

Carência de Ação Civil Pública por Ilegitimidade do Ministério Público

Gina Copola

I – Tratar-se-á um tema particularmente palpitante dentro do direito processual, que por isso tem ensejado inúmeras discussões no mundo jurídico: a *ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública visando defender o erário público*, o que ocorre muito freqüentemente no plano municipal.

Ressalta o problema quando o pedido formulado em tal ação não abrange nenhum *interesse difuso ou coletivo*, ou, ainda, quando é proposta ação civil pública pleiteando a condenação dos réus nas penas da lei de improbidade administrativa. São questões que se vêm repetindo indesejavelmente no panorama processual do país, e merecem alerta e cuidado pelo Poder Judiciário, como se passa a examinar, com necessária a chegada de longas transcrições jurisprudenciais e doutrinárias.

A lei que disciplina a ação civil pública é a Lei federal nº 7.347/85, que reza em seu art. 1º:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

“I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica.”

Pela simples leitura do texto é possível circunscrever com precisão qual o exato âmbito, o escopo, e também a abrangência de qualquer possível objeto de ações civis públicas.

Pode ser proposta, assim, ação civil pública para defender o meio ambiente; o consumidor; os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; por infração da ordem econômica; ou para defender qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Gina Copola é advogada atuante na área de direito público. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU

Nesse sentido, se o pedido formulado pelo *Parquet* não se enquadrar em nenhuma das hipóteses contidas nos incs. I, II, III, e V, acima transcritos, resta apenas o objeto constante do inc. IV – “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” como aceitável para aquela espécie de ação.

Que vem a ser, então, *interesse difuso* ou *coletivo*?

É aquele bem ou aquele direito, juridicamente merecedor de proteção, que não pode ser atribuído à titularidade de ninguém em particular, como a nenhuma entidade e a nenhuma pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, urbana ou rural, nacional ou estrangeira.

Por bem difuso entendam-se sobretudo os valores da natureza, e todos valores imprescindíveis à vida, como o são o ar respirável; a água limpa; as terras e as matas preservadas; o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado; o espaço aéreo protegido; o subsolo, as nascentes, as jazidas e os repositórios naturais de riqueza; os sítios arqueológicos; o meio ambiente cultural; a fauna e a flora com suas espécies.

Mas são também direitos difusos da coletividade aqueles relativos à preservação de valores sociais tais quais o silêncio; a preservação da cidade contra a degradação de toda ordem e natureza; o direito à segurança e à incolumidade pessoal; o direito à educação, à cultura e aos locais e ambientes de lazer, e outros.

II – Nesse sentido, o processualista Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que

“Critério prático para se identificar um interesse como “individual” consiste em examiná-lo sob os ângulos do “prejuízo” e da “utilidade”: um acidente automobilístico do qual só resulte danos materiais, gerará interesses individuais (ao ressarcimento, ao recebimento do seguro); as situações de que só podem resultar benefício para as partes implicadas (por exemplo, um ato de liberalidade), geram interesses individuais, porque a utilidade do evento se esgota na esfera de atuação dos participantes. (....)

Nessa acepção, temos um interesse que só é coletivo na *forma* por que é exercido, não em sua essência. Um *feixe* de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do *exercício* ser coletivo. A essência permanece individual. (...)

Na medida em que se trata de uma mera *justaposição* de interesses individuais, apenas *exercidos* coletivamente, não se pode ainda falar, propriamente de verdadeiro interesse coletivo. (....)

Está claro que a vera noção de “interesse coletivo” pede mais do que uma simples adição de interesses individuais. Sempre se pode fazer coletivamente o que já antes se poderia fazer a título individual; todavia, uma simples alteração no *modo* do exercício, não pode alterar a essência dos interesses agrupados, que permanecem de natureza individual.” (In *Interesses Difusos*, 3ª ed. RT, SP, 1.994, p. 41/4, com grifos originais)

Em mais um excerto de sua obra, Camargo Mancuso professara que

“Os interesses difusos apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial.” (In *Interesses Difusos*, 3ª ed. RT, SP, 1.994, p. 73).

III – Com efeito, interesse difuso ou coletivo jamais, em hipótese alguma, pode significar a soma de interesses individuais localizados e circunscritos.

E, outra vez ainda, Camargo Mancuso manifestou-se sobre o tema, deste modo:

“Vale repisar que não se abrange no conceito de *coletivo* o interesse correspondente apenas à soma justaposta de vontades individuais, mera adição de interesses, sem intrínseco entrosamento relacional entre eles, como no caso de credores relativamente a devedor comum. Ao invés, e por conceituação sociológica, coletivo é o “interesse de massa mais homogênea, que sintetiza e unifica os seus movimentos sociais em direção a objetivos comuns do grupo.” (Ap. Civ. 205.533-1/0-SP-Rel. Des. Euclides de Oliveira, j. 14.9.93, in *Ação Civil Pública*, 3ª ed. RT, SP, 1.994, p. 39, com grifo original)

“Com efeito, interesse difuso ou coletivo jamais, em hipótese alguma, pode significar a soma de interesses individuais localizados e circunscritos.”

