

EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DA ACP

Luís Alberto Thompson Flores Lenz*

Resumo: O presente trabalho aborda a evolução da aplicação da Lei da Ação Civil nos últimos 40 anos, desde o advento da Lei Federal n. 7347/85, principalmente como instrumento de efetivação de políticas públicas contempladas na legislação material, bem como também dos limites da atuação da magistratura nesta seara. Isso porque, como é evidente, não cabe ao juiz substituir os critérios de conveniência e oportunidade, bem como as prioridades, impostas por órgãos de representação popular, pelas suas, caso em que haveria violação do princípio constitucional da separação dos poderes do Estado.

Palavras-chave: ACP. Políticas Públicas. Implementação. Limites. Atuação Judicial.

Sumário: 1. Introdução. 2. Resistência inicial e críticas à lei da ACP. 3. A delimitação do instituto pelo STF. 4. O reconhecimento internacional. 5. Uso da ACP almejando atender políticas públicas. 6. Jurisprudência. 7. Considerações finais. Referências.

Execution of public policies through ACP

Abstract: This work addresses the evolution of the application of the Civil Action Law over the last 40 years, since the advent of Federal Law no. 7347/85, mainly as an instrument for implementing public policies contemplated in material legislation, as well as the limits of the judiciary's actions in this area. This is because, as is evident, it is not up to the judge to replace the criteria of convenience and opportunity, as well as the priorities, imposed by bodies of popular representation, with his own, in which case there would be a violation of the constitutional principle of the separation of State powers.

Keywords: APC. Public Policies. Implementations. Limits. Judicial Performances.

* Procurador de Justiça, integrante do Ministério Público do Estado do RS desde 1989, com especialização em nível de pós-graduação em Direito Político. Aprovado em concurso público para Procurador do INCRA e professor de Direito Processual Civil da Unisinos, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS. Colaborador de diversas revistas jurídicas. *E-mail:* lenz@mprs.mp.br

Summary: 1. Introduction. 2. Initial resistance and criticism of LACP. 3. The delimitation of the institute by STF. 4. International recognition. 5. Use of ACP to meet public policies. 6. Jurisprudence. 7. Final considerations. References.

1 **Introdução**

Estamos reunidos, uma vez mais, para homenagear os 40 anos do advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7347/85), reconhecidamente o diploma normativo mais significativo que foi concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro para a tutela dos interesses difusos e coletivos.

A LACP decorreu do amadurecimento do processo civil pátrio, e, principalmente, do entendimento de que o Código de Processo Civil de 1973 seria insuficiente para enfrentar a realidade vigente na sociedade, que deixara de ser rural e individualista, tornando-se urbana e de massa, e nessa conjuntura padeceria de instrumentos ágeis para a defesa de interesses tidos como de terceira geração, como o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio imaterial do estado etc.

Nesse quadro, reuniram-se eméritos juristas e o Ministério Público, principalmente do Estado de São Paulo, os quais, todos irmanados, conceberam uma regulamentação processual que, de forma inovadora, precedendo inclusive a legislação europeia, viabilizou a defesa dos desassistidos, e, principalmente, daqueles macrointeresses que, por não pertencerem apenas a uma pessoa ou a um grupo isolado, mas sim a qualquer cidadão, não estavam providos de vias processuais adequadas para a sua tutela.

Esse novo microcosmos, num segundo momento, foi complementado pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seus comandos processuais, aprimorou a Lei Federal 7347/85, disciplinando questões referentes a ritos processuais, legitimação e eficácia da coisa julgada.

Resta, agora, fazer um balanço da efetividade desse esforço legislativo, que tanto contribuiu para o aprimoramento da nossa sociedade.

É o que passaremos a fazer.

2 **Resistência inicial e críticas à lei da ACP**

Como a LACP representou uma verdadeira quebra de paradigma no ordenamento jurídico nacional, inicialmente houve resistência à sua plena aplicabilidade.

Nesse sentido, basta invocar o posicionamento de Rogério Lauria Tucci, que em estudo específico sobre o tema, criticou a multiplicação do ajuizamento de ACPs pelo Ministério Público, fenômeno que constituiria uma autêntica “panaceia geral para toda e qualquer situação”.

