolidou as normas processuais e de direitos substantivos introduzidos pela Lei da Ação Civil Pública e ampliou ainda mais o seu alcance. Como dito supra, a constitucionalização não foi o marco inicial; mais com certeza foi o mais importante.

Em suma, o Parquet já vinha experimentando uma intensa transformação em seu sistema de competências antes da constituição. Mas, foi por meio dela que este realmente assumiu seu lugar dentro do quadro institucional brasileiro como defensor das minorias, da separação dos poderes e principalmente defensor convicto da ordem democrática, tanto na busca pela primazia da legalidade, quanto na luta pela efetivação dos direitos coletivos e difusos constitucionalmente protegidos. Nesse sentido Arantes (1999):

A partir de 1988, o MP passou a invocar a Constituição como uma espécie de certidão de (re)nascimento institucional, suficiente para habilitá-lo a ultrapassar suas funções tradicionais e reforçar sua responsabilidade pela defesa dos direitos coletivos e sociais. Não se pode dizer que o texto constitucional tenha definido perfeitamente o conteúdo desses direitos e os mecanismos judiciais para sua proteção. Ao contrário, ele apenas fornece as bases de uma nova arena de solução de conflitos coletivos, cuja construção depende em grande parte do processo subsequente de afirmação institucional do MP e de avanços na regulamentação legislativa dos novos interesses e direitos.

A CF traz a positivação da instituição do MP no Título IV- Da Organização dos Poderes-; em seção própria (artigos 127 a 130); no capítulo referente às funções essenciais à justiça. Peremptoriamente, o perfil constitucional do MP está estabelecido no artigo 127, caput, da Carta Maior, que o define como instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis.

A principal consequência desta nova base axiomática e de competências instituídas pela Magna Carta ao parquet ministerial foi trasladá-lo da sociedade política para a sociedade civil; em suma, o torna legítimo titular e defensor da sociedade.

Almeida (2010) identifica três razões fundamentais que justificam este deslocamento: uma social, uma política e uma jurídica. A razão social se originou da vocação do MP na defesa da sociedade, ele assumiu este múnus paulatinamente no decorrer de sua evolução histórica por conta da hipossuficiência da sociedade brasileira em defender seus próprios interesses, esta hipossuficiência, segundo o autor, advém da fragilidade de nossa democracia e da pouca cultura política de nosso povo. A razão política foi surgindo a partir do exercício daquela instituição na defesa do Estado Democrático. E por fim, a razão jurídica que teve sua materialização com a própria CF, que concedeu ao MP a autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

Nesse sentido, Goulart (apud ALMEIDA, 2010, p. 12)

Interando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido construção da nova ordem, da nova hegemonia, do projeto democrático.

A nova sistemática constitucional, como dito supra, é o que da fôlego e legitimidade democrática ao MP na sua nova postura ativista que busca uma sociedade mais equânime e justa. Quando a Carta Magna afirma em seu seio que o Ministério Público é essencial a função jurisdicional do Estado, defensor dos interesses sociais não disponíveis, e além do mais, institui sua função promocional no seu artigo 129, III; ela dá ao parquet poder e autonomia no sentido deste buscar

a melhor forma possível de exercer seu importante papel em nossa sociedade. É o que Almeida (2010) chama Ministério Público como *custos societatis* ou *custos jûris*; um MP participativo das lutas sociais, que assume de uma vez por todas o seu papel como principal instância de defesa do cidadão. O autor supracitado nos traz o entendimento de Machado (apud ALMEIDA, 2010, p. 14) sobre esta nova classificação do MP:

[...] esse desafio de ruptura com o modelo tradicional da ciência e da praxis do direito, reproduzido pelo ensino jurídico brasileiro, essencialmente normativista e com evidentes traços ainda do modelo coimbrão, assume uma clara importância histórica que vai além da mera ampliação dos limites e possibilidades de atuação de um dos operadores jurídicos tradicionais. A existência de um *custos jûris* com possibilidade de empreender a defesa jurídico-prática da democracia e de um *custos societatis* destinado a defender os direitos fundamentais da sociedade, representam não apenas uma conquista efetivamente democrática da sociedade brasileira, mas também uma autêntica possibilidade de ruptura com o positivismo do direito liberal que desde o século passado sustentou, nos termos da lei, as bases oligárquicas do poder social, econômico e político no País.

Denota-se que a atuação ativista do MP, assim como a do Judiciário, faz parte de um *modus faciendi* específico para este novo estágio de desenvolvimento que se encontra nossa sociedade. É instrumental para a efetivação dos novos direitos que surgem na aurora de um novo século. Não se pode exigir a manutenção de antigas práticas e anacrônicos paradigmas na nova práxis da defesa da sociedade contra os novos e obscuros desafios que vem pela frente; afinal como já dizia a maior figura de todos os tempos, Jesus Cristo, não se coloca retalho de tecido novo sobre tecido velho.

3.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A ação civil pública é o *nomen juris* dado pela doutrina e jurisprudência ao instituto tutelado pela Lei nº 7.347/1985. De acordo com Zavascki (2006, p. 63), a supracitada lei trata-se de:

(...) um conjunto de mecanismos destinados a instrumentalizar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente "as ações de responsabilidade por

danos morais e patrimoniais" causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, à ordem econômica e à economia popular (artigo 1º).

Muito embora seja tida como o principal sistema de proteção e efetivação dos direitos transindividuais, o aparelho processual estabelecido pela supracitada lei não foi o primeiro no ordenamento jurídico pátrio na defesa desses direitos. A Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular, já continha em seu âmago uma clara e forte tendência pós-positivista de proteção aos direitos que não se amoldavam à concepção clássica e individualista do Estado Liberal. Antes da edição da LACP, a proteção dos direitos difusos no Brasil resumia-se àqueles que se amoldavam ao amplo conceito de patrimônio público instituído pela Lei de ação popular. Portanto, a ação popular não se mostrava bastante efetiva na proteção dos supracitados direitos; esta falta de instrumentalidade se dava pelos limites da coisa julgada (o provimento judicial só podia anular o ato ou determinar a indenização do mal causado). Em suma, sua tutela era tão somente corretiva e não supletiva ou preventiva, como convém à defesa dos direitos difusos.

A ação civil pública, por incorporar experiências legislativas e doutrinárias mais avançadas na proteção dos direitos metaindividuais, mostrou ser um instrumento mais efetivo, tanto na prevenção quanto na reparação dos danos causados por terceiros àqueles direitos. Nos estudos que antecederam a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, tomou-se como base experiências do direito comparado, principalmente da Itália, França, Alemanha e Estados Unidos, acerca do acesso à justiça nos direitos coletivos; legitimidade coletiva dos "corpos intermediários", por exemplo, o Ministério Público no Brasil; a revisão dos limites da coisa julgada, dando aos magistrados incríveis poderes, em específico a eficácia mandamental das decisões.

Uma questão bastante controversa na doutrina é quanto à natureza jurídica da ação civil pública, se de natureza material ou processual. Não obstante a controvérsia, a doutrina majoritária entende pela natureza processual deste instituto. A base intelectual deste posicionamento é a singularidade da ação civil pública em relação aos demais procedimentos cíveis especiais. Em regra, a denominação dos procedimentos cíveis especiais tem relação com a pretensão de direito material neles deduzida, por exemplo, a ação de consignação em pagamento, que é assim denominada porque tutela o direito material de pagar e de obter a quitação. Na ação

civil pública, a denominação não está relacionada com a pretensão de direito material, e sim com a legitimação ativa na proteção dos direitos transindividuais.

Nessa esteira, Mancuso (2006, p. 28), ao afirmar a natureza processual do instituto supracitado:

Também nos parece que a lei em questão é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela aos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos. Ainda que nos dois aspectos antes ressaltados (arts. 10 e 13) a Lei 7.347/85 apresente coloração de direito material, estamos em que, no mais, trata-se de lei de natureza processual. Há interesse nessa qualificação, a mais de um título: os textos legais de natureza processual trazem certas peculiaridades no que concerne a sua eficácia no tempo e no espaço, a sua interpretação, a forma porque se faz sua integração em caso de lacuna ou defasagem, enfim, a sua interação com os demais textos do ordenamento positivo.

O artigo 1º da citada lei estabelece como objeto essencial de sua proteção os direitos transindividuais; em síntese e transcrição do referido artigo, poderíamos exemplificar, como bens tutelados: o meio ambiente, o consumidor, a ordem urbanística, etc. Não obstante, foi com a Constituição Federal de 1988 (art. 129, III), que todos os interesses difusos e coletivos passaram a ter proteção jurisdicional, por meio da cláusula de reserva prescrita no supracitado artigo, *in verbis* aduzindo: “São funções institucionais do Ministério Público; (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Não obstante a ampliação do objeto da LACP pelo artigo 129, III, da CF/88, só era legitimado para servir como corpo intermediário de tutela aos direitos metaindividuais o Ministério Público. Esta restrita legitimação a um único órgão ou pessoa limitava a efetividade, tanto no plano abstrato quanto no factual, na busca por uma “ordem jurídica justa” e um amplo e equânime “acesso à justiça”.