Também Francisco Antônio de Oliveira preconizara que

“Ambos - difusos e coletivos - são transindividuais. Os interesses difusos são indeterminados e a sua natureza é indivisível. Permanecem em estado fluido e dispersos pela sociedade como um todo. Já os interesses coletivos são determinados ou pelo menos determináveis e estão interligados por uma relação jurídica de interesse do grupo, mas presente a indivisibilidade. A litigiosidade está presente em ambos.

Enfrentando o tema, Fadel (ob. cit.), diz que são características dos direitos ou interesses difusos: “a) a transindividualidade, vale dizer, a circunstância de ultrapassarem a esfera pessoal do indivíduo pelo fato de não pertencerem exclusivamente a ele, mas eventualmente a todos, podendo ao mesmo tempo, transferir-se de um para outro conforme condições de tempo e lugar; b) a indivisibilidade, ou seja, não podem fragmentar-se, pois interessam a toda a coletividade e não apenas a um ou a alguns de seus membros; c) a indeterminabilidade dos titulares respectivos, na medida em que estes não estão claramente individualizados, do mesmo modo que nenhuma pessoa, isoladamente, pode intitular-se seu sujeito; d) a circunstância de se ligarem seus titulares por um simples fato, e não necessariamente em decorrência da relação jurídica.” (In *Ação Civil Pública - Enfoques Trabalhistas*, ed. RT, SP, 1.999, p. 21).

IV – Para finalizar este ponto, Toshio Mukai, citando ensinamentos de Luís Felipe Colaço Antunes, ensina que

“São ainda desse autor as seguintes lições esclarecedoras sobre a noção de interesse difuso (ob. cit., ps. 22-23):

“Objetivamente, o interesse difuso estrutura-se como um interesse pertencente a todos e cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate.”

“Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma.”

“Tão pouco é o interesse próprio de uma comunidade organizada, constituída pela soma dos interesses (ou de alguns deles) dos indivíduos concretos que a compõem e, portanto, exclusivo.”

“O conteúdo ou a consequência jurídica do interesse difuso é o reconhecimento de uma pluralidade de situações objetivas a sujeitos individuais ou a entes associativos. Nisto, se diferencia do interesse público clássico, mais ou menos geral, inclusive quando a pluralidade em que se reconhece o interesse seja tendencialmente coincidente com a totalidade dos cidadãos.”

“Quer dizer, o interesse difuso supõe um *plus* de proteção ou uma proteção diversificada de um bem jurídico; pública, por um lado, e dos cidadãos por outro. Quando se diz que o Estado tutela o direito ao ambiente, nesta fórmula reconhece-se um interesse público, a faculdade de atuação do Estado, mas ao mesmo tempo um interesse jurídico, não meramente de fato, de todo cidadão à proteção adequada do bem ambiental, segundo os ditames do ordenamento jurídico.”

“Assim, podemos dizer que o interesse difuso é um interesse híbrido, que possui uma alma pública e um corpo privado, que transcende o direito subjetivo privado e se estende pelo público. É um interesse coletivo-público, um interesse pluriindividual de relevância pública, cuja forma mais natural de agregação é a forma associativa. Um interesse comunitário de natureza cultural, não corporativo.” (In *Direito Ambiental Sistematizado*, Forense Universitária, RJ, 1.992, p. 6/7, com grifo original).

Uma soma de interesses individuais, nesse sentido, *não se transforma jamais, ipso facto, em interesse coletivo ou difuso*. Essa idéia não tem, processualmente e nem mesmo juridicamente, o menor cabimento.

V – Cite-se, antes de mais nada, importantíssimo artigo de Toshio Mukai, intitulado “*O objeto da Ação Civil Pública, quando se constituir em cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, não é autônomo*”, publicado no BDM - Boletim de Direito Municipal, da ed. NDJ, março/2.000, p. 129 a 134, que afasta de forma contundente a possibilidade de propositura de ações civis públicas com objetos não previstos pela LACP, assim conforme a vasta jurisprudência colacionada pelo autor naquele estudo.

Nem seria diferente, porque conforme se depreende do próprio texto legal, o erário municipal, sendo circunscrito ao Executivo municipal que o administra - por vezes contra o interesse generalizado de toda a população daquele Município -, não pode ser objeto de ação civil pública.

Sobre o tema Cássio Scarpinella Bueno, em artigo publicado no *BDM - Boletim de Direito Municipal*, assim comenta o acórdão que a seguir vai transcrito, prolatado pelo e. Superior Tribunal de Justiça:

“O Ministério Público é Parte Legítima para Defesa do Erário Municipal?”

Comentário ao acórdão do Resp. nº 34.980-5-SP (...)

