

Interesses difusos: a ação civil pública e a Constituição

ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA

Advogado em São Paulo

I — Introdução

Há pouco mais de um ano entrou em vigor a Lei nº 7.347/85 disciplinando a ação civil pública para a tutela de interesses difusos nela especificados, marcando o início de uma nova era no direito positivo brasileiro, permitindo o acesso à justiça de interesses pertencentes a todos os membros do grupo social.

Entretanto, tradicionalmente, quando se fala em ação, visualiza-se aquele direito conferido ao indivíduo de pedir ao Poder Judiciário a proteção de determinado interesse seu (individual) ameaçado ou violado; direito fundamental erigido em garantia constitucional.

Assim, o que nos interessa nestas linhas é analisar em que medida a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, de natureza específica, está ou não em consonância com os princípios constitucionais do direito de ação vigentes no Brasil e qual a posição adotada no Anteprojeto de Constituição elaborado pela "Comissão Provisória de Estudos Constitucionais".

A relevância do tema consiste no fato de que, embora a Lei nº 7.347/85 seja um instrumento eficaz de proteção aos interesses difusos, a sua legitimidade depende da conformidade com os ditames da Constituição (1), o que realça a necessidade de ser reforçada e garantida por princípios constitucionais específicos.

II — Os interesses difusos

Muito se tem discutido a respeito dos interesses difusos, existindo diversos trabalhos nas literaturas nacional e estrangeira sobre

(1) JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1982, pp. 44/45.

o tema ⁽²⁾, o que nos exime de dedicar maior atenção às suas conceituação e evolução histórica.

Importa, contudo, para destacar a importância do problema aqui analisado, mencionar algumas de suas peculiaridades, bem como suas principais características.

Os interesses difusos são interesses relativos ao meio ambiente, aos consumidores, ao patrimônio histórico, aos discriminados em função de raça, cor, sexo ou religião. Sua titularidade pertence a um número incalculável de pessoas, a grupos, opondo-se, assim, aos interesses individuais.

As principais características de tais interesses são:

a) supra-individualidade;

b) titularidade pertencente a um número indeterminado, e praticamente indeterminável, de indivíduos;

c) inexistência de vínculo jurídico entre os diversos titulares, estando congregados em virtude de fatores conjunturais (p. ex.: habitar uma mesma região, consumir um mesmo produto, pertencer a uma determinada raça); e

d) indivisibilidade do objeto do interesse, sendo que sua satisfação a todos aproveita e sua violação a todos prejudica, em conjunto ⁽³⁾.

Por outro lado, os interesses difusos não se enquadram na tradicional divisão entre interesses públicos (do Estado) e interesses privados (dos particulares). Em verdade, poder-se-ia dizer que são, ao mesmo tempo, interesses públicos e privados. Daí sua especificidade ⁽⁴⁾.

Conseqüentemente, temos que a grande peculiaridade dos interesses difusos consiste na impossibilidade de constituírem núcleos de direitos subjetivos, estes definidos por UGO ROCCO como faculdade ou poder, reconhecido e conferido por uma norma jurídica a um sujeito individualmente determinado de querer e agir para a satisfação de um interesse seu, pela norma tutelado ⁽⁵⁾.

(2) Ver ADA PELLEGRINI GRINOVER, "A problemática dos interesses difusos", in *A Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, ed. Max Limonad, 1984, p. 29; MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos", in *Temas de Direito Processual* (3ª série), São Paulo, ed. Saraiva, 1984, p. 193; MAURO CAPPELLETTI, "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1975, pp. 361/402.

(3) ADA PELLEGRINI GRINOVER, *ob. cit.*, pp. 30/31.

(4) Sobre este aspecto, MAURO CAPPELLETTI, *ob. cit.*, pp. 367/373.

(5) *Trattato di Diritto Processuale Civile*, Torino, Utet, 1966, p. 19.

Do ponto de vista do direito positivo encontramos a Lei número 7.347/85 que veio disciplinar a ação civil pública para a tutela desses interesses supra-individuais, abordando alguns problemas relativos à tutela jurisdicional dos mesmos, dentre os quais destacamos dois. Um é a restrição da incidência da ação a apenas três espécies de interesses difusos: o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico (art. 1º). O outro concerne à legitimidade *ad causam* para a propositura da ação que foi atribuída ao Ministério Público, à União, Estados e Municípios, a autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações civis (art. 5º). Excluiu-se, portanto, a legitimidade dos indivíduos.