Tão ácido chegou a ser o jurista em questão, que ele consignou o seguinte:

Realmente, as diversificadas atuações dos membros do Parquet, tanto no plano federal, como no estadual, chegando a formular pedidos juridicamente impossíveis, a substituir, sem legitimidade, entidades de classe, e a agir sem o imprescindível interesse processual, têm, segundo entendemos, extravasado, consideravelmente, os lindes estabelecidos na legislação em vigor, de sorte a tornar a ação em estudo inadequada ao escopo perseguido pelo demandante.¹

Da mesma forma, dentro dessa ótica, Arnoldo Wald assinalou:

O uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas, como outrora do *habeas corpus*, dos interditos possessórios e do próprio mandado de segurança, pode constituir séria ameaça à ordem jurídica, e ensejar um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada, que é nocivo ao desenvolvimento do País. O risco apresentado é proporcional à densidade e efetividade do remédio, como está ocorrendo em relação às armas atômicas e antibióticos já antes referidos. O uso desenfreado dos novos remédios pode ameaçar a manutenção da ordem jurídica e impedir o bom funcionamento da administração, da justiça e da economia.²

Felizmente essa resistência exteriorizada no alvorecer da LACP, verdadeiro pessimismo, foi superada pelo emprego dessa nova sistemática e pelo amadurecimento dos aplicadores do direito, que conseguiram, com o transcurso do tempo, estabelecer limites ao ímpeto inicial, controlando excessos em favor da coletividade.

3 A delimitação do instituto pelo STF

Quem legitimou e deu os contornos iniciais à ACP foi o Pretório Excelso, a partir da primorosa manifestação da Procuradoria-Geral da República, quando do julgamento do Conflito de Atribuições n. 35-RJ.³

Nessa oportunidade, verdadeiro *leading case*, o Colegiado acolheu integralmente a manifestação do insuperável Sepúlveda Pertence, então Procurador-Geral da República, que posteriormente abrilhantou uma das cátedras do STF.

Sua excelência então vaticinou:

¹ In: Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário, trabalho publicado na coletânea *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*, coordenado por Arnoldo Wald, Saraiva, 2003, p. 356.

² In: Usos e abusos da Ação Civil Pública. *Revista Forense*, 329/5, também citado no livro acima referido, p. 174.

³ In: RTJ 130/485 e seguintes.

“VI –

29. O caso traz, pela primeira vez, ao Supremo Tribunal Federal, a oportunidade de assentar alguns pontos fundamentais na temática do instituto, ainda novo e pouco explorado, da ação civil criada, na Lei n. 7347/85, para a proteção do meio ambiente, dos consumidores e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

30. Ao instituí-la e discipliná-la, na trilha dos melhores ensinamentos da doutrina e do direito comparado, a lei dotou o direito brasileiro de um instrumento avançado de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos ou coletivos.

31. Tutela essa, como já se tem assinalado, que constitui uma verdadeira revolução, na medida em que traduz uma consciente ruptura com princípios longamente sedimentados do direito processual clássico, todo ele voltado para a composição de conflitos entre particulares ou destes com o Estado, mas atinentes sempre a interesses ou direitos subjetivos individualizados (v. g., Mauro Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, Riv. Dr. Processuale, XXX, 1975, pág. 365, tradução na Revista de Processo, 1977, 5/128; J. C. Barbosa Moreira, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*, Temas de Direito Processual, 1977, pág. 110; ADA P. Grinover, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, Anais VII Conferência Nacional da OAB, Curitiba, 1978, pág. 691).

32. “Estamos assistindo” – observa, a respeito, Mauro Cappelletti (trad. Citada. Pág. 156) “ao lento mas seguro declínio de uma concepção individualística do processo e da justiça. Todos os princípios, os conceitos, a estrutura, que eram radicais naquela concepção, parecem cada vez mais insuficientes a dar uma aceitável resposta ao problema de assegurar a necessária tutela aos novos interesses difusos e de grupo, tornados vitais para a sociedade moderna”.

33. De fato – reprisa Ada Grinover (op. cit., p. 699) – “a tutela jurisdicional dos interesses difusos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais. Como nota Barbosa Moreira [...], tem sabor de lugar comum a observação de que a estrutura clássica do processo civil corresponde a um modelo concebido para acudir fundamentalmente a situação de conflito entre interesses individuais”. Por isso, continua, “institutos como a legitimação e o interesse de agir, a representação e a substituição processual, a ciência bilateral dos atos processuais e o contraditório, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, os poderes do juiz e a função do Ministério Público, foram construídos para o processo clássico e continuam perfeitamente a reger as relações interindividuais ou as relações Estado-indivíduo, que, sem dúvida, ainda se revestem de grande importância na vida contemporânea. Mas não se adaptam, em sua configuração tradicional, às novas situações, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas”.