Daí a consideração constante no final do voto condutor do Min. Peçanha Martins no sentido de que “pode-se concluir que, efetivamente, o Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor a ação, na forma da Lei nº 7.347/85, e que o seu pedido, formulado com amparo nesta mesma lei, é juridicamente impossível de ser atendido.” (...)

Este mesmo entendimento foi acolhido, em outra oportunidade, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sem discrepância de votos, quando do julgamento da Apelação Cível nº 10.061-0 da Comarca de Viçosa, Relator o Desembargador José Loyola. Tratava-se de ação civil pública proposta contra o então prefeito daquela Comarca visando à devolução ao erário dos valores correspondentes à impressão de cadernos destinados à distribuição na rede pública de ensino, cuja capa trazia estampado seu retrato. Para negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público daquele Estado e manter, conseqüentemente, a r. decisão de extinção de primeiro grau, lê-se no corpo do acórdão “... *que a anulação ou a declaração de nulidade de ato administrativo lesivo ao patrimônio público é objeto da ação popular e não da ação civil pública*. Ainda que uma não exclua a outra, e ambas se destinem à proteção do patrimônio público, em especial dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e do meio ambiente, não é idêntico seu objeto, nem mesmo sua abrangência” (ementa veiculada no *Repertório IOB de Jurisprudência*, vol. 21/94, nº 1/8060, pp. 424/425).” (in *Boletim de Direito Municipal - BDM*, ed. NDJ, SP, de julho/96, p. 401/2, com negritos originais e itálicos nossos).

“Uma soma de interesses individuais, nesse sentido, não se transforma jamais, ipso facto, em interesse coletivo ou difuso.

Essa idéia não tem, processualmente e nem mesmo juridicamente, o menor cabimento.”

Não pode o Ministério Público, portanto, propor ação civil pública para defender o erário municipal, conforme perfeitamente decidiu o e. STJ.

VI – O mesmo e. Superior Tribunal de Justiça, em Segunda Turma, REsp. nº 34.980-5-SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. de 15/6/1.994, assim já decidiu no acórdão comentado acima por Cássio Scarpinella Bueno:

“Processual civil. Legitimidade de parte. Ação civil pública. Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90. Reparação de danos. Municipalidade de Marília-SP. Ilegitimidade do Ministério Público. Precedentes.

1. Questão relativa à legitimidade de parte é passível de exame de ofício, não podendo o Tribunal ad quem furtar-se de apreciá-la sob alegação de preclusão.

2. A Lei nº 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela Lei nº 8.078/90.

3. Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico.

4. Recursos especiais conhecidos e providos para decretar a *extinção do processo*, na forma do art. 267, VI, do CPC. (...)

Sustentam os recorrentes que a Lei nº 7.347/85 legitima o Ministério Público a ajuizar ação civil pública *apenas nas hipóteses nela especificadas, não o autorizando a promovê-la para ressarcimento de prejuízos causados ao erário por supostos atos ilícitos, caso específico da ação popular, que não pode ser substituída por aquela*. Não contemplando a referida lei a possibilidade da ação civil pública para o fim perseguido na presente demanda – verdadeira ação de reparação de danos –, a teor do art. 81 do CPC, que só admite o exercício da ação pelo Ministério Público nos casos previstos em lei, o parquet não tem legitimidade para ajuizá-la. (...)

O art. 5º da Lei nº 7.347/85 empresta legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições especificadas no art. 1º, com o acréscimo do inc. IV feito pela Lei nº 8.078/90, para proteger danos causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Inegável que o caso vertente não se enquadra em qualquer das três primeiras hipóteses previstas no mencionado dispositivo, restando examiná-la sob o aspecto do interesse difuso ou coletivo.

O art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 conceitua os interesses difusos “como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Para Rodolfo Camargo Mancuso: “... são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico).

Podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.” (Interesses Difusos, p. 105).

Hely Lopes Meirelles afirma que esse tipo de ação “Não se presta a amparar direitos individuais, *nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu*” (Mandado de Segurança, Ação Popular, 13ª ed., p. 121).

A Egrégia 1ª Turma deste Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Min. Garcia Vieira prolatado no REsp. nº 35.644-0-MG concernente a ação civil pública relativa a mensalidades escolares e repasses de aumento de professores, afastou a legitimidade do Ministério Público por não se tratar de interesse difuso ou coletivo, mas de interesses individuais de grupo de alunos de determinado colégio (DJU de 4.10.93).

No caso presente, *não se pode dizer que propondo ação para ressarcir possíveis danos causados à Municipalidade de Marília, esteja o Ministério Público defendendo interesses coletivos ou difusos.*

De tudo quanto até agora foi exposto, pode-se concluir que, *efetivamente, o Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor a ação, na forma da Lei nº 7.347/85, e que o seu pedido, formulado com amparo nesta mesma lei, é juridicamente impossível de ser atendido.* (...)