III — O conceito de ação e seu fundamento constitucional

Ação, como instituto processual, segundo LIEBMAN (6), é o direito de uma pessoa à obtenção de um provimento judicial, fazendo atuar a lei a uma determinada situação fática, por ela deduzida em juízo.

É um direito subjetivo, direito para agir em juízo em defesa de interesses próprios; público, dirigido ao Estado, autônomo, desvinculado do direito material; abstrato, podendo a decisão ser favorável ou desfavorável, e instrumental, na medida em que é meio e modo para se procurar obter a satisfação de uma pretensão (7).

Embora regulada pela lei processual, é na Constituição que a ação encontra delineados seus traços essenciais. Constitucionalmente, portanto, é o direito de todo cidadão agir perante os tribunais, pertencente a todos e em quaisquer circunstâncias (8), revelado no princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual.

No direito positivo brasileiro, o fundamento constitucional da ação vem estatuído no art. 153, § 4º, primeira parte, da Constituição Federal, que dispõe: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual." (sem grifos no original) E este artigo está colocado no Capítulo IV do Título II, que trata "DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS" (sem grifo no original).

Em suma, podemos afirmar que a ação é um direito subjetivo (direito e garantia individual através do qual se busca a tutela de interesses individuais ("lesão de direito individual")); direito processual, fundado numa garantia constitucional.

(6) LIEBMAN. "L'azione nella teoria del processo civile", in *Problemi del Processo Civile*. Napoli, Morano Editore, 1962. pp. 40/46; e *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido R. Dinamarco, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1984, vol. I, p. 150.

(7) FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª ed., São Paulo, ed. Saraiva, 1986, vol. I, pp. 174/175.

(8) LIEBMAN, *idem*.

IV — A ação civil pública: conceito e natureza

Conforme bem assinalam CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JR., há determinados valores, considerados de interesse público, "... que devem ser preservados para garantia da segurança, da tranqüilidade, do equilíbrio, da justiça e, enfim, da própria viabilidade do convívio social" (9).

Face à inércia do Poder Judiciário, indispensável à sua atuação imparcial e, por outro lado, à imperatividade de proteção desses interesses públicos que não podem se subordinar à livre disposição de seus titulares, tem-se atribuído ao Ministério Público a tarefa de pleitear judicialmente tal proteção, na qualidade de parte, através da ação civil pública.

Nestes termos, a ação civil pública pode ser conceituada como "... o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional" (10).

De acordo com o que afirma VOLTAIRE DE LIMA MORAES, a ação civil pública caracteriza-se não em razão do direito material objeto da mesma, mas em função da qualidade da parte ativa, um órgão público, mais especificamente o Ministério Público (11).

Entretanto, a ação civil pública disciplinada pela Lei nº 7.347 de 1985 tem maior amplitude. A lei atribuiu legitimação a órgãos públicos e privados, atendendo aos reclamos da doutrina especializada (12). Assim, nela não há exclusividade, nem prioridade na atuação do Ministério Público como parte ativa, podendo ser antecedido na propositura da ação por, p. ex., uma associação civil (art. 5º, caput), bem como tê-la ao seu lado, na qualidade de litisconsorte ativo, na ação por ele proposta (art. 5º, § 2º).

Por outro lado, ao contrário do que afirmam os autores citados, o objeto da ação passa a ter relevância, juntamente com a qualidade da parte ativa, na caracterização do instituto em questão, pois, como vimos, os interesses difusos não são interesses apenas públicos, mas também privados — eis o ponto distintivo.

No tocante à sua natureza, a ação civil pública para a tutela de interesses difusos nela elencados é especialíssima.

(9) *A Ação Civil Pública e a Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, ed. Saraiva, 1984, p. 21.

(10) CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JR. *A Ação Civil Pública...* cit., p. 22.

(11) In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* (ed. especial), Porto Alegre, 1986, n.º 19, p. 30.

(12) Ver WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos", in *A Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, ed. Max Limonad, 1984, p. 20.

Em primeiro lugar, observe-se que não se trata de um direito subjetivo, pois o cidadão individualmente considerado não foi incluído entre os legitimados ativos para a propositura da ação.

Além disso, a ação civil pública não visa à tutela de direitos individuais, mas de interesses difusos que, conforme já apontamos, contrapõem-se aos interesses individuais, pois que concernem a toda uma categoria de pessoas indistintamente.