34. A lei brasileira, audaciosa, atendeu a tais imperativos revolucionários dá disciplina apropriada à proteção em juízo dos interesses difusos.⁴

Advertiu, entretanto, semelhante jurista, que o diploma em questão tem limitações, constituindo mero preceito de direito processual (adjetivo), o qual não subverte a atribuição de competências dos poderes públicos e muito menos cria direito substancial não previsto na legislação.

Nesse sentido:

⁴ In: RTJ 130/493-4.

37. É preciso, entretanto, demarcar com precisão o alcance inovador da lei de interesses difusos.

38. Cuida-se é certo, de uma revolução no processo, na medida em que viabiliza a proteção de direitos coletivos que se frustraria, se submetida às regras individualísticas de legitimação para a causa e da relatividade dos efeitos de causa julgada.

39. Não porém de uma revolução no campo da repartição constitucional de competências, seja entre a União, os Estados e os Municípios, seja entre os diferentes poderes de cada órbita estatal.

[...]

59. Por isso – como se pode extrair da lúcida exposição de Cappelletti (Tutela dos Interesses Difusos, Ajuris, 1985, n. 33/174), o que se protege, nesse tipo novo de processo civil, é “o interesse difuso, na medida em que a lei substantiva o transforma em direito”.⁵

Tal entendimento evolutivo, como acima referido, além de ser acolhido pelos pretórios pátrios, também vem sendo adotado pelos magistrados italianos, sempre no intuito de proteger direitos de terceira geração, como o meio ambiente, o patrimônio histórico etc.

Isso é o que reconhece Renato Federici, na monografia intitulada “Gli Interessi Diffusi”, *verbis*:

4. Orientamenti della giurisprudenza civile e amministrativa.

Per quanto riguarda il comportamento della magistratura nell'affrontare il problema della tutela del consumatore e dell'utente dell'ambiente è possibile notare una considerevole evoluzione. Dal collegamento dell'interesse legittimo al solo diritto soggettivo di proprietà si sta passando al rilievo autonomo della situazione di interesse legittimo o quanto meno al collegamento con una non “effimera situazione”.

In queste nuove visuali si aprono spazi per la tutela di quelle situazioni che si richiamano all'interesse legittimo e che, per fini pratici, potrebbero costituirne un ampliamento, ma che nella costruzione teorica non a tutti può risultare apagante.

Sull'onda di istanze sempre più pressanti la giurisprudenza si è posta sulla via dell'ampliamento della tutela delle situazioni giuridiche soggettive; cosicché non solo il diritto di proprietà, ma anche il diritto del locatario, del lavoratore, dello studente, il diritto di famiglia, ecc. sono ritenuti titoli idonei per richiedere la tutela dell'ambiente circostante.⁶

⁵ In: revista citada, p. 494-495 e 497.

⁶ In: *Gli Interessi Diffusi*, Editora CEDAM, Padova, 1984, p. 27. (4. Diretrizes de Jurisprudência Civil e Administrativa. No que diz respeito ao comportamento do Poder Judiciário ao lidar com o problema da proteção do consumidor e do usuário do meio ambiente, é possível notar uma evolução considerável. Da ligação do interesse legítimo ao direito subjetivo único de propriedade passamos ao levantamento autônomo da situação de interesse legítimo ou pelo menos à ligação com uma situação não “efêmera”. Nestas novas perspectivas, abrem-se espaços para a proteção daquelas situações que se referem ao interesse legítimo e que, para efeitos práticos, poderiam constituir uma expansão do mesmo, mas que na construção teórica podem não ser satisfatórias para todos. Na esteira de solicitações cada vez mais prementes, a jurisprudência colocou-se no caminho da ampliação da proteção das situações jurídicas subjetivas; para que não apenas os direitos de propriedade, mas também os direitos dos inquilinos, trabalhadores, estudantes, direitos familiares, etc. são consideradas qualificações adequadas para solicitar a proteção do meio ambiente circundante.)