Evidencia-se que esta restrição deixa de existir com a entrada em vigor da Lei Federal nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). A supracitada lei aperfeiçoou sobremaneira o sistema de tutela coletiva nacional, primeiramente positivando os conceitos, agora legais, de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. A norma consumeirista também se sobrepõe porque amplia o rol de legitimados para propor a ação civil pública na tutela dos direitos metaindividuais.

Nessa linha, estão agora legitimados para propor a ação civil pública, na defesa de todos os possíveis direitos difusos hodiernos, e até mesmo futuros, o Ministério Público, os entes federativos, as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica própria, e as associações legalmente constituídas a pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos supracitados direitos.

Alonso Jr. (2005, p. 207) explica a importância do CDC na tutela dos direitos coletivos:

(...) cria uma interação entre o CDC e a LACP, instituindo um sistema processual coletivo até então inexistente em nosso país e viabiliza a tutela dos interesses difusos e coletivos já identificados pelo legislador, bem como proporciona a proteção processual de novos valores e interesses que vão sendo identificados e agregados ao objeto da ação civil pública, gerando gradativa e dinâmica ampliação em seu alcance.

Rodolfo Camargo Mancuso já prenunciava em obra pioneira no Brasil que a ação civil pública “apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso a justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo “limbo jurídico”.

Assim, hodiernamente o objeto de proteção da Ação Civil Pública é o mais amplo possível, graças à inserção da cláusula de expansão supracitada. Esse rol de direitos veio a ser potencializado por alguns adendos como afirma Mazzilli (apud MANCUSO, 2006, p. 40):

(...) inexistente taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais colegitimados do art. 5º da LACP – Lei da Ação Civil Pública, e art. 82 do CDC.

Depreende-se que o artigo 83 do CDC, quando trata de sistema de tutela coletiva, estabelece que, para a defesa dos direitos e interesses metaindividuais, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela destes. Assim, pode-se extrair da exegese do supracitado artigo, que não há mais limitação ao tipo de ação para que as entidades enumeradas no art. 5º da LACP e art. 82 do CDC venham a perseguir a efetivação dos chamados direitos

de terceira geração. Neste diapasão, entendendo-se que a natureza da ação é dada pelo pedido feito pela parte, os co-legitimados na proteção coletiva podem, para a efetivação de seu mister, propor os mais variados tipos de ação como: mandamentais, cautelares, de conhecimento, preventivas, executivas, condenatórias, etc. Nesse sentido, Alonso Jr.(2005, p. 209):

Como se percebe, atualmente, o ordenamento jurídico positivado possibilita toda e qualquer espécie de provimento judicial em demandas coletivas, incluindo várias áreas do campo democrático, das liberdades e igualdades crescentes. A ação civil pública que controla o poder estatal, quando em uso igual ao da ação popular por desmandos com a coisa pública (art. 129, III, da CF), também pode ser usada quando direitos coletivos fundamentais (art. 5º) forem ameaçados (...) por exemplo, em casos de pagamentos de impostos sem devida base legal (...) de superlotação de presídios (...) para viabilizar o desagravo público a minoria cuja honra seja aviltada; para assegurar a realização de eventos religiosos, dentre outras hipóteses. No campo dos direitos sociais (art. 6º e SS.), sua utilização é adequada, quando, por exemplo, exista desvio de verbas da saúde (...), investimentos públicos frontalmente contrários ao interesse do povo, dentre outros. No campo político, tributário, econômico, em suma, sempre que o cidadão coletivamente considerado sofrer ameaça de lesão ou tenha sofrido efetivamente lesão aos seus direitos, será possível instrumentalizar a ação civil pública.

Saliente-se que não é possível a utilização da ação civil pública no campo dos direitos individuais, a não ser que demandados coletivamente (individuais homogêneos). O alcance da efetividade do processo coletivo, em específico da LACP, é mais presente nas áreas do direito em que as normas possuam maior efetividade e concretude; por exemplo, na parte que toca os direitos fundamentais, já que estes têm sua realização voltada mais a um fazer ou não fazer por parte do Estado, ou até mesmo de um particular (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Verifica-se um campo também muito fértil hodiernamente na utilização da jurisdição coletiva, em específico, da ação civil pública, para a proteção dos interesses difusos e coletivos, que é a questão do controle das chamadas políticas públicas. Esta seara apresenta inúmeras problemáticas, principalmente no que tange à sindicabilidade judicial nos atos do governo. Na verdade, a ação civil pública alargou exponencialmente o controle jurisdicional sobre as políticas públicas no Brasil. Assim, o Ministério Público (normalmente, é este ente que está no pólo ativo da ação, enquanto que a Administração Pública quase sempre fica no pólo passivo) pode hoje ajuizar ações contra os poderes da República, em específico e em geral,

contra a Administração Pública, nos mais diversos domínios, como saúde, educação, segurança, habitação e seguridade social.

O fundamento técnico-jurídico para o possível controle das políticas públicas é o mesmo para os demais pólos de atuação do instrumento da ação civil pública. Não obstante, tem-se um potencializador, que é a aproximação existente entre os interesses difusos e coletivos com os interesses públicos. Embora tenham conceitos parecidos, ambos não se confundem, haja vista que, nos direitos difusos, existe a impossibilidade técnica de se singularizar o seu detentor, o que não acontece com o interesse público, haja vista que este sempre se circunscreve ao interesse estatal típico.

A indivisibilidade dos interesses difusos também é apontada como um traço de distinção com os interesses públicos. Naqueles, em caso de lesão, toda a coletividade sofre seus malefícios e tem o seu direito perturbado; neste, quase sempre é o Estado que sofre a constrição ao seu direito por natureza conferida.

Mesmo com esta diferenciação, a proximidade entre estes interesses é cabal, fazendo com que muitas vezes o julgador, mesmo que de maneira indireta, interfira na dinâmica da Administração Pública.

A abstração na formulação dos direitos difusos e coletivos configura-se também em outro fator relevante para o controle das políticas públicas via ação civil pública; neste sentido é o magistério de Fontes (2005, p. 473), o qual aduz:

As normas jurídicas materiais invocadas na proteção dos interesses difusos e coletivos são com freqüência muito abstratas. Esses interesses difusos – relativos à proteção do meio ambiente, (...) as prestações estatais de educação e saúde – são em parte produto das transformações do Estado e do direito no século XX, sintetizadas na expressão *Welfare State* ou Estado Providência. Estão geralmente inscritos nas Constituições ou nas declarações de direitos nacionais ou internacionais e o seu reconhecimento se faz sob a forma de princípios gerais; acontece que também esses textos mudaram de natureza, passando a gozar de uma forma normativa que não se lhes reconhecia antes. A função jurisdicional, chamada a aplicar tais princípios gerais em situações concretas, vai ter, evidentemente, um papel fundamental na própria conformação desses direitos.

Depreende-se como outro fator que explica a intersecção políticas públicas – controle via ação civil pública, o caráter contingente dos interesses difusos. Este caráter se explica porque os direitos difusos têm seu liame para com a coletividade baseado em situações de fato. Grinover (apud FONTES, 2005, p. 473), explica que “trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades,

também coletivas, sinteticamente referidas à “qualidade de vida””. Por este caractere, evidencia-se que o legislador não é capaz de prever todas as situações que vão interferir direta ou indiretamente no progressivo rol dos direitos de terceira geração. A via judicial mostra-se, assim, a mais adequada à tutela desses interesses; estando o juiz alicerçado em uma maior margem de liberdade ao aplicar a norma ao caso concreto.

Por fim, chama-se à análise um último fator a alicerçar a dicotomia políticas públicas versus controle via ação civil pública. É o que a doutrina italiana chama de *conflittulità massima*, ou seja, conflituosidade interna. Os interesses difusos são cabalmente também interesses de massa, que sofrem constantemente agressões de outros direitos de massa. Exemplificando, o direito difuso a um meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF), para a sua efetivação, entra em conflito direto com outros direitos também resguardados, e que muitas vezes também são difusos, como por exemplo, o direito de uma determinada população ter em sua região um bom desenvolvimento econômico, ou a possuir direito a uma moradia em local de proteção ambiental. Nesse sentido, os juízes têm que fazer uma ponderação dos interesses em jogo, que muitas vezes são tutelados constitucionalmente.

Este fator justifica mais uma vez a grande margem de subjetividade no julgamento da lide. Por todo o exposto, a questão do controle de políticas públicas via ação civil pública já levantou muitos questionamentos sobre o possível risco de substituição ou confusão dos papéis de juiz e administrador, e até mesmo entre juiz e legislador. Em suma, urge a preocupação em que este controle venha a causar um possível desequilíbrio institucional entre os vários poderes do Estado. Esta controvérsia será deduzida com maior aprofundamento em momento oportuno neste trabalho.

3.4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL MAIOR DO MP NA CONCRETIZAÇÃO DE SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL: ASPECTOS ESPECÍFICOS DE SUA EFETIVIDADE INSTRUMENTAL

Como dito supra, a Ação Civil Pública é o principal instrumento de proteção e efetivação dos direitos metaindividuais, e o Ministério Público o maior

defensor destes direitos. Não é por outro motivo que a LACP, com todas as suas variantes, é o principal meio utilizado pelo *parquet* na concretização de suas funções institucionais, em específico, aquelas arroladas no artigo 129, III, da Constituição Federal.