Parece-nos evidente, portanto, a inadequação da ação civil pública regulada pela Lei nº 7.347/85 ao conceito tradicional de ação.

V — Fundamento constitucional da ação civil pública e o Anteprojeto de Constituição

Tendo em vista o que acabamos de expor, não há como ignorar que a ação civil pública de que tratamos não pode ter como fundamento o art. 153, § 4º, da Constituição Federal e muito menos estar colocada no capítulo referente aos direitos e garantias individuais. Na realidade, inexistente, atualmente, fundamento ou dispositivo constitucional para a referida ação, tendo o legislador ordinário ignorado tal problema e se adiantado ao Congresso Constituinte (13).

A “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, responsável pela elaboração do Anteprojeto de Constituição, por seu turno, esteve atenta ao problema mencionado, nos dispositivos em que tratou do tema.

Com efeito, em seu art. 15, o Anteprojeto prevê: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito.” (Sem grifos no original). Como podemos observar, não mais se fala em lesão de direito **individual**, tendo sido erigido em garantia constitucional o acesso ao Poder Judiciário das violações e interesses coletivos e difusos.

Outra importante inovação encontra-se no art. 36. Este, após estabelecer, expressamente, a garantia constitucional ao meio ambiente sadio, à preservação do patrimônio histórico e paisagístico (art. 36, caput) e à proteção do consumidor (art. 36, § 1º), prevê em seu § 2º a ação civil pública para a tutela desses interesses “sociais” especificados, assegurando legitimação ativa ao **Ministério Público**, a **pessoas jurídicas** (públicas ou privadas) qualificadas em lei e a **qualquer do povo**.

Cumpre salientar, por fim, que os dois artigos acima descritos estão presentes no Capítulo II do Título I do Anteprojeto que trata “DOS DIREITOS E GARANTIAS”. Omite-se, aqui também, a palavra “individuais”.

(13) GALENO LACERDA, “Ação civil pública”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* (ed. especial), Porto Alegre, 1986, n.º 19, pp. 12/13.

Assim, de acordo com o Anteprojeto de Constituição, o direito de ação deixou de ser apenas um direito subjetivo, visando à proteção de interesses meramente individuais, ganhando a amplitude já manifestada na legislação ordinária.

Entendemos, portanto, que o Anteprojeto apresentado pela "Comissão" disciplinou corretamente, nos limites genéricos, mas indispensáveis, próprios de uma Constituição, os interesses difusos especificados na Lei nº 7.347/85, da mesma forma que o fundamento constitucional do direito de ação, especialmente da ação civil pública, acompanhando as lições da melhor doutrina e desvinculando-os, conseqüentemente, de qualquer conotação estritamente individualista.

A lamentar apenas o fato de o Anteprojeto repetir a omissão da Constituição vigente, dispondo em seu art. 15 sobre a lesão de direito e não incluindo no texto a ameaça de lesão, e, também, o de, acompanhando a Lei nº 7.347/85, restringir a incidência da ação civil pública às três espécies de interesses difusos já mencionadas (art. 36, § 2º). Estas omissões e restrições deverão ser melhor analisadas na Constituinte.

VI — Conclusões

1) Os interesses difusos são interesses que, por se contraporem aos interesses individuais e congregarem aspectos públicos e privados, não podem ser núcleos de direitos subjetivos.

2) O direito de ação tradicional é um direito subjetivo ligado à tutela de direitos individuais, expresso no princípio constitucional do art. 153, § 4º, da Constituição Federal, e, portanto, inadequado para a tutela dos interesses difusos.

3) A ação civil pública disciplinada na Lei nº 7.347/85 rompeu com o princípio tradicional, tendo natureza específica: não é direito subjetivo, mas direito atribuído a órgãos públicos e privados; nem visa à proteção de interesses individuais, e sim interesses difusos.

4) Não existe na Constituição vigente fundamento para a ação civil pública, estando excluída do âmbito do art. 153, § 4º

5) O Anteprojeto de Constituição disciplinou satisfatoriamente a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, bem como a garantia do acesso ao Poder Judiciário, não mais privilégio dos interesses individuais.

Devem os seus dispositivos ser mantidos na futura Constituição, mas com duas modificações: estender a incidência da ação civil pública a todas as espécies de interesses difusos e explicitar, no artigo referente ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito, a ameaça de lesão também.