Por tudo isso, conheço dos recursos e lhes dou provimento pelo primeiro fundamento apresentado para decretar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC.” (in *Boletim de Direito Municipal - BDM*, ed. NDJ, SP, julho/96, p. 403/5, negrito original e itálicos nossos.)

VII – Mas não é só, pois que também o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua 7ª Câmara de Direito Público, no Agravo de Instrumento nº 274.440-1/6 - Matão, j. 18/3/1.996, decretou:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Descabimento - Propositura pelo Ministério Público - Reparação de dano ocasionado ao patrimônio público por subvenções sociais - Objeto da ação popular - Decretada a carência da ação - Inteligência do artigo 5º, LXXXIII, da CF - Ilegitimidade do Ministério Público, quando cabente eventual ação popular. Pedido impossível de condenação a reparar o dano, pagando aos cofres municipais. Mescla de ações injustificável.” (in *Boletim da AASP* nº 1.978, p. 92-e, com grifos originais).

Não foi aquela a única decisão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, eis que sua 7ª Câmara de Direito Público, na Ap. Cív. nº 030.947-5/4-SP, j. em 8/3/99, deliberou:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Impossibilidade jurídica do pedido, em razão do meio processual, utilizado pelo Ministério Público. Carência dos pedidos reconhecida. Recurso provido, em parte, reconhecido o ônus do sucumbimento (TJSP - 7ª Câm. de Direito Público; Ap. Cív. nº 030.947-5/4-SP; Rel. Des. Sérgio Pitombo; j. 08.03.1999; v.u.). (...)

Cumpre asseverar que a presente ação não traz a natureza de civil pública. A evidência de o Ministério Público possuir legitimação ativa não torna pública nenhuma ação civil. (...)

A ação civil pública, tão-só, pode guardar seis finalidades, marcadas nas leis, a saber, “responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados”: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso, ou coletivo; V - por infração de ordem econômica” (artigo 1º e resp. incisos, da Lei nº 7.347/85; acrescidos por via do artigo 88, da Lei nº 8.884/94).

Somando-se, por fim, “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (artigo 129, inc. III, da Constituição da República). Despontam, assim, *numerus clausus*, no sentido da tipicidade. (...)

A ação de reparação do dano, nascente em atos de *improbidade administrativa*, guarda por objeto imediato a declaração de existência de ato, tal como reclamado - praticado por agente público, ou terceiro envolvido, “contra a administração direta, indireta ou fundacional.... empresa incorporada ao patrimônio público, ou entidade, para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido, ou concorra...” (artigos 1º e 3º, da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992); além de outras entidades, que recebam “...subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público...” (artigo 1º, parágrafo único, do aludido diploma) -, que importem em enriquecimento ilícito; ou provoquem lesão ao erário; ainda, os que “aten-tem contra os princípios da administração pública” (artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92); seguida da condenação do responsável. O objeto mediato acha-se na reparação em dinheiro, ou no perdimento ou reversão de bens determinados, havidos, de modo antijurídico; aplicação de sanções, como a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos e a condenação ao pagamento de multa civil. E, sempre, quase tudo “em favor da pessoa jurídica, prejudicada pelo ilícito” (artigo 18, da Lei nº 8.429/92).

Ambas as ações jamais se identificam.

Nem se cuida de espécies, ligadas a gênero, constituinte de alguma categoria jurídico-processual. Não exibem elas a mesma finalidade; não ostentam a mesma causa de pedir; e não apresentam o mesmo objeto, ou pedido. As diferenças, entretanto, não se esgotam nesses elementos.

A equiparar, de maneira ilusória, as duas ações, divide-se o patrimônio público. O conceito legal, ou formal, ostenta-se conhecido: Consideram-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, com a redação dada pela Lei nº 6.513/77). Conceito que, ainda, se completa, na chamada Lei de Enriquecimento Ilícito (artigo 1º e parágrafo único), com a afirmação de serem os referidos bens e direitos “da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, Territórios, de autarquias, de empresas públicas, de sociedades de economia mista, de fundações instituídas pelo Poder Público, de empresas incorporadas, de empresas com par-

ticipação do erário e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos” (Marino Pazzaglini Filho *et alii*. “Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público”. São Paulo; Atlas, 1996, § 5.1, p. 67).

Exsurge fácil, até, verificar que - no tocante ao patrimônio público - a ação de reparação do dano, por atos de *improbidade administrativa*, possui âmbito mais amplo do que a ação civil pública, em razão e por força das mencionadas especificações. Sem esquecer de que, no seu perímetro, se acha o erário, o tesouro, dizente com as finanças públicas.

Os atos e fatos que levam a intentar a ação civil pública afloram menos graves do que os modelados para ensejar a ação de reparação do dano. Há escalas distintas de ataque, ou de ameaça ao patrimônio público, de manifesto. Basta ter em mente que a ação civil pública admite transação e compromisso de ajustamento (artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 e artigo 113, da Lei nº 8.078/90). Na ação de reparação do dano, por improbidade administrativa, proíbe-se “transação, acordo ou conciliação” (artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92). Tal diferença deveria, por igual, espancar enganos.