Observa-se que, mesmo a LACP estabelecendo um amplo rol de legitimados ativos para sua propositura, existe uma grande concentração de propositura de Ações Cíveis Públicas pelo Ministério Público. Estudos revelam que no estado de São Paulo, por exemplo, 92,85% das ações cíveis públicas propostas foram ajuizadas pelo MP.

Lenza (2008) aponta algumas das possíveis razões desta grande concentração: a primeira sendo histórica – o MP assumiu o papel das associações de classe, que nunca foram desenvolvidas em nosso país; outra sendo política – a sociedade brasileira, principalmente depois da ditadura, sempre enxergou na lei o instrumento dos mais fortes e da elite detentora do poder; assim, com a restauração do regime democrático, levou-se a uma extensa positivação dos direitos constitucionais, ampliando, assim, sobremaneira, a competência dos órgãos de proteção a esses direitos; havendo também uma razão sociológica – o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, recorrendo quase sempre ao Estado paternalista; e havendo ainda uma razão econômica – haja vista que, em regra, as associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados para a propositura de ações que envolvam tamanha complexidade; por fim, a razão institucional e legislativa – haja vista que o legislador positivou o MP como parte ingressante da ACP, assim como o estruturou de todas as maneiras possíveis para o bom desempenho na proteção dos direitos difusos.

Segundo o supracitado autor, são vários os aspectos da LACP que a instrumentalizam como forma protetiva maior dos direitos metaindividuais. Os principais são: a) o amplo rol de legitimados à sua propositura, estabelecido no artigo 5º da Lei nº. 7.347/85; b) a extensa amplitude de seu objeto, estabelecida pela interação CF – LACP – CDC; c) sua ampla forma de tutela, estabelecida no artigo 83 do CD, o qual institui que todas as espécies de ações capazes de propiciar a efetiva tutela dos direitos metaindividuais são admissíveis; d) a natureza do provimento jurisdicional, oriunda da ACP; e) o sistema de cumprimento das sentenças.

No que concerne às três primeiras especificidades (amplo rol de legitimados, extensa amplitude do objeto e ampla forma de tutela), estas já foram

explanadas anteriormente neste trabalho. Neste diapasão, será explicada, com maior detalhamento, a questão referente aos efeitos e especificidades dos provimentos jurisdicionais e ao cumprimento destes.

No que tange à sentença oriunda de ação civil pública, alguns aspectos a tornam singular quando a questão é a tutela dos direitos metaindividuais. As principais especificidades que instrumentalizam esta singularidade são: a sua natureza cominatória e os efeitos supraindividuais de sua coisa julgada. No que concerne à natureza da sentença proferida na ACP, esta é tida como uma “demanda plenária”; neste caso, a sentença fará, desde logo, um juízo amplo e específico, ou seja, o mais completo possível a respeito da controvérsia. Outra faceta da sentença supracitada é a sua natureza cominatória, como aduz Mancuso (2006, p. 253):

Da leitura conjunta dos artigos 11 e 13 da Lei nº. 7.347/85 se extrai a conclusão de que a sentença na Ação Civil Pública tem, precipuamente, natureza cominatória (= *facere, non facere*). Em torno nessa nota essencial, gravitam algumas outras possibilidades que podem emprestar a essa sentença um colorido especial.

Assim, o artigo 11 da Lei nº. 7.347/85 estabelece que a ação pode ter como objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, determinando o juiz o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível. Esta se evidencia como uma das grandes peculiaridades que tornam extremamente efetiva a tutela dos direitos metaindividuais pela via da Ação Civil Pública, haja vista que a sentença desta não se restringe à mera anulação de um ato ou estabelecimento de uma simples multa ou prestação pecuniária, como na Ação Popular. O julgador pode determinar, de acordo com a natureza do objeto protegido, uma prestação positiva ou negativa de quem quer que seja, para prevenir ou efetivamente reparar o dano causado a um interesse tutelado pela LACP.

Pode-se exemplificar o caso de uma sentença que venha a exigir da Administração Pública que esta venha a criar um aterro sanitário como forma de proteção ao meio ambiente, extinguindo assim os lixões de determinada localidade; outro exemplo seria a exigência, em sentença, de que uma determinada empresa reflorestasse determinada área degradada por conta de sua atividade.

A possibilidade de cominação de obrigações positivas ou negativas na sentença supracitada tem o condão de realizar uma verdadeira e efetiva tutela do objeto das ações coletivas. Nesse sentido, Lenza (2008, p. 331), ao justificar este posicionamento do legislador:

A escolha justifica-se pela natureza jurídica do objeto das ações coletivas, especialmente quando em sua modalidade difusa, já que marcado pela titularidade indeterminada. Os legitimados ativos buscarão evitar o dano ao bem transindividual ou, uma vez ocorrido, a sua recomposição ao *status quo ante*, afastando-se a idéia da conversão em perdas e danos.

Ainda neste sentido, Meirelles (apud MANCUSO, 2006, p. 254):

Esta imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque na maioria dos casos o interesse público é o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano do que receber qualquer quantia em dinheiro para a sua recomposição, mesmo porque quase sempre a lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural (...).

Esta singularidade deve-se à vocação natural da LACP, tanto assim que, o artigo 13 daquela Lei estabelece que, mesmo havendo condenação em dinheiro, este será revertido a um fundo específico de proteção ao direito metaindividual lesado.

O artigo 16 da Lei nº. 7.347/85 estabelece que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator. Há de salientar que a coisa julgada neste sentido é a coisa julgada material, cuja definição está tipificada no artigo 467 do CPC. Vale ressaltar ainda que nas ações civis públicas a sentença só adquire o status de coisa julgada quando, além de não estar mais sujeita a recurso, for sentença de procedência ou quando a improcedência não tiver sido decorrente de insuficiência probatória. A escolha, pelo legislador, desta extensão supra partes é baseada também no sistema de concretização escolhido para a tutela dos direitos metaindividuais e pelas características intrínsecas do objeto protegido. É o que nos afirma Zavascki (2006, p. 78):

A extensão objetiva universal (*erga omnes*) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à

imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada.

Exemplificando esta questão, se em sede de ação civil pública o Poder Judiciário estabelecer prestação negativa por parte de uma determinada empresa, no sentido de que esta não venha mais a despejar seus dejetos industriais no sistema hídrico da região, nenhuma outra empresa que esteja situada à circunscrição territorial daquele órgão julgador poderá agir de maneira diferente do que fora estabelecido na sentença supracitada.

Por fim, o regime de cumprimento de sentença estabelecido para a ACP trata-se de um efeito secundário no caso de procedência desta. Tal como ocorre com a sentença penal condenatória, que tem como efeito mediato tornar certa a obrigação de reparar o dano, também a sentença proferida em sede de ação civil pública traz em seu âmago o efeito de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais sofridos, independentemente de nova sentença condenatória. Assim, é estabelecido o direito individual de um determinado sujeito de ver uma lesão a seu direito oriunda de outra lesão a um interesse metaindividual reparada logo quando do provimento jurisdicional da ação civil pública. Esta exegese é estabelecida pelo artigo 103, §3º do CDC.

Não obstante a todas as peculiaridades até aqui demonstradas, a fase de cumprimento de sentença da ação civil pública é a mesma estabelecida no Código de Processo Civil. Ou seja, o cumprimento da sentença independe de ação autônoma de execução, sendo promovido no âmbito da mesma relação processual. Não obstante, por conta da peculiaridade inerente ao objeto tutelado, existem especialidades também no que tange a este procedimento. A primeira especificidade se relaciona com a legitimidade ativa para a execução. Por conta da indivisibilidade e da impossibilidade de se determinar os sujeitos cujos direitos foram lesionados, o cumprimento de sentença será sempre requerido em regime de substituição processual, sendo seus legitimados os mesmos do rol constante no artigo 5º da LACP. A outra peculiaridade diz respeito ao já comentado destino de uma possível condenação em dinheiro, cujo respectivo valor se reverterá a um fundo protetor dos direitos metaindividuais lesados.

A pedra de toque da questão da execução na ação civil pública é, com certeza, a denominada execução específica. No magistério de Salles (2005, p. 90), o conceito de execução específica é:

(...) o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar o exato cumprimento das obrigações reclamadas, ou resultado prático correspondente. A execução específica contrapõe-se àquela atividade judicial destinada a promover a simples compensação pecuniária.

Neste sentido, a execução específica seria um reflexo direto da forma de tutela jurisdicional outrora explicada (tutela específica: obrigações de fazer ou não fazer). Diante disto, não poderia ser diferente, haja vista que a tutela executiva não é autônoma da fase de conhecimento. Deduz-se que, se na fase de conhecimento a tutela jurisdicional em face da ação civil pública é, em regra, baseada na tutela específica (exceção em nosso sistema processual), a fase executiva não poderia ser diferente, por conta da natureza e dos valores sociais resguardados na tutela coletiva, exigindo soluções judiciais impositivas de obrigações de fazer ou de abstenção.