4 O reconhecimento internacional

Como é do conhecimento geral, as ações de classe foram inicialmente adotadas pelo ordenamento americano.

Essas demandas receberam precisa definição dos estudiosos do direito peninsular Ernesto Cesàro e Fernando Bocchini, em obra específica sobre o tema, que conta com significativa abordagem:

La “azione di classe” è un istituto di diritto processuale civile di origine anglosassone che consente l’esercizio dell’azione legale e la conduzione

della stessa da parte di una pluralità di soggetti, che in qualità di membri di una determinata classe o categoria chiedono all’Autorità Giudiziaria, con un unico giudizio, la soluzione di una comune questione di fatto o di diritto, che “fa stato” nei confronti di tutti i componenti della medesima classe o categoria.⁷

Seus princípios estão sintetizados, desde o início do século vinte, nas “Federal Rules of Civil Procedure” de 1938, que agora disciplinam semelhante matéria.

Conforme Salvatore Patti tal legislação impôs determinados requisitos, consistentes em:

I presupposti, elencati nel Rule 23 FRCP, sono i seguenti: a) la class deve essere così numerosa da rendere impossibile la riunione dei giudizi di tutti gli interessati; b) le questioni di fatto o di diritto devono essere comuni all’intera class. L’attore o gli attori devono, in altri termini, dimostrare che il caso ha carattere esemplare; c) le azioni e le eccezioni devono essere “tipiche” rispetto alle azioni o eccezioni della class, cioè devono esprimere le esigenze di tutela comuni ai soggetti che compongono la categoria rappresentata; d) la parte che rappresenta la class deve dimostrare che intende difendere gli interessi di questa in modo corretto ed adeguato.⁸

No que diz com os países da “civil law”, o Brasil foi o primeiro a disciplinar essa questão, fato magistralmente apreendido pela Exposição de Motivos do “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero – América”, *verbis*:

3 – Nos sistemas da civil law, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei da Ação Po-

⁷ In: *Azione Collettiva Risarcitoria (Class Action)*, Giuffrè Editore, 2008, Milão, p. 4). (A “class action” é uma instituição do direito processual civil de origem anglo-saxônica que permite o exercício da ação judicial e a sua condução por uma pluralidade de sujeitos, que como membros de uma determinada classe ou categoria solicitam ao Poder Judiciário, com julgamento único, a solução de uma questão comum de fato ou de direito, que “é válida” para todos os membros de uma mesma classe ou categoria.)

⁸ In: *La Tutela Civile Dell’Ambiente*, Cedam, Padova, 1979, p. 104. (As condições, elencadas na Regra 23 do FRCP, são as seguintes: a) a classe deve ser tão grande que impossibilite a recolha das opiniões de todas as partes interessadas; b) as questões de fato ou de direito devem ser comuns a toda a classe. O autor ou autores devem, por outras palavras, demonstrar que o caso é exemplar; c) as ações e exceções devem ser “típicas” em relação às ações ou exceções da classe, ou seja, devem expressar as necessidades de proteção comuns aos sujeitos que compõem a categoria representada; d) o representante da classe deverá demonstrar que pretende defender seus interesses de forma correta e adequada.)

pular; depois, mediante lei específica de 1985 sobre a denominada “ação civil pública”, a seguir, em 1988, elevando a nível constitucional a proteção dos referidos interesses; e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual). Este Código foi além da dicotomia dos interesses difusos e coletivos, criando a categoria dos chamados interesses individuais homogêneos, que abrem caminho às ações reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos (correspondendo, no sistema norte-americano, às *class actions for damages*).

A concepção dessa nova política processual, e fundamentalmente da Ação Civil Pública, constituiu uma verdadeira revolução no sistema jurídico pátrio, influenciando, inclusive, o direito europeu.

Nesse sentido, e por todos, basta a lição de Alessandro Giorgetti e Valerio Vallefucio, os quais, depois de ressaltar o ineditismo tanto da LACP quanto do Código de Defesa do Consumidor, principalmente quanto à legitimação processual para o aforamento dessas demandas, a extensão dos direitos protegidos e os limites da coisa julgada segundo *eventus litis*, consignaram:

3.4 Conclusioni

La dottrina brasiliana, sfruttando le analisi degli studiosi italiani e, più genericamente, di quelli europei, ha avuto il merito di aver elaborato, nell’arco di un ventennio, soluzioni veramente efficaci a tutela di interessi genericamente definiti collettivi.

