O OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, QUANDO SE CONSTITUIR EM CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER, NÃO É AUTÔNOMO

TOSHIO MUKAI*

I — *Introdução*

A ação civil pública, contemplada pela Lei nº 7.347/85 e alterada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) já está, hodiernamente, consagrada como um dos instrumentos judiciais mais importantes da defesa do meio ambiente, valores monumentais, estéticos, turísticos etc., e outros interesses difusos.

Entretanto, alguns equívocos na sua utilização, mormente pelo Ministério Público, hão que ser registrados para o bem do Estado de Direito e da correta aplicação das normas processuais neste País.

Referimo-nos à abrangência, ao alcance e à amplitude do pedido, como objeto da ação civil, quando aquele se constituir no cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

O art. 3º da Lei nº 7.347/85 está assim redigido: "Art. 3º — A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."

Pois bem. É lamentável que em muitas ações de que temos conhecimento, o Ministério Público queira tornar a disposição autônoma, e, tão-só com base nela, pleiteie ao Juiz as mais variadas "criações" de obrigações de fazer ou não fazer, esquecendo-se que a Lei nº 7.347/85 é um diploma de natureza adjetiva.

Neste sentido, a lição sempre objetiva e precisa do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"A Lei 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de direito material, da União, do Estado, ou do Município, que tipifique a infração a

* Mestre e Doutor em Direito do Estado (USP). Ex-Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie — S.P.

ser reconhecida e punida pelo Judiciciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator." (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, R.T. — 11ª edição — p. 116).

E pior. Na maioria desses casos, o juiz singular tem deferido tais pedidos.

II — Em recentíssima e oportuna obra, o Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sobre o tema, assim se pronunciou:

"É preciso ter em mira, no entanto, que a obrigação de fazer deve encontrar, seus lindes demarcados na lei substantiva, não cabendo ao juiz criar discricionariamente a obrigação, à luz dos elementos que entender convenientes e oportunos para a hipótese." (grifamos)

E mais adiante:

"O postulado resulta do princípio da legalidade estrita, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, regra, aliás, de índole constitucional (art. 5º, II, C.F.)". "(in "Ação Civil Pública — Comentários por Artigo", Freitas Bastos, 1955, p. 50.).

Essa questão, aliás, ficou muitíssimo bem exposta e reposta em seus devidos lugares dentro do sistema jurídico pátrio, em acórdão brilhante do E. Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. Civil nº 246.686-1/8 — da Sétima Câmara de Direito Público, v.u., Des. Sérgio Pitombo, Rel.).

A decisão de primeiro grau julgara procedente ação civil pública, condenando a Petrobras a aumentar o número de operadores na Unidade de Gasolina de Aviação, "até a implantação de melhorias que justifiquem sua redução, mediante comprovação perante os Curadores do Meio Ambiente". Opostos embargos de declaração, negou-se-lhes provimento. Em sede de apelação a Petrobras argüiu a falta de possibilidade jurídica do pedido, vez que não previsto na ordem jurídica.

Do voto do Relator se extraem considerações de ordem jurídica da maior relevância:

a) — "Não obstante a ação pública objetive a tutela de bens de indiscutível relevância, sua utilização não há de ser indiscriminada. A preservação do meio ambiente é providência importante, admitindo-se a condenação em obrigação de fazer, ou não fazer, daquele que causar, ou oferecer risco, à integridade das águas, do ar, do solo, da fauna ou da flora. Tal condenação entretanto, deve estar prevista, modelada de modo concreto, na legislação, ou ser dedutível do sistema jurídico, sob pena de impossibilidade jurídica do pedido (art. 126, do C.P.C.)".

b) — "No tocante à ação civil pública, assentou-se:

"Destas — condições da ação —, prescinde de maior indagação, em nosso Direito Positivo, a referente à possibilidade jurídica do pedido, isto é, a adequação do pedido do autor à ordem jurídica a que pertence o Juiz, de sorte a poder este pronunciar a espécie de ato decisório de mérito solicitado, até porque a ação civil pública se encontra expressamente prevista na C.F. e em lei específica, supra-indicada.