Essa atividade executiva específica é instrumentalizada por medidas executivas de coerção, estas que encontram no direito comparado sua origem, analogamente ao *contempt of court* americano, que é a punição pela desobediência de uma ordem jurídica para garantir o cumprimento do que foi determinado em provimento jurisdicional. No direito brasileiro, as medidas executivas de coerção são materializadas no artigo 14, V e parágrafo único e no artigo 461, ambos do CPC, permitindo ao juiz a adoção da medida necessária para o cumprimento da obrigação de fazer ou para obter o resultado prático equivalente. Há, ainda, o artigo 330 do CP, tipificando o crime de desobediência à ordem judicial.

De acordo com Carlos Alberto de Salles (2005), a execução por coerção no Brasil normalmente se dá por meio de *astreintes*, previstas no artigo 14, parágrafo único, 287 e 461, §4º e 645, todos do CPC. Este tipo de “sanção” tem sua utilização normalmente vinculada a sua efetividade coercitiva. Neste sentido, se um grande grupo econômico sofre coerção por meio de *astreinte* judicial e esta, por si só, não se mostra idônea para a satisfação do mandamento jurisdicional, o juiz poderá adicionar outras formas de coerção indiretas, como a restrição de direitos ou a imposição de medida executiva mais gravosa (artigo 461, §5º do CPC).

Por fim, percebe-se que a ação civil pública tem em si, e também alicerçada em outros diplomas legais, a instrumentalidade necessária e suficiente para a proteção, concreção e até mesmo coerção na defesa dos direitos metaindividuais. Configurando-se como um instrumento jurídico que desde sua gênese foi lapidado com o intuito de, no futuro, servir de base para um possível Código de Processo Coletivo.

4 A PROBLEMÁTICA EXISTENTE ENTRE O SISTEMA FUNCIONAL DE SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO ATIVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEDE DA ACP

4.1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Configura-se um dos princípios centrais da democracia moderna a separação das funções estatais. Este princípio sempre foi tutelado historicamente por nossas constituições; com exceção da constituição de 1824 a qual trouxe uma forma anômala de separação formal das funções de estado com a existência de um quarto poder, o chamado “poder moderador”.

Nossa Carta Magna tipifica esta formatação das funções estatais em seu artigo 3º quando aduz que: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário”. Nossa Constituição ainda estabelece a separação dos poderes como cláusula pétrea, em seu artigo 60, §4º, III. Assim, fica vislumbrado o apego da Constituição brasileira ao sistema supracitado, como forma de se assegurar o sistema democrático e o respeito aos direitos fundamentais do homem pelo Estado.

Neste sentido, Moraes (2007, p. 373):

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbitrário e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A Teoria da Separação dos Poderes se incorporou ao constitucionalismo por conta da necessidade de se limitar o poder do ente soberano, que detinha na figura do monarca todos os poderes estatais, fazendo com que o Estado que outrora fora concebido para a proteção do homem, passasse a ser o maior empecilho ao seu desenvolvimento e liberdade. Montesquieu (apud DALLARI, 1995, p. 181),

principal sistematizador da supracitada teoria, justifica este posicionamento quando aduz que

(...) quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Assim, nosso atual sistema constitucional de repartição das funções estatais estabelece um intrincado rol de competências típicas entre os Poderes Legislativo (legislar e fiscalizar), Executivo (administração pública e execução das leis) e Judiciário (aplicar a lei aos casos concretos e a guarda da Constituição). Diante disto, não pode qualquer um dos poderes da República usurpar atribuições próprias pertencentes ao outro, ou praticar atos que venham a reduzir ou até mesmo esvaziar o fundamento e as finalidades de outro poder.

A doutrina da separação dos poderes foi construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado, e em função dos grandes conflitos políticos e sociais. O primeiro estudioso a tentar sistematizar uma limitação do Poder do Estado, fracionando sua competência foi Aristóteles, em "A Política" (2002), Livro III, Capítulo XI. Para este pensador, era injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo todo o poder do Estado; mencionando este também a impossibilidade prática de que um só homem tivesse em si todas as qualidades exigíveis no desempenho da administração da coisa pública.

No século XIV, no ano de 1324, surge Marsílio de Pádua, com a obra "Defensor Pacis", estabelecendo algumas diretrizes que singularizavam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com este pensador, o Poder Executivo deveria ser exercido pelo príncipe, enquanto que o Legislativo seria "comandado pelo povo". Pode-se vislumbrar uma primeira tentativa de afirmação da soberania popular. Maquiavel também dá sua contribuição em sua obra "O Príncipe" (2010), fundamentando a separação de poderes já posta na época. Ele entendia que esta forma de organização dava mais liberdade e segurança ao monarca, fazendo com que, indiretamente, esta segurança se refletisse no bom desempenho da coisa pública.

Não obstante a tudo isso, é somente no século XVIII que surge a primeira sistematização doutrinária da separação dos poderes com Locke; Dallari (1995, p. 183) explica a doutrina do supracitado pensador sobre a separação dos poderes:

Baseado, evidentemente, no Estado inglês de seu tempo, Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo Rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo Rei, era a prerrogativa conceituada como "o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras".

Finalmente, foi com Montesquieu, em sua obra "*De L'esprit des Lois*" (2002), que a teoria da separação dos poderes foi concebida como um sistema em que se conjugam um Executivo, um Legislativo e um Judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando praticamente a configuração que iria aparecer na maioria das constituições. Em sua opinião, deveria existir um órgão próprio e especializado para cada função, pois tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos príncipes, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes. Nesse sentido, Lenza (2008, p. 291):

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo deste pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou, dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americana e francesa (...).

Salienta-se, ainda, que o sistema de separação de poderes traz em seu entorno a questão da harmonização entre aqueles órgãos que detêm as funções de Estado. Essa harmonização é materializada por uma construção doutrinária, reflexo da doutrina supracitada, que é o sistema de freios e contrapesos. Esse sistema institui um regime de controles recíprocos entre os poderes, impossibilitando, assim, que um destes se hipertrofie em detrimento dos demais. Como exemplo em nossa Carta Magna, cita-se: o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal em crimes de responsabilidade, a indicação dos Ministros do STF pelo Presidente

da República e o Controle de Constitucionalidade exercido pelo Judiciário nos atos do Executivo e do Legislativo.

Dallari (1995, p. 185) explica a doutrina dos “*check and balances*”:

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

Muito embora a separação de poderes seja hoje um verdadeiro dogma na configuração do estado democrático de direito, muitas críticas são feitas a esta doutrina. A primeira delas, de acordo com Dallari (1995), é que a separação das funções de Estado é meramente formal, haja vista que esta não é absoluta e todos os poderes têm em si atribuições atípicas de sua atividade principal, a exemplo, em nosso sistema constitucional, das CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito) que têm poderes próprios de órgãos jurisdicionais, não obstante sejam comissões do Poder Legislativo, ou o poder que o chefe do executivo tem para editar medidas provisórias que têm força de lei.

Outro importante argumento citado por Dallari (1995, p. 185) é que este sistema jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos, ou o caráter democrático da sociedade. Nesse sentido, cita-se literalmente o magistério do referido autor:

A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com as situadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos anti-democráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.

Outro fator que impele pensamentos a respeito são os inúmeros exemplos de estados que, apesar de não seguirem a doutrina de Montesquieu, se mostram, muitas das vezes, muito mais democráticos e com uma maior segurança aos direitos individuais de seu povo. A exemplo cita-se a Inglaterra que, com seu regime parlamentarista, não consagra a separação de poderes.

Não obstante a todas essas críticas, o sistema de separação de poderes brasileiro, como citado anteriormente, é tido como cláusula pétrea no nosso ordenamento jurídico. A escolha por este caminho foi feita por nosso constituinte originário, que a entendeu como o melhor caminho para ser assegurada a democracia e a dignidade humana. Assim, não pode o legislador constituinte derivado, diminuir ou restringir a supracitada garantia. Deve este basear sua atividade legislativa na proteção do atual sistema utilizando-o como meio para conseguir dar efetividade aos objetivos da República Federativa do Brasil, estabelecidos no art. 3º da Carta Magna. Da mesma forma, o administrador público, o Judiciário e o Ministério Público, devem pautar suas atividades típicas e atípicas na guarda e proteção da separação de poderes, e por via reflexa do sistema democrático vigente.

4.2 DO CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Como explicado alhures, o sistema constitucional brasileiro estabeleceu, na estruturação de seu Estado, um intrincado sistema de separação das funções estatais entre os vários órgãos políticos da República. Assim, observou-se que cada um daqueles órgãos exercia uma atividade típica que em regra seria indelegável e independente da vontade dos outros poderes. Não obstante, também pôde se observar que esta formatação das funções estatais tem, intrínseca, em si, uma garantia protetiva de sua configuração e efetividade consistente na teoria dos freios e contrapesos. É com base nesta teoria (*checks and balances*) que se legitima o controle jurisdicional nos atos da Administração Pública. A Administração, na concretização de sua atividade típica, pratica atos jurídicos que, por sua especificidade, são denominados atos administrativos, pois que estes têm em seu

âmbito um série de atributos especiais que os distinguem dos atos jurídicos praticados por particulares, como a presun o de legitimidade, a auto-executoriedade e a imperatividade. Os atributos supracitados ganham fundamenta o jurídica por conta do interesse público que representam.