Possui, portanto, o Ministério Público dois instrumentos processuais de proteção ao patrimônio público e nada conduz à pretensa unicidade. Importa invocar passo de venerando aresto - inobstante os casos não exibam semelhança -, que assentou existirem situações jurídicas, onde se lê “a lei com os olhos fechados”; ou com “as letras da imaginação, supondo haver dito o que em nenhum momento disse” (Ap. Cível nº 177.208-1/0, São Paulo, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Toledo César, J. em 20/10/92, v.u.). Não se localiza preceito legitimador da assertiva de ser civil pública a ação de reparação do dano, por ato de *improbidade administrativa*. (...)

No caso dos autos, portanto, exsurgiu impossibilidade jurídica do pedido, em razão do meio processual, utilizado pelo Ministério Público.

Emergiu o demandante carecer dos pedidos, que deduziu. Vale assentar: os pedidos são tais, que por eles não pode haver direito algum, mediante ação civil pública (artigo 267, inc. VI, do Cód. de Proc. Civil).

Em consequência, advém o ônus do sucumbimento, que será suportado pela Fazenda do Estado de São Paulo. (...)

Posto isto, dá-se parcial provimento ao apelo, para, reformando o r. *decisum*, extinguir o processo, sem exame do mérito, por falta de uma das condições da ação: possibilidade jurídica dos pedidos lançados; condenando o demandante nas custas e despesas do processo, mais honorários advocatícios, que se fixam, de forma eqüitativa, em dez por cento sobre o valor da causa corrigido.

Participaram do julgamento os Desembargadores Guerrieri Rezende (Presidente) e Lourenço Abbá Filho.

São Paulo, 8 de março de 1.999

Sérgio Pitombo, Relator” (in *Boletim da AASP nº 2.113*, de 28/6 a 4/7/99, p. 1.034-j a 1.038-j, com todos os grifos originais).

VIII – Também de mesmo modo se pronunciou o e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, acórdão nº 10.061/0, colacionado em obra do Assessor Legislativo Edílio Ferreira. Vejamos:

“*Ementa*: Ação civil pública. Prefeito Municipal. Ato administrativo lesivo ao erário. Desvio de verba. Restituição de dinheiro. Ação popular. Ilegitimidade ativa do Ministério Público.

- Para se obter a restituição ao Erário Municipal de dinheiro desviado pelo Prefeito, a via processual cabível é a ação popular e não a ação civil pública, porquanto a primeira visa à declaração de nulidade ou à anulação de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, e a segunda destina-se à proteção de determinados direitos e interesses difusos ou coletivos previstos em lei específica.

- Se o representante do Ministério Público, utilizando-se de via processual inadequada, intenta ação civil pública com vistas à restituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal, o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura dessa última (*Jurisprudência Mineira*, vols., 126-127, p. 156)” (In *ABC do Vereador*, ed. Forense, RJ, 1.996, p. 107).

IX - E outra vez o e. TJMG, 5ª C., Ap. nº 10.061/0, rel. Des. José Loyola, v.u., j. 14.10.93, decretou:

“Ato administrativo lesivo ao erário - Propositura pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra Prefeitura Municipal visando a restituição de dinheiro por ele desviado - Meio inidôneo - Cabimento de ação popular - Hipótese, porém, em que o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade ‘ad causam’ do ‘Parquet’.”

E no corpo desse mesmo V. aresto:

“a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, por ilegalidade do objeto ou desvio de finalidade, por exemplo, só pode ser declarada por via da ação popular.

Esta, e não a ação civil pública, se presta à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos aos bens e direitos de valor econômico e à moralidade administrativa.

Mesmo nos casos em que há coincidência entre os bens e direitos a serem tutelados pelas duas ações, não é idêntica a natureza da tutela”. (in *RT* 716/253)

X – Quanto à questão de se saber se pode o Ministério Público substituir-se à procuradoria e à advocacia de qualquer ente público, o e. Tribunal de Justiça, São Paulo, 5ª Câmara de Férias, Ap. Cível nº 264.428.2-7, j. 15/8/1.995, teve ensejo de assim julgar:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROPOSITURA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - Relevância ou interesse social não evidenciado. Ilegitimidade “ad causam”. Carência da ação. Processo extinto, na forma do artigo 267, VI, do CPC. Recurso provido. Visando a tutela jurídica interesses ou direitos de membros de um grupo, portanto, sem o caráter da indivisibilidade, não se enquadram na figura legal de coletivos propriamente ditos tais interesses e direitos, mas na classe dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a legitimidade do Ministério Público depende da existência do interesse social do objeto da demanda, que se mede através da extraordinária dispersão de interessados ou da dimensão comunitária das demandas coletivas, diante de sua finalidade institucional, já que preordenado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127, da Constituição Federal. Interesse social não evidenciado. (...)”