Entretanto, ainda que admissível, *in genere*, nada *obsta à consideração do pedido formulado na petição inicial como juridicamente impossível sempre que, no caso concreto, se apresente desconforme com as normas jurídicas vigentes ou esteja expressamente vedado* pelo ius-positum" (Rogério Lauria Tucci, "Ação Civil Pú-

blica e sua Abusiva Utilização pelo Ministério Público", Ajuris, 56/35, Porto Alegre — Grifos do Relator);

c) — "Mas, em princípio, a sentença não tem o conteúdo e o alcance da norma geral. Tal situação surge, todavia, na ação civil pública em virtude do que dispõe o art. 11 da Lei nº 7.347, que previu a possibilidade para o juiz determinar, *erga omnes*, a prestação de uma atividade devida ou a abstenção de uma atividade nociva. Acontece que o art. 11 deve ser interpretado sistematicamente com o art. 5º, II, da C.F., de acordo com o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (em sentido formal). Assim, a atividade devida, à qual se refere o texto legal, é a determinada por lei, e a atividade nociva é tão-somente a ilegal e lesiva. Conseqüentemente, a ação civil pública não é instrumento de eqüidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados pela Lei" "Hely L. Meirelles — ob. cif. p. 149/150)".

d) — "Por último cabe recordar que, ao julgar caos semelhantes, esse tribunal consignou: "O julgado não se sustenta porque a pretensão do autor não era providência admissível pelo direito objetivo, caracterizando-se a impossibilidade jurídica pela falta de coincidência na afirmação contida no pedido, dos caracteres que são necessários e suficientes para que o órgão jurisdicional deva realizar sua tarefa, que consiste em exercer suas funções na direção e forma previstas pela ordem jurídica, na lapidar definição da primeira das condições da ação dada por Mandrioli e aplaudida por José Frederico Marques, eis que a *pretensão do autor não encontrava admissibilidade no direito objetivo, na medida em que não podem os juízes e tribunais assomar para si a deliberação de prática de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-los"* — Ap. Cível 166.981-1/1, da Comarca de Marília — 5ª Vara Civil — Rel. Des. Marcos César — RT. — 685/85)

De se reconhecer, ante todo o exposto, a impossibilidade jurídica do pedido."

O acórdão sob comento, ao final, assim decidiu: "Posto isto, dá-se provimento ao recurso para, acolhendo a preliminar de impossibilidade jurídica, decretar a carência do pedido, extinto o processo, com exame do mérito (art. 267, VI do CPC)."

III — Nessa direção, aliás, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já prolatou mais de uma dezena de acórdãos em ações civis públicas, reconhecendo a impossibilidade jurídica do pedido em razão deste pretender fazer o Judiciário simplesmente praticar atos de administração, em especial em função de o juiz ter pretendido substituir os critérios de oportunidade e conveniência expressados pelo administrador público em certo ato administrativo, pelos dele, juiz.

Para ilustrar o quanto afirmado podemos citar as seguintes decisões:

a) — Ap. Cível nº 251.257-1/2, da Comarca de Jaú, decidida pela 9ª Câmara de Direito Público, em que o M.P. pretendia obter do Município de Mineiros do Tietê o saneamento básico dos esgotos que desaguavam no córrego do Pascoal e no Ribeirão São João.

b) — Ap. Cível nº 277.955-1/8 — Jaú — decidida pela Terceira Câmara de D. Público, em que o M.P. pretendia obrigar o serviço de Água e Esgoto de Jaú e a

Prefeitura Municipal a efetuarem o tratamento prévio dos detritos lançados nas águas de rios.

c) — Agr. Instrumento nº 177.903-1/2, Comarca de Piedade, decidido pela Quarta Câmara Civil do T. J., em que o M.P. objetivava obrigar a Ré a abster-se de descartar o lixo urbano na área especificada, bem assim que fosse compelida a remover o já depositado para lugar adequado, restaurando, ainda, as condições primitivas do solo, corpos d'água, caso afetados, e, por fim, da vegetação.