Muito embora os atos administrativos estejam ligados umbilicalmente ao princípio da legalidade estrita, que permeia toda a atividade administrativa, existem situa es em que o legislador, seja expressamente ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados, estabelece uma margem de discricionariedade ao administrador, onde este, poderá utilizar-se de um juízo de conveniência e oportunidade que o guie, na edi o ou não, de um determinado ato ou com qual objeto específico este será editado. Assim, distinguem-se os atos administrativos vinculados dos atos discricionários. O ato vinculado   aquele totalmente adstrito ao cont do da norma,  , em síntese, aquele em que o administrador não tem nenhuma margem de liberdade para praticá-lo, ou seja, o autor do ato deve se limitar a fixar como objeto deste o mesmo que a Lei previamente estabeleceu. Já o ato tipicamente discricionário   aquele em que ao administrador   permitido traçar linhas que limitem o cont do de seu ato, mediante a avalia o de critérios tipicamente objetivos. Para a edi o destes atos,   necessária a materializa o de um juízo de pondera o feito pelo administrador, um juízo de oportunidade e conveniência denominado mérito administrativo.

No juízo do doutrinador Carvalho Filho (2007, p. 113):

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avalia o da conveniência e oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato administrativo. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avalia o quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados a qualquer hipótese. Mas lhe   lícito valorar os fatores que integram o motivo a que constituem o objeto, com a condi o,   claro, de se preordenar o ato ao interesse público.

Muito embora a certa liberdade que tem o administrador a prática dos atos administrativos discricionários, esta não   ilimitada, devendo pautar-se na legalidade. A discricionariedade não afasta o juízo de legalidade que o administrador tem que prestar quando da prática do ato; ela são o mitiga, por necessidade do próprio interesse público.   neste ponto que se tem debatido sobre o controle do mérito administrativo. O Judiciário e a doutrina em muito divergem sobre os “limites da discricionariedade”. Ao Judiciário e ao Ministério Público   imposto o dever de

zelar pelo cumprimento das disposições normativas, ou seja, é deles o múnus público de aplicar e fiscalizar, respectivamente, o direito. Não obstante, esse dever-poder não é ilimitado, sendo um desses limites a separação dos poderes, e a partir dela, o dogma legal da não ingerência de um poder em outro na execução de suas finalidades típicas.

São nessas circunstâncias que exsurge um grande embate na doutrina a respeito do controle jurisdicional na órbita do mérito administrativo. A primeira pugnando pela intangibilidade do mesmo e a segunda, alicerçada em um novel paradigma constitucional, entendendo por uma relativização no dogma da impossibilidade de controle quanto ao motivo e ao objeto (mérito administrativo) dos atos discricionários.

4.2.1 Da posição clássica de intangibilidade do mérito administrativo

A presente corrente doutrinária ainda é a majoritária, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O seu alicerce legal e axiológico está no princípio da separação dos poderes e também na questão da especialidade dos órgãos administrativos no desenvolver de suas atividades típicas. Para os doutrinadores que apóiam esta vertente de pensamento, não poderia o judiciário se imiscuir no âmbito do mérito administrativo, isto porque se trataria de uma verdadeira invasão à competência constitucionalmente estabelecida à Administração Pública e, conseqüentemente, afetaria diretamente o sistema de separação dos poderes.

De forma reflexa, a constante intromissão, seja do Ministério Público, seja do Poder Judiciário na reserva de competência da Administração Pública, principalmente na discricionária criação e execução de políticas públicas traria, ao ver destes doutrinadores, um sério risco ao sistema democrático vigente, haja vista que não pode um poder ou um órgão de Estado hipertrofiar-se a tal ponto que esvazie o sentido existencial de outro na estrutura do Estado.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2007, p. 114)

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer o controle judicial sobre o mérito administrativo (...), se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não

se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar a função administrativa e que, na verdade, decorre da própria Lei.

Na mesma esteira, Alexandrino e Paulo (2007) entendem pelo não cabimento da “ingerência” do judiciário especificamente sobre o mérito administrativo. Para estes doutrinadores, o Judiciário não é o órgão mais adequado para tomar decisões tipicamente administrativas, ou seja, careceria o juiz de “aptidão” na gerência da coisa pública. Assim, por questões de típica idoneidade e especialidade na condução dos negócios públicos, o Judiciário não comportaria, por conta de sua estrutura própria, o desempenho de tal mister.

Nesse sentido, Alexandrino e Paulo (2007, pp. 348-349):

Justifica-se facilmente essa necessidade de, em certas circunstâncias, conferir a lei ao administrador o poder de decidir sobre oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo: somente ele, administrador, vivenciando as diversas situações concretas que se lhe apresentam e conhecendo os meandros da atividade administrativa tem condição de aferir tais elementos.

Esse é o motivo pelo qual não se admite a aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Não faria sentido o juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e necessidade administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador, que vive aquela realidade no seu dia a dia.

A doutrina que defende a intangibilidade do mérito administrativo ainda tem como alicerce duas teorias, sendo elas: a teoria da reserva do possível e a teoria do governo dos juizes. A teoria da reserva do possível é oriunda da doutrina alemã, esta pugna pela vinculação da efetivação dos direitos materiais à possibilidade financeira e orçamentária do Estado. Nesse sentido, não poderia o Judiciário ou mesmo o Ministério Público imiscuir-se na feitura das políticas públicas da Administração, exigindo-lhe o adimplemento de determinado direito, sem que este tenha à disposição recursos suficientes para concretizá-lo.

Nessa esteira, Mânica (2007, p.13)

Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Complementando o posicionamento defendido supra, o mesmo doutrinador (MÂNICA, 2007, p. 14) aduz

Nessa perspectiva, segundo entendimento de alguns, a teoria da reserva do possível passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação de poderes e pela discricionariedade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária. Como assinalou Ana Paula BARCELLOS, "na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais".

A teoria do governo dos juízes, de origem norte-americana, é um reflexo da postura ativista que tem tido a Suprema Corte naquele país. Ela seria um sintoma de desequilíbrio entre as funções precípuas do Estado, ou seja, seria a concreção de uma desregulação no sistema de separação de poderes de um determinado Estado. Nesta ótica, estaria o juiz tomando para si a função do administrador, esvaziando a competência típica do Executivo, e desvirtuando de maneira incontestada o sistema democrático estabelecido constitucionalmente, sendo uma afronta direta às garantias contra um Estado despótico e absoluto. Assim, de acordo com essa teoria, careceria o Poder Judiciário de legitimidade democrática para a condução de questões especificadamente administrativas por conta da sua não representatividade perante o povo, haja vista que, seus quadros não são compostos por representantes eleitos pelo povo.

4.2.2. A mitigação da intangibilidade da discricionariedade com alicerce na nova sistemática neoconstitucional

Uma segunda corrente surgiu como alternativa oposta ao dogma liberal da intangibilidade do mérito administrativo. Esta se alicerça em um novo parâmetro de exegese constitucional oriundo de um movimento de transformação do direito denominado neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo é uma nova visão que

a doutrina e a jurisprudência lançam sobre o documento máximo de constituição do Estado. De acordo com este movimento a constituição ocupa um lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico, ostentando um patamar intransponível de superioridade, normatividade e centralidade. No magistério de Barcelos (2008, p. 152):

A expressão "neoconstitucionalismo" designa o estado do constitucionalismo contemporâneo, e que apresenta características metodológico-formais matéricas. O constitucionalismo atual opera sobre três premissas metodológico-formais fundamentais (normatividade, a superioridade e a centralidade da constituição) e pretende concretizá-las elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia a dia na aplicação do direito. Quanto as características materiais, ao menos dois elementos merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais relacionados com a dignidade humana e os direitos fundamentais; (ii) a expansão dos conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Assim, urge a pedra de toque desta vertente exegética da constituição, que é o entendimento que faz do princípio constitucional norma absolutamente imperativa de direito. Ou seja, os valores estratificados no texto constitucional ganham vida e adentram com enorme força (força de norma constitucional) na solução de litígios e principalmente como meio concretizador de outros direitos constitucionais.

Nesse sentido Canotilho (2000, p. 1127):

Esta perspectiva do sistema constitucional, tendentemente principialista, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. *Infra*, colisão de direitos fundamentais), mais também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtêm-se através da textura aberta dos princípios; a legitimidade entrever-se na idéia dos princípios consagrarem *valores* "liberdade, democracia, dignidade" fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescrua-se na *referencia sociológica* dos princípios a valores, programa funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtêm-se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstancias factuais e legais (Bin).

Essa corrente doutrinária entende que só por meio de uma verdadeira consolidação das regras constitucionais o Estado conseguiria concretizar os direitos

postos ao povo. A constituição de acordo com essa doutrina é a base maior do direito positivo, em suma, ela seria a gênese e base de todo o sistema legal, muito além disso ela seria o próprio direito positivo.

No magistério de Canotilho (2000, pp. 1139-1140):

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos *de direito* e com os meios *do direito* os instrumentos de governo a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir esses objectivos são, como se viu atrás de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regra e princípios constitucionais valem como lei: *o direito constitucional é direito positivo*. Nesse sentido se fala na **constituição como norma** (Garcia de Enterría) e na **força normativa da constituição** (K. Hesse).