Em sendo assim, impõe-se reconhecer a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da demanda.

Nestes termos, acolhe-se o recurso para o fim de se decretar a extinção do processo, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, revogada a medida liminar concedida “initio litis”.

Daí por que dá-se provimento ao recurso.” (in *Boletim da AASP* nº 1.923, p. 353-j e 356-j, com grifos originais).

E segue a jurisprudência sobre o tema da impropriedade da ação civil pública para defender o interesse pessoal de um ente público, este outro acórdão desse e. Tribunal de Justiça, São Paulo, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 258.277-2/8, j. 24/10/95:

“Ministério Público. Ilegitimidade Passiva ad Causam. Ação Pública. ICMS. - Defesa dos consumidores de energia elétrica do município de São Paulo. Pretendida alteração de alíquota do imposto e da base de cálculo. Inadmissibilidade. *Soma de interesses individuais de cada contribuinte que não caracteriza interesses difusos. Defesa do contribuinte inadmissível por não se confundir com a figura do consumidor.* Prejudicado o recurso do Ministério Público e providos os demais.” (in *Tribuna do Direito - caderno de jurisprudência*, nº 13, de maio de 1.996, com negritos originais, sendo nossos os itálicos).



XI – No mesmo sentido já decidiu aquele mesmo e. Tribunal de Justiça de São Paulo, 5ª Câmara, Apelação Cível nº 250.472-1/6 - Poá, j. 19/10/1.995:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Imposto predial e territorial urbano. Inconstitucionalidade de alíquotas. Ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação. Prejuízo a grupo específico. Interesse coletivo ou difuso não afetado. Carência da ação. Recurso provido. (...)”

Não se nega a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos.

Ocorre que a defesa do contribuinte pelo “parquet” é inadmissível, certo que esse não se confunde com a figura do consumidor.

Assim, vale precisar que o interesse dos contribuintes, titulares do domínio ou posse de imóveis, não é difuso porque não se refere à toda coletividade, mas a um certo e identificado grupo de indivíduos.

Certo, ainda, que os interesses dos contribuintes, grupo restrito, não pode ser considerado como coletivo, porquanto não convém diretamente à coletividade como um todo, que pode ser beneficiada com maior arrecadação pelo poder tributante e conseqüente ampliação e melhoria de serviços municipais.” (in *Boletim da AASP* nº 1.946, p. 113-j, com grifos originais).

Nessa esteira, cite-se ementa do e. Tribunal de Justiça, São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, no Agravo de Instrumento nº 002.396-4/5, j. 6/8/1.996, de que se lê:

“MINISTÉRIO PÚBLICO - Ilegitimidade no pólo ativo para propositura de ação civil pública que não diga respeito a interesses difusos. Provimento do recurso. (...)”

Mas o Ministério Público não tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública para proteção de direitos individuais, direitos estes que podem não ser identificados com o todo. Menos da metade dos 60 (sessenta) titulares de certificados são os interessados no restabelecimento de seus direitos, garantidos até contratualmente.

Cuida-se da proteção de diversos direitos individuais. E, apesar da justiça da reclamação, evidente não se enquadrar esta postulação na categoria de interesses difusos.” (in *Boletim da AASP* nº 1.992, p. 67-j e 68-j, com grifos originais).

XII – Decidiu o e. TRF - 1ª Região, 1ª Turma, RO 94.01.34751-4/DF, rel. Juiz Catão Alves, j. em 31/5/95, publ. *DJU* 2 de 29/6/95, p. 41.409:

“EMENTA: Trabalhista. Pessoa Jurídica de Direito Público. Autarquia Federal (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social). Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Justiça Federal. Princípio da identidade física do juiz. Adicional de insalubridade. Período de janeiro a maio de 1981. Supressão. Ilegitimidade. Código de Processo Civil, art. 82. Decreto-Lei nº 1.341/74, art. 6º, § 2º. Súmulas 217 e 262 do Tribunal Federal de Recursos.

I – A intervenção do Ministério Público somente é exigível nos casos do art. 82 do Código de Processo Civil, mesmo porque, *além de não lhe caber, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de Direito Público, nem suprir omissões de Procuradores dessas entidades, consoante proibição expressa do art. 129, IX, da Constituição Federal*, não é a simples presença delas na relação processual que impõe sua intervenção, cabendo ao juiz examinar a existência ou não de interesse público em cada caso (Superior Tribunal de Justiça – *RT* 671/210 e *RSTJ* 14/448).

II – Embora aplicável no âmbito da Justiça Federal o princípio da identidade física do juiz em feitos trabalhistas, não se vincula ao processo o que não colheu prova em audiência. (Tribunal Federal de Recursos, Súmulas 217 e 262).