d) — Ap. Cível nº 247.809-1/8-00, Comarca de Duartina, decidida pela Oitava Câmara de Direito Público, em que o juiz obrigara a SABESP a, no prazo de 6 (seis) meses, a contar da sentença, que realizasse e apresentasse *nos autos* projeto de obra referente ao sistema de tratamento de esgoto coletados na cidade de Ubirajara.

e) — Agravo de Instrumento nº 197.200-0/1, de Comarca de Piraju, decidido pela Terceira Câmara de Direito Público, em *que o Juiz concedera liminar ordenando a elaboração de projeto técnico do sistema de tratamento, no prazo de 60 (sessenta) dias, bem com a implantação do mesmo, a partir da respectiva aprovação, no prazo de seis meses.*

O Des. Relator, Mattos Faria, desde logo, assim se pronunciou: "*Como já decidi em casos anteriores, não pode o Judiciário conceder a liminar preiteada, por envolver na realidade intromissão em outro poder.*

No caso, cabe ao Executivo dentro de suas possibilidades orçamentárias priorizar as necessidades do Estado (grifamos)."

f) — Ap. Cível nº 179.863-1/3, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, decidida pela Quinta Câmara Civil do Tribunal, onde o juízo singular declarara a existência de valor histórico, arquitetônico e artístico na praça da sede do Município que estava para sofrer reformas que a descaracterizariam.

O Tribunal entendeu que tal entendimento se insere no âmbito de atribuições de órgãos administrativos próprios, procedendo segundo a competência para eles prevista em lei.

g) — Ap. Cível nº 175.123-1/8, da Comarca de Pederneiras, decidida pela Quarta Câmara Cível do T. J., onde o M.P. pretendeu obrigar a SABESP a providenciar o tratamento do esgoto doméstico lançado em ribeirões da região.

O Tribunal deu pela carência da ação.

h) — Ap. Cível nº 231.318-1/5, da Comarca de Marília, decidida pela Oitava Câmara Civil, onde o juízo singular julgara procedente ação civil pública ambiental, condenando o Município de Oriente a elaborar, no prazo de 6 meses, projeto de lei para tratamento dos esgotos a serem lançados no Córrego Jatobá ou em qualquer outro curso d'água.

O Tribunal reconheceu a configuração da impossibilidade jurídica do pedido e, em conseqüência, deu pela carência da ação.

Passagem do voto do Relator: "... não há como poder conferir ao Poder Judiciário a ingerência no trato de matéria eminentemente administrativa, sem se falar que para a realização de obras que objetivam o não lançamento de esgoto "in natura" em águas fluviais que cortam o Município apelado há necessidade de, legislativamente, estabelecerem-se normas programáticas e orçamentárias, além, evidentemente, de se atender às normas licitatórias".

i) — Ap. Cível nº 166.981-1/1, da Comarca de Marília, decidida pela quinta Câmara Civil do Tribunal, onde o M.P. entendia que o lançamento dos esgotos domésticos do Município de Oriente no córrego Jatobá implicava em prejuízo para o equilíbrio ecológico, eis que sem tratamento dos seus dejetos. Exigia que a Prefeitura local fosse obrigada a construir sistema de tratamento de esgotos, ou de contenção de seus detritos, e tratamento, antes de serem lançados às águas fluviais.

A sentença de primeira instância deu-lhe razão, condenando a Ré a atender o pedido no prazo de 6 (seis) meses.

O Tribunal reconheceu mais uma vez a impossibilidade jurídica do pedido, decretando a carência da ação.

j) — Ap. Cível nº 253.427-1/3, da Comarca de Leme decidida pela Nona Câmara de Direito Público, onde o juízo "a quo" dera pela procedência da ação civil pública, obrigando a Municipalidade de Leme e outra a construir sistemas de tratamento devido ao esgoto sanitário, em prazo a ser fixado por arbitramento, sob pena de multa diária de meio salário mínimo.