In questo intento, è intervenuta sui concetti di *res judicata*, di litispendenza e di legittimazione ad agire, adattandoli alle esigenze di un processo nuovo, promosso nelle forme dell’azione collettiva.

Il modello di azione che ne è seguito ha costituito e costituisce ancora oggi, per molti ordinamenti europei, un valido esempio di come il sistema processuale di un Paese possa coraggiosamente aprirsi alla tutela di nuovi e fondamentali diritti, recependo istituti oggettivamente complessi dai quali far scaturire apprezzabili trasformazioni del proprio panorama giuridico nazionale.

Il Brasile è stato, infatti, il primo Paese ad aver affrontato, in sede prettamente legislativa, il trattamento giuridico delle *class actions* di common law, sebbene se ne sia, in ultimo, parzialmente discostato (nella soluzione finale), per evidenti ragioni di opportunità legate a vicende tutte interne al Paese.

Nonostante questo, il bilancio dei processi collettivi in Brasile è senz’altro positivo; merito di un Legislatore nazionale attento ed oculato, che ha saputo efficacemente adattare schemi giuridici tipici di *common law* ad un sistema di stampo chiaramente romano-germanico quale è, per l’appunto, quello esaminato.⁹

⁹ In: *Il Contenzioso di Massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, Giuffrè Editore, 2008, Milão, p. 292-293) (3.4 Conclusões: A doutrina brasileira, explorando as análises de estudiosos italianos e, mais genericamente, de estudiosos europeus, teve o mérito de ter desenvolvido, ao longo de vinte anos, soluções verdadeiramente eficazes para proteger interesses genericamente definidos como coletivos. Com esse objetivo, interveio sobre os conceitos de coisa julgada, litispendência e legitimação para agir, adaptando-os às necessidades de um novo processo, promovido nas formas de ação coletiva. O modelo de acção que se seguiu constituiu e constitui ainda hoje, para muitos sistemas europeus, um exemplo válido de como o sistema processual de um país pode corajosamente abrir-se à protecção de direitos novos e fundamentais, incorporando instituições objectivamente complexas das quais derivam transformações apreciáveis do seu panorama jurídico nacional. O Brasil foi, de fato, o primeiro país a abordar, num contexto puramente legislativo, o tratamento jurídico das ações coletivas de direito consuetudinário, embora dele tenha eventualmente se afastado parcialmente (na solução final), por razões óbvias de oportunidade ligadas aos acontecimentos inteiramente dentro do país.

5 Uso da ACP almejando atender políticas públicas

Superada a resistência inicial e estabelecida a amplitude desse incipiente instituto, generalizou-se a aplicação da LACP.

Ela correspondeu aos anseios das mais variadas matizes, principalmente atribuiu maior efetividade à CF/88, cujas diretrizes, muitas vezes inovadoras, necessitavam tanto de agentes especializados para a sua provocação quanto de uma sensibilidade especial do Poder Judiciário na sua implementação.

Também o legislador ordinário veio ao encontro dessa nova conjuntura, ao expedir leis que protegem o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio histórico, os deficientes, a infância e juventude, o urbanismo etc.

Significativa, entretanto, tem sido a atuação do Supremo Tribunal Federal na implantação de políticas públicas, mediante provocação através do ajuizamento de ACPs.

Há quem sustente que tal atuação violaria o princípio da separação dos poderes, na medida em que o Judiciário estaria se imiscuindo na discricionariedade administrativa. Semelhante contestação, entretanto, não prospera.

Isso porque a divisão de poderes deve ser entendida de forma mitigada, não sendo absoluta.

Tanto que o constitucionalista italiano Paolo Biscaretti Di Ruffia esclarece, ao examinar essa matéria, que:

[...] lo studio degli odierni ordinamenti costituzionali democratici mostra, pertanto, che la teoria in parola è stata accolta con due essenziali temperamenti, che vengono a trasformala piuttosto nella teoria della distinzione e della collaborazione dei poteri (la c. d. *séparation souple* della dottrina francese in contrapposto a quella *tranchée*). E tali temperamenti sono: 1) che è necessaria una coordinazione fra i vari Poteri (anche se più di carattere politico che giuridico), in modo che la loro attività si svolga in armonia ad un indirizzo politico unitario; e 2) che, pur dovendo restare, in linea di massima, ogni Potere nell'orbita della sola funzione istituzionalmente sua propria, purtuttavia risultano spesso opportune delle deroghe a siffatto principio (concretantesi in più o meno estesi e rilevanti conferimenti di funzioni che spetterebbero ad altri Poteri).¹⁰

Apesar disso, o balanço dos processos coletivos no Brasil é certamente positivo; graças a um legislador nacional atento e prudente, que soube adaptar eficazmente os esquemas jurídicos típicos do direito consuetudinário a um sistema claramente romano-germânico como o examinado.)