III – Ilídima a suspensão do pagamento do adicional de insalubridade aos servidores públicos federais que o recebiam no momento de suas inclusões no Plano de Classificação de Cargos instituídos pela Lei 5.645/70, porque, ao suprimi-lo (art. 6º), o Decreto-Lei 1.341/74, assegurou-lhes (art. 6º, § 2º) a continuidade da sua percepção como vantagem pessoal para evitar redução no total da remuneração mensal legalmente recebida.

IV – Recurso ordinário e remessa oficial providos em parte.

V – Sentença reformada parcialmente.” (In *A Constituição na Visão dos Tribunais – Interpretação e Julgados artigo por artigo*, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Gabinete da Revista, ed. Saraiva, SP, 1.997, vol. 2, p. 934/5, com grifos nossos).

XIII – Além da impropriedade de se formular pedido que não se refere a interesse difuso ou coletivo, o e. Ministério Público, muitas vezes, *mistura* os fundamentos de direito da ação civil pública, que é regida pela Lei nº 7.347, de 1.985, com os da ação por improbidade, que é a Lei nº 8.429, de 1.992.

Tal mescla ou combinação de fundamentos legais não é processualmente aceitável, vez que, por princípio, a ação ou é baseada na lei da ação civil pública, ou o é na lei da improbidade administrativa. Não se podem mesclar fundamentos de ações diversas em uma única ação, vez que os escopos procedimentais são diversos, já que o propósito de cada qual é inconfundível com o de qualquer outra.

As diferenças se iniciam a partir do fato de que a ação civil por ato de improbidade administrativa deve ser proposta *por intermédio de um advogado*, uma vez que os representantes do Ministério Público não possuem capacidade “advocatória” para propô-la em seu nome próprio.

Com todo efeito, se o *Parquet* é parte legítima para propor ação civil por ato de improbidade administrativa, com fulcro na Lei federal nº 8.429, de 2 de junho de 1.992, faltando-lhe, todavia, *capacidade postulatória* para propor tal espécie de ação, o que jamais se pode confundir. O herdeiro fraudado é parte legítima para propor ação anulatória da fraude, mas para tanto precisa de advogado, já que não é o fato de ser parte legítima que implicará na capacidade postulatória *ipso facto*. Com o Ministério Público o mesmo se dá quanto às ações por improbidade.

XIV – Vicente Greco Filho, ex-Procurador de Justiça como é, e porventura um dos mais brilhantes processualistas brasileiros, não diverge deste entendimento, como se denota de palestra promovida pela Editora NDJ, no 6º *Seminário Nacional de Direito Administrativo*, em São Paulo, no dia 9 de novembro de 1.999:

“Uma questão um pouco mais técnica, e já há um acórdão relatado pelo Des. Sérgio Pitombo, *em que ele não admite, tem razão, cumular com a Ação Civil Pública*.

Ou seja, a Ação de Improbidade é uma sancionatória que tem por finalidade a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, não é Ação Civil Pública, da Lei nº 7.347. Aliás, não é de lugar nenhum, é Ação de Improbidade. E este é um defeito que tenho constatado em todas as ações de improbidade que tenho visto; elas são fundamentadas, também na Lei nº 7.347, Lei de Ação Civil Pública, *e se pede muitas vezes a nulidade do ato ou do contrato cumulando com a aplicação das sanções. Com o perdão da palavra, fica simplesmente uma “zorra”, porque não se sabe quem é réu de que, não sabe quem é o réu.* Por quê? Se eu estou propondo uma ação, eu, Ministério Público, estou propondo uma ação, visando a nulidade de um contrato, quem é réu? (...) Réu são aquelas pessoas que teriam praticado o ato imputado de improbidade. Esse acórdão relatado pelo Des. Pitombo declarou o pedido juridicamente impossível, quando cumulado com a Ação Civil Pública, de nulidade de um ato administrativo ou do contrato; e, de outro lado, a aplicação das sanções da Lei de Improbidade. (.....)

É o de que, em se tratando de uma ação para imposição de sanções, como nós sabemos, severíssimas, têm de se aplicar à Ação de Improbidade os princípios do processo penal. Ou seja, descrição definida do ato de cada um. O Ministério Público tem colocado tudo num saco e diz: “Vocês são ímprobos.” Mas não diz: “Você praticou isso, você praticou isso e você praticou aquilo.” (In *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, da ed. NDJ, SP, junho/2.000, p. 394/5, com grifos nossos).