O Tribunal reconheceu também a impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu o processo, sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC).

k) — Ap. Cível nº 217.788-1/6, da Comarca de Catanduva, decidida pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, onde o M.P. visava a condenação de três municipalidades na implantação de prévio tratamento, de acordo com a mais apurada tecnologia disponível, de todos os efluentes provenientes das redes públicas de coleta de esgotos antes de seu lançamento em um ribeirão, que corre em tais Municípios, tendo em vista prejuízos ambientais que vem acarretando sua poluição.

A demanda fora julgada procedente com a fixação do prazo de um ano para o cumprimento da obrigação de fazer.

O Relator, Des. Marco César, iniciou reportando-se à Ap. Cível nº 166.981-1/1, da Comarca de Marília, onde a mesma Câmara dera pela carência da ação.

Ao transcrever o referido acórdão, o Relator lembrou da seguinte passagem:

"*Princípio assente em Política, projetando-se para a ordem jurídico-constitucional da maioria dos países democráticos, entre eles a do nosso país, a independência e harmonia dos Poderes é pedra basilar da própria ordem social, e sobre tal mandamento político e constitucional hão de desvelar-se todos os que constituem o tecido da Nação, muito especialmente os que exercem autoridade do Estado, em quaisquer de seus Poderes.*

A básica regra de independência e harmonia entre os Poderes, presentemente inserta no art. 2, da nossa Constituição, em sido objeto, precisamente em virtude de sua magnitude político-jurídica, da freqüência de estudos e apreciações, inclusive em decisões judiciárias, e assim é exatamente conhecido.

Ficam para o caso "sub examine" as considerações seguintes, que têm o mérito de conformarem-se, sem dúvida, com o entendimento amplamente prevalente entre os doutos quando estudam os atributos das Administrações Públicas, elevadas ao poder pelo plebiscito do Povo, e daí sobre a apreciação que lhes cabe, e não aos Tribunais, da conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos de exercício de tal poder, dentro do campo próprio.

Com o advento, deveras memorável, da ação civil pública, ainda novidade em nosso ordenamento jurídico, de largos e excelentes alcances, verifica-se, todavia, por vezes — e o caso presente é perfeito exemplo disso, que se confundem os que provocam sua aplicação, levando a indébitas intromissões em temas absolutamente reservados à Administração Pública" (grifos nossos).

Ainda, em cita desse acórdão:

"*Logo, a presente ação civil pública, o que fez foi discriminar entre as urgências da comunidade, escolhendo uma como maior que outras tantas, e ordenando que fosse atendida, o que não tem cabida ao prismas da ordem político-social, como também ante a Constituição Federal, desde seu art. 2º, nem é da letra ou do sentido da legislação específica das ações civis públicas*".

Daí ter o voto do Relator se cingido ao seguinte:

"*A postura da demanda fere visceralmente a Constituição, intrometendo-se o Judiciário onde não lhe cabe, a par de dissociar-se completamente da realidade sócio-econômica do país.*

Trata-se, o pedido inicial, de demanda juridicamente impossível".

Daí a carência da ação.

IV — A impossibilidade jurídica do pedido, reconhecida remançosamente nas decisões judiciais mencionadas, à evidência, tem fulcro no princípio da independência e harmonia de Poderes (art. 2º da C.F.), pois ao Judiciário, no caso, é vedado praticar atos de atribuições do Executivo.

Tanto quando o Judiciário, através da ação civil pública, intentar cometer uma ingerência genérica ou específica na Administração Pública (pretendendo impor a esta, obrigações de fazer ou não fazer que importem em *atos de administração* ou, substituir os critérios de oportunidade e conveniência (mérito) do ato discricionário da Administração, pelos deles, juiz), ou, quando o Judiciário, através dessa ação, pretender criar norma de direito material, estaremos, por força daquele princípio constitucional, perante um objeto (da ação) juridicamente impossível.

O autor já citado, tocando no assunto, assim se pronunciou: "Certamente que há, algumas vezes, dificuldade em demarcar o limite dentro do qual o pedido é impossível juridicamente, quando visa à proteção dos interesses difusos e coletivos. É que, levada ao extremo a possibilidade de invocar, em qualquer caso, a tutela judicial em face do poder Político, chegaria o Juiz a extrapolar sua função jurisdicional invadindo, de modo indevido, a função administrativa, com ofensa, por conseguinte, ao princípio da separação de Poderes, insculpido no art. 2º da Carta em vigor.