¹⁰ In: *Diritto Costituzionale, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1968, p. 171.* (“o estudo dos sistemas constitucionais democráticos atuais mostra, portanto, que a teoria em questão foi aceita com dois temperamentos essenciais, que a transformam antes na teoria da distinção e colaboração de poderes (a chamada separação flexível da doutrina francesa em oposição a essa rígida). E esses temperamentos são: 1) que é necessária uma coordenação entre os vários Poderes (ainda que de natureza mais política do que jurídica), para que a sua atividade se desenvolva em harmonia com uma orientação política unitária; e 2) que, embora, em princípio, cada Poder deva permanecer apenas dentro da órbita da sua função institucionalmente específica, as derrogações a este princípio são muitas vezes apropriadas (assumindo a forma de atribuições mais ou menos extensas e significativas de funções que caberiam a outros Poderes)”.

Não é diverso o posicionamento dos juristas pátrios, e notadamente de Egon Bockmann Moreira, Andréia Cristina Bagatin, Sérgio Cruz Arenhart e Marcella Peireira Ferraro, que ao abordar precisamente essa questão, consignaram:

O tema é complexo e controvertido, mas valem algumas notas.

De início, deve-se salientar que não vigora no Brasil (e, talvez, em nenhum outro Estado Nacional que adote a tripartição dos poderes) a separação estanque e absoluta de poderes. Isso não existe, nem de fato, nem de direito. Diversamente adota-se um sistema de freios e contrapesos, em que há um balanceamento de poderes. Mais: o que se dá é a separação de funções, ao interno de cada um dos ditos poderes. Por exemplo, o Poder Judiciário exerce sua função típica – a jurisdicional – e outras funções atípicas: a administrativa (ao contratar pessoas, bens e serviços) e legislativa (ao emanar os regimentos internos, por exemplo). Logo, é conatural à separação que a decisão adotada por um dos poderes, vez ou outra, acabe por exercer influência sobre o outro sem que daí se possa afirmar a violação do dispositivo constitucional mencionado.

Demais disso, é o próprio princípio da separação dos poderes que autoriza – se não determina – o controle recíproco. Esta é uma de suas finalidades: a separação existe para que não haja abusos. Afinal, os Poderes são autônomos, mas jamais soberanos entre si.

A propósito, Arenhart (2009a, p. 9-10) afirma que “o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros poderes” – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais.¹¹

Tais especialistas, em determinado momento, abordaram o ponto nevrálgico dessa controvérsia. Embora o Poder Judiciário não possa estabelecer políticas públicas, atribuição privativa do Poder Legislativo lato senso, ele deve fiscalizar a sua adequada implementação.

Nesse sentido:

Depois, não se pode confundir controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário com formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Se ninguém nega que o poder Judiciário não pode (nem deve) conceber e formular as políticas públicas, também não há dúvidas de que pode controlá-las e/ou exigir que sejam cumpridas (tanto negativa quanto positivamente). Em outras palavras, a execução de políticas públicas definidas na Constituição, nas leis, nos planos governamentais, nas resoluções, contratos e atos administrativos (em diferentes níveis de densidade) – não só pode como deve ser supervisionada e controlada pelo Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas coletivas – igualmente por meio de ACPs.

Note-se que, no mais das vezes, quando se afirma que o Poder Judiciário está buscando se substituir ao Executivo, ele está, tão somente, exigindo que a política pública já lançada e já escolhida pelo próprio Executivo, em cumprimento às diretrizes estabelecidas pelo legislativo, seja observada. Nesses casos, a decisão de política já havia sido originalmente positivada na Constituição e tornada densa e aplicável por meio de leis e atos administrativos. O que se passa é que o Executivo está a descumprir deveres positivos estampados na Constituição, nas leis e nos próprios atos da Administração pública. Quando isso ocorre – isto é, quando apenas se está a exigir que a política já concebida e editada seja cumprida -, parece não haver qualquer controvérsia quanto à possibilidade de o Judiciário exigir seja ela efetivada.