Nessa esteira, de acordo com movimento supracitado, dois princípios constitucionais seriam os principais instrumentalizadores da novel forma de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Seriam eles o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art.5º, inc.XXXV, CF) e o princípio da publicidade (art.37, *caput*, CF).

Neste sentido Oliveira Moraes (2004, p. 107):

O princípio constitucional da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no Direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle.

Como consectário desta formação primordialmente axiológica, todos os princípios informadores da gerência da coisa pública estabelecidos implícita ou explicitamente na constituição, seriam potenciais parâmetros de efetividade das necessidades sociais, assim como, vetores de controle concreto da atividade administrativa não vinculada. Neste sentido Oliveira Moraes (2004, p. 112):

De acordo com essa perspectiva doutrinária, ocorreu no Brasil, a partir da carta política de 1988, a constitucionalização dos princípios da Administração Pública. O artigo 37 da atual Constituição Federal refere-se de forma expressa aos princípios de observância indeclinável pela Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos poderes da União: os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Assim, ancorado nesta exegese neoconstitucional, poderia o judiciário anular um determinado ato administrativo não vinculado por entender que este não está seguindo o parâmetro normativo de algum dos princípios constitucionais, como por exemplo o princípio da moralidade administrativa ou o da eficiência.

Infere-se que os princípios informadores desse processo não são somente aqueles específicos da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF). Princípios implícitos como o da razoabilidade, presunção de inocência e juiz natural também podem perfeitamente desempenhar um salutar papel de controle e efetivação dos interesses sociais, principalmente daqueles difusos e coletivos. Neste sentido Fontes (2005, p. 479):

Um controle igualmente limitado do poder discricionário é aquele que resulta, em vários países, da aplicação de princípios gerais do direito que permitem afastar abusos na interpretação da norma jurídica. É o caso do princípio da proporcionalidade na Alemanha ou da razoabilidade na Inglaterra. É também o controle *restreint* ou *minimum* da discricionariedade que se permite o juiz administrativo francês no quadro da jurisprudência de *erreur manifeste d'appréciation* e do *bilan coût-avantages*, considerado por alguns como expressão do mesmo princípio da proporcionalidade.

Por meio deste controle de ênfase principiológica, da nova doutrina neoconstitucional, conseguir-se-ia ir muito além de uma simples observação de subsunção do ato à lei. O controle, a seu ver, agora seria real, a legalidade observada seria real. Em suma, o cotejo rigoroso dos atos administrativos em face dos valores e axiomas constitucionais, formaria uma ponderação poderosa apta a viabilizar a concretude dos mais altos fins que presidem o direito administrativo, conferindo-lhes a devida eficácia social, em harmonia com a idéia-chave de que a Administração Pública deve, de modo concomitante, guardar obediência à lei e ao direito.

Por exemplo, o Judiciário poderia anular um determinado ato administrativo, e dependendo do instrumento jurídico e do bem tutelado, até mesmo determinar como o administrador público deveria proceder. Assim, poderia um determinado prefeito em época eleitoral construir no município uma praça de eventos, não obstante a cidade careça do mínimo de infra-estrutura nas vias públicas, faltando em quase a totalidade do perímetro urbano calçamento e até mesmo esgoto. Neste caso, com base na abordagem neoconstitucional do princípio

enquanto norma, poderia o judiciário imiscuir-se no mérito dessa questão a priori legal, e declarar sua ilegalidade, pois esta não estaria adimplindo os ditames (agora com força constitucional) da razoabilidade e da moralidade pública.

Assim, percebe-se que sob o prisma da doutrina neoconstitucional, não existiria ingerência de um poder em outro; o que haveria seria um aprofundamento do conceito de legalidade (os princípios e valores como normas) ampliando-se sobremaneira o controle de legalidade sobre estes atos. Em suma, para os partidários da corrente neoconstitucional, não existe um controle sobre o mérito administrativo, e sim um controle dos limites legais da discricionariedade administrativa.

4.3 ANÁLISE ACERCA DA POSSÍVEL INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Por todo o exposto até aqui, insurgi a problemática central a ser analisada neste trabalho, que é a possível inconstitucionalidade da atuação ativista do *parquet* no tocante a proteção dos direitos difusos e coletivos, instrumentalizando-se da Ação Civil Pública contra a Administração Pública. A questão se torna tormentosa por conta das características próprias do instrumento processual supracitado. Como visto alhures, a Ação Civil Pública foi formatada de tal forma que se tornou o principal meio de defesa dos direitos acima citados. Aspectos que lhe são circunscritos como o caráter *erga omnes* de seu provimento jurisdicional, amplo rol de legitimados, e principalmente a possibilidade de se estabelecer, em via de regra, a tutela específica, são alguns dos fatores que levam muitos doutrinadores [Mancuso(2006), Lenza (2008), Zavascki,(2006)] a questionar se não se estaria criando um desequilíbrio institucional em nosso sistema jurídico.

Desta feita, urge a problemática: como compatibilizar a novel posição do Ministério Público no atual sistema constitucional (defesa dos interesses difusos e coletivos) com o sistema de separação de poderes (especificamente no que tange ao controle da atividade administrativa não vinculada).

No início deste trabalho foram verificadas as características inerentes aos direitos difusos e coletivos. Assim, pode-se citar, por exemplo, a sua abstratividade, indivisibilidade, alta conflituosidade, indeterminação dos seus portadores, etc. Consoante a estas peculiaridades a doutrina majoritária entende que a efetiva tutela destes direitos não pode ser feita ou materializada com base no sistema processual liberal até então existente, neste sentido [Lenza (2008), Zavaski (2006), Mancuso (2006), etc]. O sistema processual burguês é, ao ver destes autores, incompatível com as matizes intrínsecas a estes direitos. Segundo estes, um sistema de cunho eminentemente individualista e de provimentos baseados em critérios pecuniários não pode dar efetividade aos reclames próprios destes interesses; estes demandam uma tutela coletiva, um provimento jurisdicional apropriado que não se afeiçoe a reparações meramente pecuniárias e abstratas. Assim, a atual sistemática do processo coletivo brasileiro ao ver destes doutrinadores é compatível e legítima na tutela dos interesses difusos e coletivos.

Não obstante a este posicionamento dominante, grande parte da doutrina e da jurisprudência [Carvalho Filho (2007), Alexandrino (2007), etc.] ainda vê com maus olhos a utilização em absoluto deste sistema de proteção por parte do MP e também do próprio Judiciário contra o Estado, em específico contra a Administração Pública.

A questão envolve uma possível incompatibilidade entre o sistema de separação funcional dos poderes com a ampliação do controle jurisdicional pelo método neoconstitucionalista e ainda com a possibilidade de o provimento jurisdicional estabelecer uma obrigação de fazer e não fazer ao Estado.

Neste sentido Fontes (2005, p. 471-472):

Essa judicialização sem precedentes da vida administrativa não tardou a provocar questionamentos quanto aos limites da intervenção judicial, ditados principalmente pela chamada discricionariedade administrativa. Da mesma forma em relação as obrigações impostas no quadro da ação civil pública, levantou-se algumas vezes o problema de sua base legal, receando-se que o Judiciário, a pretexto de proteger os interesses difusos e coletivos, passasse a criar a norma por ele aplicada.

Como exposto alhures, a doutrina ainda se digladiava na tormentosa questão sobre o sistema constitucional de separação dos poderes e a atitude ativista do MP, uma parte não a aceitando, e a outra entendendo ser esta a postura que deve ser utilizada para o bom exercício de seu múnus público, pois como visto

supra, o *parquet* é incumbido constitucionalmente como defensor da sociedade, do sistema democrático e de todos os direitos difusos e coletivos que por ventura surjam no decorrer histórico. Assim, no olhar da segunda corrente, não só pode, como deve o Ministério Público atuar ativamente no seio social na busca por melhorias para a população e principalmente dar garantia ao cumprimento da constituição.

Neste diapasão o MP se utiliza da ação civil pública para este fim, fazendo uso de todos os “benefícios” que a sua formatação possa oferecer como o pedido de se impor ao administrador a obrigação de fazer ou praticar determinado ato como forma de proteger ou tutelar algum direito.

Neste sentido Frischeisen (apud MANCUSO, 2006, p. 44):

Nesse sentido, a margem de discricionariedade da administração da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona de uma maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente. Isso implica, prossegue, em que a atuação do MP “não é somente de atuar para corrigir os atos comissivos da administração que por ventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também deve atuar na correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

Explicada a questão da legitimidade ativista do MP, tem-se a questão da separação dos poderes.

Como se observou alhures, a corrente neoconstitucional pugna por um controle mais amplo dos parâmetros de legalidade no ato administrativo não vinculado. Este pensamento como exposto supra, tem fundamento na doutrina que entende ser os “princípios normas de direito positivo constitucional”, estando estes princípios acima até mesmo do que fora estabelecido em lei infraconstitucional. Nesta compreensão o mérito administrativo encontraria seus limites também nos valores constitucionais, balizando assim um controle mais amplo. Da mesma forma, a separação de poderes como princípio constitucional ao ver desta doutrina, também ganhou uma nova roupagem. Por meio desta novíssima corrente de pensamento, o axioma acima mencionado deve deixar de ter um aspecto intangível de espírito liberal; assim, este deve se amoldar aos novos matizes sociais e estatais.