Apesar da inegável dificuldade de demarcação temos entendido que o pedido, principalmente no caso de se tratar de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível quando estiver preordenando a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação aos interesses coletivos ou difusos. Em contraposição, não se poder considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento de obrigação de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer ou não fazer" (ob. cit. p. 57).

Temos para nós que o raciocínio do ilustre autor não tem fundamento. Para nós, como demonstraram, aliás, os acórdãos trazidos à colação, o Judiciário estará sempre ante um pedido juridicamente impossível, quando se pleitear na ação civil que o Poder Público seja obrigado à prática de um ato de administração, ou seja, quando inexistir, no caso, nenhuma violação a uma norma legal substantiva, que obrigue ou vede a prática de determinado ato à Administração.

Em suma, a obrigação de fazer ou não fazer da ação civil pública só pode ser convertida em ação concreta pelo Judiciário se a Administração (estamos tratando apenas dessa hipótese) não estiver fazendo algo que, por lei substantiva, estava obrigada a fazer, ou, em caso contrário, estiver fazendo algo que a lei lhe vedada fazer. Somente aqui, nessas hipóteses, há problemas de ilegalidades, que solicitam a manifestação do Judiciário, de forma legítima.

Fora dessas hipóteses, se o Juiz se manifestar, estará pretendendo administrar no lugar do Executivo, e, portanto, violando o princípio da separação de Poderes.

Quanto à vedação do objeto criador de direito material, o autor mencionado, aqui sim, de forma clara e objetiva, leciona:

"A ação civil pública, por outro lado, não é também instrumento idôneo para criação de normas de direito material. Aliás, não poderia sê-lo, porque, ao juiz, a quem é dirigida, só cabe aplicar o que já existe a título de ius positum. *Assim, o autor da ação só pode pedir providências concretas à luz do direito material que, previamente, já ampara os interesses transidividuais atingidos pela conduta do réu. As providências acaso deferidas pelo juiz vão refletir agora sim,* resultado da aplicação da lei, e não de sua criação." *(ob. cit. p. 59).*

E cita o autor, o caso de uma ação civil pública decidida no Rio de Janeiro, que chegou ao STF por força de conflito de atribuição, e no qual o Relator, Min. Sidney Sanches, no decorrer no seu voto, destacou: "*não basta o equipamento processual para viabilizar a proteção daqueles* interesses sociais que, sem lei, que os converta em direitos coletivos, *o juiz entenda merecedores de proteção, ou, o que é pior, contra a lei, que os proteja em determinada medida, ao juiz pareça devessem ser tutelados em dimensão maior*".

Disse ainda o Relator, que, na referida ação civil pública, o ilustre Curador postulara e o nobre juiz deferira "*a edição de um verdadeiro e minucioso regulamento do cheque especial, a viger nas relações entre os Bancos e os seus clientes.*"

Mais adiante acrescentou que o art. 12 da Lei permite que o juiz expeça mandado liminar, mas ressalvou: "*não lhe confere, porém, a lei o poder de criar o direito material, dizendo qual; é a atividade devida ou qual é a atividade nociva. Obviamente, há de chegar à conclusão a respeito do que é devido e do que é nocivo,* em face do direito material preexistente à decisão ou julgamento" (grifo do acórdão, ob. cit. p. 60).

Ao final, o autor expressa: "*Pode-se, pois, dizer-se que, nos termos do entendimento da mais alta Corte, também é juridicamente impossível o objeto da ação civil pública, quando tenha por escolha a criação do direito, e não a sua aplicação*".

Para finalizar, repise-se: na ação civil pública, o Judiciário não pode, a pretexto de obrigar a não fazer, criar direito material para tal, visando compelir o Executivo

a determinada conduta administrativa (comissiva ou omissiva); como conseqüência, sem que o Executivo esteja a violar uma lei substantiva, não pode o Judiciário compeli-lo a uma obrigação de fazer ou não fazer, tão-só com base no art. 3º da Lei nº 7.347/85.