¹¹ In: Comentários à Lei da Ação Civil Pública, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2016, p. 255-256.

Ao lado de exigir o cumprimento da política já positivada, o Poder Judiciário pode ser chamado para controlar o provimento administrativo já efetivado (a fim de apreciar se o ato e a atividade implementados atingem o fim que se almeja) ou verificar a omissão do Poder Executivo ou Legislativo a dar efetividade a direitos fundamentais (sociais e individuais).¹²

Esclarecem, entretanto, esses estudiosos do direito, que mesmo adotando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o julgador não pode desconsiderar os parâmetros administrativos e legislativos impostos pelo ordenamento jurídico, substituindo indevidamente os critérios acima concebidos pelos seus.

Caso contrário, haveria usurpação descabida da atribuição dos outros poderes, como resta consignado na seguinte passagem:

[...] Mas atenção: não se deve instalar a perigosa competição para se descobrir não se algo atende aos ditos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Constituição, art. 37, *caput*), mas sim se consubstancia algo a ser eleito como a “melhor” escolha; afinal, quem pode decidir que uma decisão administrativa é a melhor de todas? A quem a Constituição outorgou tal competência? Onde está o núcleo da discricionariedade administrativa, senão na competência para, dentro da legalidade, realizar escolhas – e, assim, definir que o ato praticado é a melhor opção disponível? Na medida em que os recursos públicos são escassos (e efetivamente o são), a Constituição reservou ao Poder Legislativo e a Administração Pública as competências para decidir sobre a alocação (ampliar nos comentários ao art. 1º, item 1.16).¹³

Logo, salvo em se tratando de decisões administrativas teratológicas, deve-se acolher o princípio da deferência, segundo o qual, até prova em contrário, as escolhas das autoridades detentoras de competência específica, devem ser respeitadas e garantidas pelos demais órgãos públicos.

6 Jurisprudência

São incontáveis as decisões judiciais a respeito da matéria aqui discutida.

Por uma questão de preponderância (supremacia), opta-se pela indicação daquelas, provenientes do Pretório Excelso, que parecem mais significativas para ilustrar os pontos versados no presente estudo.

Inicialmente, e reconhecendo o dever de eficácia dos direitos fundamentais, conforme expressamente citado na obra antes invocada,¹⁴ deve-se referir o deferimento das seguintes pretensões:

¹² In: *opus citatum*, p. 256.

¹³ In: *opus citatum*, p. 256.

¹⁴ In: *opus citatum*, p. 258.

- a) direito a vagas em creche e pré-escola da rede pública (ARE 639.337- AgR/SP e RE 410.715-AgR/SP, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello).
- b) direito à saúde e direitos fundamentais sociais (SL 47-AgR/PE e STA 175-AgR/CE, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes).
- c) direito ao transporte público gratuito a idosos (ADI 3768/DF da relatoria da Ministra Carmen Lúcia).
- d) direito à acessibilidade de prédios públicos a pessoas com deficiência (RE 440.028/SP, relator Min. Marco Aurélio).
- e) direito à proteção dos animais e vedação à crueldade contra os mesmos, como o combate à Farra do Boi de SC (Recurso Extraordinário n. 153.531-SC, da relatoria do Ministro Marco Aurélio).¹⁵
- f) legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público (Recurso Extraordinário n. 208.790-SP da relatoria do Ministro Ilmar Galvão)¹⁶ e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 491.081-SP, da relatoria do Ministro Carlos Velloso.¹⁷
- g) direito a compelir o poder público a realizar o tratamento de esgoto lançado em rio (Recurso Extraordinário nº 254.764-SP)¹⁸ e (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 417.408-RJ),¹⁹ da relatoria dos Ministros Marco Aurélio e Dias Tóffoli).
- h) direito à impor à previdência social a expedição de certidão de tempo de serviço aos segurados (direitos individuais homogêneos) (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 472.489-RS),²⁰ relator Ministro Celso de Mello.