Assim, o pensamento neoconstitucional entende que quando este princípio foi sistematizado pela primeira vez, este era arma de combate contra um

Estado absoluto, como relatado anteriormente; não obstante, como tudo na vida social se transforma, as necessidades da sociedade e do próprio estado também se transformam.

Onde antigamente a luta contra o Estado Leviatã era um imperativo de primeira ordem, hodiernamente não o é. Insurge contemporaneamente a necessidade não de um Estado mínimo, e sim, de um Estado regulador que possa dentro dos parâmetros da justiça distributiva estabelecer uma isonomia material mínima ou, no dizer desta doutrina, do mínimo existencial. Em suma, para esta doutrina, as necessidades hoje são muito mais voltadas a um Estado protetor dos direitos da coletividade de que um Estado omissivo e esquecido dentro do invólucro do sistema liberal.

Neste sentido Oliveira Moraes (2004, p. 110-111):

Assim, no direito brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional, e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da administração pública, desdobrável em discricionariedade e valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada "área de livre decisão" que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da administração pública, de publicidade, de impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaça de direito.

Assim, segundo os neoconstitucionalistas, não pode a separação de poderes ser utilizada como obstáculo na concretização dos direitos sociais, difusos e coletivos. Seria por este motivo que cada vez mais a jurisprudência e a doutrina vem entendendo por um maior acatamento deste controle mais profundo de legalidade principiológica e valorativa. Trata-se de um imperativo, um esforço hercúleo para que se possa dar materialidade e efetividade máxima aos direitos constitucionais. Em suma, tem-se verificado um crescimento vertiginoso dessa posição no sentido de se obedecer ao parâmetro interpretativo maior da "máxima eficácia e alcance das normas constitucionais".

Não obstante a este vertiginoso crescimento da doutrina neoconstitucional, a questão da imposição de obrigações de fazer e não fazer é com certeza a mais tormentosa e a mais passível de críticas. A maior parte da doutrina [Germana Oliveira (2004), Carvalho Filho (2007), Marinella (2007)] entende que não

pode o MP pedir diretamente em via de ação civil pública uma obrigação de fazer ou uma atitude omissiva por parte de outro órgão estatal. Conquanto, como visto outrora, há aqueles que defendem a imposição dessas obrigações aos entes estatais, especificadamente contra a atividade administrativa não vinculada. Este pensamento se alicerça na necessidade de se dar efetividade aos direitos difusos, que como visto demandam uma forma de tutela específica e incisiva.

Mesmo entre aqueles que apóiam a imposição de tutela específica aos entes estatais existem distensões. A maior parte destes entende ser cabível a imposição judicial no que tange as obrigações de fazer no campo da atividade prescritiva, ou seja, obriga a Administração a utilizar-se de seu poder de polícia como forma de concretizar direitos que não foram resguardados pela mesma.

Nesse sentido Fontes (2005, p. 482):

No entanto a jurisprudência tem se mostrado receptiva a ações dessa espécie, que tem grande importância na defesa dos interesses difusos e coletivos. Uma decisão de STJ confirmou, em sede de ação civil pública, a obrigação imposta à administração de fiscalizar a utilização do solo urbano e de se valer da autoexecutoriedade do ato administrativo para fechar estabelecimentos comerciais regularmente instalados. O Tribunal asseverou então: "o agente público está adstrito ao princípio da legalidade, não podendo dele se afastar por razões de conveniência subjetiva da administração. Por conseguinte, não há na espécie violação do princípio da separação dos poderes.

Com certeza a maior obscuridade existe quanto à imposição de obrigações de realizar atividades materiais. Esta imposição é advinda na maior parte das vezes de ações civis públicas propostas pelo MP no exercício de sua competência de defensor dos direitos sociais, difusos e coletivos. Por exemplo: o MP, pretendendo efetivar o direito social à educação, exige em sede de ação civil pública a construção ou a reforma de uma determinada escola. A maior cizânia sobre este tema é devida a vinculação existente entre o adimplemento da obrigação e a possibilidade financeira da Administração. Para a maioria da doutrina [Germana Oliveira (2004), Marinella (2007), Alexandrino (2007)] não pode o MP ou o Judiciário exigir da Administração Pública uma determinada prestação material sem que esta disponha dos recursos necessários para a sua execução. Trata-se da chamada "reserva do possível". Como visto alhures, esta teoria é até mesmo um dos fundamentos daqueles que entendem pela intangibilidade do mérito administrativo de acordo com os moldes clássicos.

Observa-se o magistério de Dinamarco (apud FONTES, 2005, p. 483):

É bastante freqüente serem ajuizadas ações civis públicas em face de um ente estatal qualquer que significam na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos. Assim, muitas vezes os autores dessas demandas coletivas, com pretextos os mais variados, pretendem invadir o campo da discricionariedade administrativa. Nesses casos, a demanda será juridicamente impossível.

Não obstante a este posicionamento doutrinário majoritário, há ainda aqueles que entendem o cabimento das obrigações materiais específicas à Administração Pública nos casos de responsabilização civil do estado e em obrigações explicitamente vinculadas na lei. É o que a doutrina chama de redução do poder discricionário diante do caso concreto.

Neste sentido Carvalho Filho (2007, P. 81) aduz que:

Apesar da inegável dificuldade de demarcação, temos entendido que o pedido, principalmente no caso de se tratar de obrigação de fazer, ou não fazer, é juridicamente possível quando estiver preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo estado, da qual se origine a violação de direitos coletivos ou difusos. Em contraposição, não se pode considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene ao poder público ao cumprimento, de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer ou não fazer.

Como exemplo, poderia o MP de São Paulo exigir em sede de ação civil pública que o poder executivo estadual construísse uma estação de tratamento em uma região que carece de tratamento de esgoto, haja vista que esta obrigação já se encontra estabelecida literalmente no texto da constituição daquela unidade da federação. Da mesma forma, se por conta da omissão em não tratar os esgotos o poder público causasse dano ao meio ambiente, nesta questão específica o que se erige contra a Administração é a sua responsabilização pelo dano ambiental.

Nessa mesma esteira mais de forma mais temperada, Parejo (apud OLIVEIRA MORAES, 2004, p. 163):

(...) o juiz não pode estender sua ação à substituição da regra criada pela administração (substituição à qual levaria redobrar os esforços de redução da discricionariedade), porque não é competente nem tem legitimidade para tanto, pois sua legitimidade é do tipo "jurídico-objetivo". De toda sorte, reconhece não ser em todos os casos que se entende indevida a substituição do ato pelo juiz, a qual somente será cabível quando existir regra suficiente de direito objetivo determinante da solução do caso.

A retromencionada autora ainda cita como base de seu entendimento a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo espanhol, que acolheu a tese de que a substituição da decisão administrativa será possível sempre que o direito ofereça critérios bastantes para integrar o conteúdo do pronunciamento jurisdicional (STS de 1º de dezembro de 1993).

Não obstante o mérito da questão, a maior parte da doutrina ainda entende pela impossibilidade quase que absoluta de imposição e subsunção ao juízo de conveniência e oportunidade dada ao administrador.

Esta corrente, como afirmado supra, teme que a atividade judiciária passe a substituir com o tempo a da Administração, causando sérios danos ao nosso regime democrático. Neste sentido, pensando na situação do MP ante tudo isto, aduz Fazzio Junior et al (1999, p. 26):

O MP não pode agir de modo a transformar o administrador em escravo de uma legalidade abstrata e indiferente às peculiaridades, conjunturas e transformações das condições de governo. Fatores locais e temporais não podem ser olvidados sobretudo porque o Direito não incide sobre uma sociedade ideal e estática, apenas regula situações.

Inferre-se que, não chegou nem a doutrina nem a jurisprudência a uma posição segura da questão aqui exposta. Não obstante, observa-se, como dito supra, um movimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de admitir a substituição da valoração administrativa pela imposição de obrigações comissivas ou omissivas estabelecidas por exigência do Ministério Público comungado com o poder dos pronunciamentos judiciais oriundos do Judiciário.

Neste caso, exsurge como imperativo um esforço conjunto da doutrina e da jurisprudência no que tange à resolução deste conflito, haja vista a importância dos bens jurídicos e princípios democráticos colocados em cheque. Ou seja, o que está em jogo nesta questão não é simplesmente o apego a posições doutrinárias condicionadas a ideologias ou ideais políticos, e sim o direito de um povo ter resguardada a sua dignidade, sua possibilidade de desenvolvimento e principalmente de moldar o Estado as suas hodiernas atribuições.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, urge a fixação de um posicionamento ante este intrincado tema da ciência jurídica.

Como dito durante todo o desenvolvimento deste trabalho monográfico, a sociedade mudou e o Estado acompanhando esta evolução também mudou. A História nos desvenda todo o caminho que a humanidade percorreu no intuito de se buscar a proteção aos seus valores mais fundamentais, e da consecução do “mínimo existencial” para se ter uma vida digna.