XV – Cumpre aduzir que Toshio Mukai, no mesmo Seminário, sobre a questão e no mesmo exato sentido, assim se pronunciou:

“Como se sabe, as ações atinentes à espécie que dizem respeito à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa são, como disse o Dr. Vicente Greco, fundadas na Lei da Ação Civil Pública combinada com a Lei de Improbidade Administrativa, respectivamente, a Lei nº 7.347/85, e 8.429/92. Ao estudarmos para contestações, apelações etc., essa nova lei, nos deparamos com diversos defeitos; é uma lei desastrosa, na sua formação e na sua aplicação. Esses pontos criticáveis da lei, a meu ver, são seis: inconstitucionalidade material e formal da Lei nº 8.429/92; nulidade do consequen-

te procedimento judicial; *impossibilidade da cumulação de Ação Civil Pública com a Lei nº 8.429, decorrente disso, impossibilidade jurídica do pedido*. Outros dois aspectos fundamentais, que eu gostaria de salientar: a concessão de liminar no bojo da Ação Civil Pública, o que é absolutamente ilegal, como já referiu o Prof. Vicente Greco; e, finalmente, a questão do bloqueio de bens e outras sanções. (...)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada na *Revista do STJ* 65, p. 352, estatuiu que a Lei nº 7.347/85, confere legitimidade ao Ministério Público para propor a Ação Civil Pública, nas condições estabelecidas no seu art. 1º, acrescido do inc. IV, pelo Código do Consumidor. *Não se inserindo nas condições previstas na referida lei a ação de ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal. Por essa razão, o Ministério Público não pode cumular a Ação Civil Pública para este fim específico. Em consequência disso, existe a impossibilidade jurídica do pedido. A Ação Civil Pública só pode ser admitida nos casos expressamente permitidos na legislação em vigor*. Edis Milaré diz: De se ter presente, finalmente, que os casos nos quais se admite o exercício da ação civil pública devem necessariamente vir explicitados na lei, por representarem exceção aos princípios da iniciativa de parte, e dos dispositivos vigentes no Processo Civil (...)

Além disto, existe agora ação específica para formular pedido de ressarcimento de danos decorrentes de ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, esclarece Marcelo de Figueiredo, um dos comentadores da Lei nº 8.429, em referência ao art. 17, que é fundamental no caso: *Cremos, ainda, que não se mostra viável, naquelas ações (popular ou civil pública), vincular pedido de ressarcimento de dano, por ato de improbidade que cause dano ao erário público - art. 10*. Diante da previsão específica da presente lei, que contempla e inaugura uma nova ação, a ação civil de reparação de dano causada pela improbidade. *Em decisão recentemente proferida nos autos da Apelação Cível nº 30.947-5/4, a 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo examinou a possibilidade de o e. Ministério Público promover Ação Civil Pública, para atacar e punir alegados atos de improbidade administrativa capitulados na Lei nº 8.429. Acabou por reconhecer a carência da ação, em razão da impossibilidade jurídica do pedido*” (p. 397/9, com grifos nossos).”

XVI – Além de tudo isso, e de acordo com o art. 3º, da Lei nº 7.347/85, a condenação na ação civil pública poderá também ser em dinheiro, e por sua vez, o art. 13, da mesma Lei prescreve, no caso de haver condenação em dinheiro:

“Art. 13. *Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.*” (Grifamos).

O e. Ministério Público não pode, conforme se pode denotar, pedir simplesmente o pagamento de multa, sem qualquer menção ao *fundo* de que trata o art. 13, da Lei de Ação Civil Pública, e a condenação em dinheiro em ação civil pública só pode ser pleiteada se houver a reversão ao fundo de que trata o citado dispositivo.

O art. 13, portanto, evidencia qual a única natureza possível de eventual condenação em dinheiro numa ação civil pública, e *não pode ser a de condenação em dinheiro simplesmente.*

XVII – Não esteve aqui em discussão, de forma alguma e sob nenhuma vertente, a relevância e a imprescindibilidade dos trabalhos do Ministério Público, que tem beneficiado a nação com trabalhos os mais honoráveis e da maior imperiosidade para todos os cidadãos, notadamente em defesa do meio ambiente, dos direitos do consumidor e do cidadão sem particularização, como também de outros interesses difusos.

Não podemos, todavia, conformar-nos com a reiterada e tornada habitual propositura de ações civis públicas contendo objeto que não se coaduna com tal espécie de ação, o que faz decorrer forçosamente a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor aquela ação, com o objeto que tem.

Isso gera a inarredável consequência de que ações como tais devem, se assim propostas, ser extintas sem julgamento do mérito, por conter o vício insanável de ilegitimidade de parte ativa, conforme a jurisprudência tem reiteradamente decidido. Se a isso adicionamos o aludido problema da falta de representação eis então um quadro processual francamente indesejável, a exigir coerção severa pelo Poder Judiciário em nome da ordenação legal dos procedimentos judiciais, como decerto constitui o desiderato maior do próprio *Parquet*.

“Não esteve aqui em discussão, de forma alguma e sob nenhuma vertente, a relevância e a imprescindibilidade dos trabalhos do Ministério Público, que tem beneficiado a nação com trabalhos os mais honoráveis e da maior imperiosidade para todos os cidadãos, notadamente em defesa do meio ambiente, dos direitos do consumidor e do cidadão sem particularização, como também de outros interesses difusos.”