Semelhante enumeração, e como não poderia deixar de ser, é meramente exemplificativa, eis que diuturnamente vêm surgindo novos provimentos jurisdicionais sobre essa matéria.

7 Considerações finais

Da leitura do que foi acima referido, pode-se constatar a importância do diploma normativo aqui abordado (Lei da ACP), que completa 40 anos de vigência.

Ele representa o que de mais profícuo e inovador foi produzido pela ciência jurídica brasileira nos últimos tempos.

É o coroamento do perfeito entrosamento do conhecimento científico proveniente da academia, com as demandas e necessidades mais prementes dos aplicadores do direito e, dentre eles, principalmente, do Ministério Público, seu maior destinatário.

¹⁵ In: RTJ 165/291.

¹⁶ In: RTJ 176/957.

¹⁷ In: RTJ 190/791.

¹⁸ In: RTJ 219/582.

¹⁹ In: RTJ 223/512.

²⁰ In: RTJ 205/1413.

Tanto que os agentes do Parquet integraram a comissão de juristas instituída para a elaboração dessa nova sistemática, que importou em uma verdadeira revolução, ou seja, a refundação dos princípios que passariam a nortear o processo civil do século XXI, notadamente no que diz com a disciplina de demandas de massa e/ou que tutelam direitos difusos, intitulados de terceira geração, bem como também direitos individuais homogêneos.

Nesse intuito, foi instituído um conjunto de preceitos de natureza processual, que viabilizam, apenas, o exercício de direitos pré-determinados pelo ordenamento material.

Há necessidade de que as situações e prioridades resguardadas através da ACP estejam previstas na lei substantiva ou na constituição, e que somente sejam tuteladas dentro dos limites aí instituídos.

Não cabe ao autor da ACP criar direito novo, muito menos subverter determinações estabelecidas pelo legislador e/ou administrador.

Da mesma forma, a função do magistrado, nessa seara, não é inovar, mas sim fiscalizar a atuação ou omissão dos poderes públicos no cumprimento dos desideratos estabelecidos pelo ordenamento jurídico material.

O decisor não pode substituir o juízo de valor do legislador e/ou do administrador pelo seu, subvertendo o princípio da separação de poderes, usurpando o papel destes.

A sua atuação não é originária, não cria direito apenas colabora na efetivação deste e no combate de eventual omissão.

Tal circunstância, entretanto, não obscurece a relevância da Ação Civil Pública. Ela é um instrumento de implementação da lei e não de abuso ou prepotência.

Deve ser aplicada em sintonia com o sistema jurídico nacional, respeitados os óbices por ele estabelecidos.

Mas obedecida a sua esfera de atuação, é, sem sombra de dúvidas, um instituto jurídico original e vitorioso.

Inseriu no cenário internacional a concepção brasileira sobre a tutela de direitos difusos e coletivos. Serve de modelo para todos os países da civil *law*, observadas as suas peculiaridades.

Seu principal escopo, observado tudo que foi antes aludido, é compelir a implantação das prioridades apontadas pelos poderes dotados de legitimidade popular direta (executivo e legislativo).

E nesse intuito, tem sido amplamente vitoriosa.

Referências

- CESÀRO, Ernesto; BOCCHINI, Fernando. In: *Azione Collettiva Risarcitoria (Class Action)*, Giuffrè Editore, 2008, Milão. p. 4.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. In: *Diritto Costituzionale, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene*, Napoli, 1968. p. 171.
- FEDERICI, Renato. In: *Gli Interessi Diffusi*, CEDAM, Padova, 1984. p. 27.
- GIORGETTI, Alessandro; VALLFFUOCO, Valerio. In: *Il Contenzioso di Massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, Giuffrè Editore, 2008, Milão. p. 292-293.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andréia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. In: Comentários à Lei da Ação Civil Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2016. p. 255-256 e 258.
- PATTI, Salvatore. In: *La Tutela Civile Dell'Ambiente*, Cedam, Padova, 1979. p. 104.
- REVISTA Trimestral de Jurisprudência, 130/485 e seguintes, 493/495 e 497; 165/291; 176/957; 190/791; 205/1413; 219/582; 223/512.
- TUCCI, Rogério Lauria. In: Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário, trabalho publicado na coletânea *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. Coordenado por WALD, Arnoldo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 356.
- WALD, Arnoldo. In: Usos e abusos da Ação Civil Pública, *Revista Forense* 329/5.