Assim, o direito como forma de proteção social tendeu a adequar-se a esta nova formatação do substrato social. Consoante a este fenômeno foi que se operou o desenvolvimento dos direitos humanos enquanto expressão das lutas e distinções sociais.

A ciência jurídica como um todo se moldou a estes novos direitos (difusos e coletivos), tanto no seu âmbito material com a positivação dos mesmos nas cartas constitucionais; quanto em sua faceta processual, com o surgimento das ações coletivas.

Assim, de acordo com o nosso singelo parecer, surgiu o processo coletivo com as suas peculiaridades como forma de se efetivar os direitos que nasciam.

Nosso entendimento se firmou com a doutrina majoritária em compreender a atual sistemática do processo coletivo nacional como a mais acertada. Somente com uma forma de tutela firme poder-se-ia dar aos direitos coletivos e difusos uma real proteção e por fim materializar a sua efetividade.

Desta feita, parece-nos acertada a postura ativista que vem sendo demonstrada pelo *parquet ministerial* na tentativa de se assegurar para a sociedade toda uma gama de direitos dos quais esta depende para alicerçar o seu desenvolvimento. O que nos parece é que não há uma inconstitucionalidade nesta postura, haja vista que o MP vem agindo desta forma justamente para realizar de maneira satisfatória o seu múnus constitucional de defesa dos direitos difusos e coletivos.

De outra forma não poderia proceder o Ministério Público. Os direitos difusos e coletivos como demonstrado no desenvolvimento desta temática, tem em si uma série de características que os individualizam de qualquer outras formas de

direitos. A alta conflituosidade, a indivisibilidade de seu objeto, a indeterminação de seus sujeitos tornam absolutamente impossível a sua tutela pelo velho esquema jurisdicional liberal.

Em síntese, a problemática da proteção dos direitos difusos e coletivos não pode ser solucionada com o anacrônico ideal de uma jurisdição inerte.

Além disso, o sistema de separação dos poderes não pode ser mais entendido quando da sua idealização por Montesquieu. As necessidades da sociedade mudaram. O que se reclama com freqüência (e é sabido por todos), não é a insurgência de um super Estado que mina as garantias individuais. O que se tem por necessidade de primeira grandeza hodiernamente é a colocação de um Estado que venha por meio das políticas públicas certas, tornar mais iguais os desiguais.

A separação dos poderes foi idealizada como garantia do cidadão contra o soberano, e é assim que esta deve continuar a ser entendida. O que significa neste momento fazer com que uma instituição como o Ministério Público nos ajude a transformar o Estado (outrora separado das questões sociais) em um ente protetor dos direitos da sociedade que o legitima.

Não obstante, o dogma da separação dos poderes deve manter sua identidade protetiva contra eventuais eventos antidemocráticos. Desta feita, tornou-se tormentosa a fixação de um posicionamento quanto a possibilidade ou não de o MP em sede de ação civil pública (e baseado numa compreensão de máxima efetividade dos princípios constitucionais) vir a pedir um provimento jurisdicional ao Judiciário e este vir a ser acatado, com o objetivo de se estabelecer uma obrigação judicial para a Administração Pública quando esta estiver no exercício de sua competência administrativa não vinculada.

No deslinde desta problemática, foi observado a priori a fixação de duas correntes; a primeira de matiz clássica, entende como indevida toda a forma de "ingerência" no âmbito do mérito administrativo; a segunda, apoiada pelo movimento neoconstitucionalista entendia ser possível a tangibilidade do mérito administrativo por conta da ampliação do controle jurisdicional sobre esta.

Esta ampliação do controle como foi demonstrado alhures adveio do desenvolvimento da teoria que entende os princípios constitucionais como normas de direito positivo. Assim, o controle jurisdicional do mérito administrativo não mais se circunscreveria a mera legalidade formal; e sim a um aspecto que englobaria também os valores constitucionais positivados. Desta maneira, foram firmados os

limites da discricionariedade nos axiomas constitucionais, balizando assim um amplíssimo sistema de controle sobre os atos administrativos não vinculados.

Ao nosso ver, parece ser esta última posição a que mais agrada e vislumbra o nosso sistema constitucional, como forma de se cumprir fielmente os ditames constitucionais e principalmente realizar o Estado democrático de direito por meio da materialização dos valores e objetivos estampados na Magna Carta.

Em específico, entendemos ser mais sensato o posicionamento moderado que tem alguns doutrinadores que apóiam a segunda corrente de pensamento aqui exposta. Estes doutrinadores pugnam no sentido de que só é possível se estabelecer uma obrigação judicial para a Administração Pública pelo MP (conjuntamente com o Judiciário), em sede de ação civil pública, quando for possível a realização material desta, ou seja, quando houver recursos disponíveis para tanto; em suma, quando for resguardada a reserva do possível.

Não há que se cogitar uma separação real entre o decidido nos tribunais e a realidade factual da Administração Pública em nosso país que, como é notório na maioria das vezes, seja por má administração, seja por incontigências econômicas, não tem recursos suficientes para se concretizar todos os anseios sociais.

No entanto esta vertente doutrinária que agora se defende também entende pela possibilidade de se estabelecer tal obrigação de cunho judicial; mas somente quando o dever de proteção ou concretização da Administração Pública no que toca a determinado direito metaindividual for expressamente estabelecido em lei; ou seja, quando a lei ou a norma constitucional expressamente estabelecer esta obrigação de proteção e tutela. De maneira reflexa também se vislumbra a possibilidade supracitada quando a Administração tem o dever legal de reparação do dano causado a determinado direito difuso ou coletivo.

Pensamos ser esta a corrente que mais se coaduna com os parâmetros constitucionais imperativos de máxima eficácia dos direitos e valores constitucionais.

O órgão ministerial na execução do seu múnus constitucional deve sim primar pela máxima eficácia e concretude de suas ações. Não obstante, deve este manter limites razoáveis para a sua atuação, sob pena de que se venha a realmente se quebrar a harmonia e a independência dos poderes da República.

Deve-se lembrar que a função do MP é proteger o sistema democrático, e esta proteção se faz sim com a busca de concreção e proteção aos direitos da

coletividade. Não obstante, a proteção da democracia também passa de igual modo pela liberdade dos poderes e respeito à legitimidade democrática que cada um deles tem dentro de nosso sistema constitucional.

Em suma, sob nossa singela perspectiva, deve o Ministério Público no Brasil continuar a sua incessante luta pela concretização do ideal democrático em nosso país. Mas não se esquecendo de tudo o que já foi conquistado até aqui enquanto garantias de uma normalidade institucional.

O *Parquet* deve ter cuidado no exercício de sua bela competência e vocação democrática, para que não passe de protetor dos direitos da sociedade para responsável por um futuro arroubo autoritário e antidemocrático.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. **Revista Jurídica Fafibe**, São Paulo, Ano II, nº. 1, outubro de 2010. Disponível em: <[HTTP://www.fafibe.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf](http://www.fafibe.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf)>. Acesso em: 8 de outubro de 2010.

ALONSO JR., Hamilton. A Ampliação do Objeto das Ações Cíveis Públicas na Implementação dos Direitos Fundamentais. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A Ação Cível Pública após 20 Anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 14. Nº. 39. Fevereiro de 1999. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/.../14872>. Acesso em: 2 de setembro de 2010.

ARISTÓTELES. **Política**. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 3. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre Gerações de Direitos**. 2010. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-geracoes-de-direitos.cont>>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista OAB Editora**, São Paulo, 2008. Disponível em: <[HTTP://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 30 de setembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2010.

_____. Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

_____. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2010.

_____. Lei 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 2 de outubro de 2010.

_____. Lei 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de junho de 1992. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2010.

_____. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2010.

_____. Lei Complementar nº. 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 18. Ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARIGÉ, Augusto Nascimento. **O Estado Democrático de Direito e as Gerações de Direitos**. 2010. Disponível em: <www.juspodivm.com.br/.../%7BA8AE3B6F-C5E3-4EC0-97A6-435226FA5C27%7D_Artigocorrigido.doc>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. **Direitos e Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos**. São Paulo: LZN, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. Ed. Rev. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo Judicial em Crise. **Revista Jus Navigandi**. Abril de 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12781/ativismo-judicial-em-crise>>. Acesso em: 30 de agosto de 2010.

CRISTO, Alessandro. **MP Adota Ativismo e Intervém em Políticas Públicas**. 2010. Disponível em: <<http://wirna.wordpress.com/2010/01/30/mp-adota-ativismo-e-intervem-em-politicas-publicas/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FAZZIO JR., Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDEZ, Atahualpa. Ativismo Judicial. **Revista Jus Vigilantibus**. 10 de junho de 2009. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/40388/2>>. Acesso em 25 de agosto de 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIANINNI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 3. Ed. Milno: Giuffrè, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 10. Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007. Disponível em: < www.advcom.com.br/.../artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. Ed. ampl. rev. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2007.

MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Um Repensar Evolutivo Acerca das “Gerações de Direitos”**. 2010. Disponível em:

<www.dhnet.org.br/direitos/.../marques_geracao%20direitos.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2010.

MAQUAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 1. Ed. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 2010.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 1. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Execução Específica e Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.