

RECURSO ESPECIAL Nº 801.005-SP

Hugo Nigro Mazzilli¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO²

O Ministério Público estadual ajuizou uma ação civil pública contra a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — Sabesp, visando: *a*) à cessação do lançamento de esgoto no Córrego Boa Esperança ou em qualquer outro córrego do Município de Lutécia, sem o devido tratamento; *b*) à obtenção de um provimento jurisdicional que obrigasse o Município a investir no sistema local de tratamento de água e esgoto.

Objetada pela empresa ré a impossibilidade jurídica do pedido, foi a preliminar recusada pelo juiz local; em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça manteve a rejeição da preliminar, contra cujo acórdão foi interposto o recurso especial n. 801.005-SP, no Superior Tribunal de Justiça.

Este recurso fundou-se na alínea *a* inc. III do art. 125 da Constituição Federal, por contrariedade ou negativa de vigência a lei federal. Sustentou a recorrente que o pedido seria juridicamente impossível nos termos dos incs. IV e VI do art. 267 do CPC de 1973, pois a pretensão inicial estaria a violar o princípio da independência e harmonia dos Poderes da República ao pretender a imposição de obra assaz vultosa, que importaria em indevida ingerência do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo; no entender da recorrente, os investimentos a serem realizados deveriam obedecer apenas ao critério de conveniência e oportunidade da Administração.

Em votação unânime, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado do Min. Teori Zavascki, não conheceu da inconformidade recursal no tocante à parte em que o recurso discutia questões de direito local; e, na parte em que conheceu do recurso, negou-lhe provimento por entender que a ação civil pública se destina à tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, inclusive e especialmente o meio ambiente; daí se há de entendê-la como instrumento suficientemente adequado para viabilizar, no plano processual, a proteção ao direito material da melhor forma, na maior extensão possível e com as medidas preventivas ou reparatórias adequadas, inclusive em face do Poder Público.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O acórdão proferido em sede de recurso especial bem colocou a questão em análise: o fulcro do problema reside em saber se o Poder Judiciário pode, ou não, compelir a administração pública a praticar atos em defesa do meio ambiente.

Ora, é a própria Constituição quem impõe o dever de defesa do meio ambiente tanto ao Poder Público como à coletividade (art. 225), e, para tanto, cria dois mecanismos processuais: um, é a ação popular, cujo objeto foi por ela alargado para atender, inclusive, a tutela ambiental (art. 5º, LXXIII), e outro, é a ação civil pública, destinada à defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). A

1. Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo, advogado, consultor jurídico, professor emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

2. Artigo disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/REsp801005-SP.pdf, e publ. na *RSTJ* 239, tomo 2, p. 842.

primeira ação é instrumento ao alcance do cidadão; a segunda foi conferida ao Ministério Público, sem exclusividade, porém (art. 129, § 1º).

Não tem, pois, o menor sentido sustentar que a Constituição tivesse estabelecido várias normas de proteção do meio ambiente, que é condição de sobrevivência de todas as espécies, inclusive a humana, e que tais normas se destinariam a obrigar a todos, menos à própria administração... Ao contrário, a própria Constituição estabelece, com todas as letras, que a defesa do meio ambiente incumbe não só à comunidade como também ao Poder Público (art. 225 *caput*), sendo que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, *pessoas físicas ou jurídicas*, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º). Não há base jurídica alguma, muito menos teleológica, para supor estivessem excluídas do dever de preservar o meio ambiente as autoridades ou as pessoas jurídicas de Direito Público interno. Muito pelo contrário.

Poder-se-ia contra-argumentar: mas o Poder Judiciário pode formular ou até impor ao Poder Executivo políticas públicas? Pode o Judiciário impor ao administrador que construa a rede de esgoto, quando este pode ter outras prioridades? Pode o Judiciário intervir na atividade do Executivo? Não seria quebra de harmonia entre os Poderes?

Na verdade, a separação de Poderes é antes uma combinação de Poderes do que uma verdadeira e própria separação.³ Embora em tese caiba ao Legislativo a fazer a lei, ao Executivo administrar, e ao Poder Judiciário decidir os conflitos que surjam na aplicação da lei, e embora normalmente um Poder não interfira nas atividades de outro Poder, o certo é que a Constituição, ao mesmo tempo em que garante em termos a separação dos Poderes, estabelece uma harmonia entre eles que não dispensa, ao contrário, pressupõe um sistema segundo o qual um Poder controla o outro (*checks and balances*). Se é verdade que o Legislativo faz a lei, o chefe do Poder Executivo tem iniciativa de alguns projetos e pode exercer o veto. Ainda, se é verdade que o Legislativo faz a lei, o Judiciário é que diz se essa lei é constitucional ou não. Esse é, pois, um sistema de controles ou de combinação de Poderes. Dentro dessa harmonia, tem-se entendido que a liberdade do administrador, que é chamada de discricionariedade, é uma liberdade relativa. Assim, por exemplo, não há liberdade ou discricionariedade do administrador quando a lei vincule seu comportamento; nem há liberdade ou discricionariedade que lhe permita afastar-se da legalidade. Dessa forma, nos atos em que a própria lei estabelece limites, o administrador fica a eles adstrito. E um dos mais sérios limites do administrador diz respeito à observância dos direitos fundamentais. Se há necessidade de que um direito fundamental seja preservado, o administrador não pode dizer simplesmente: “não vou fazer isso porque não entendo oportuno, ou não entendo conveniente, ou porque eu não quero, ou porque tenho outras prioridades”. Ora, não existem prioridades maiores do que aquelas que a própria Constituição estabeleceu: essas é que são as prioridades. O administrador não pode dizer: “não vou providenciar vagas para crianças na escola; não vou cuidar da saúde da população, não vou combater uma epidemia que está grassando na cidade, porque eu tenho outras prioridades”. Não. Ele tem de cuidar desses deveres, assim como de outros, como dar destinação adequada ao lixo urbano, como defender o meio ambiente, tudo em prol do bem comum. Ou seja, tem de tomar todas as providências necessárias para o bom desempenho de seu *munus* público, atentando, especialmente, para o dever de praticar aquilo que nós chamamos de atos de reação impositiva: ele tem de agir ou reagir em conformidade com as exigências da lei.⁴

3. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, parte III, cap. 2, p. 269, 5ª ed., Almedina, 1991.

4. Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 28ª ed., Saraiva, 2015, p. 160.

Por tudo isso, vale lembrar, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que “não é logicamente repugnante a hipótese de desvio de poder por omissão. Com efeito, bem o disse Afonso Rodrigues Queiró, *não agir é também agir*”.⁵ E desvio de poder também é ilegalidade.

Não tem valor absoluto o argumento do administrador da reserva do possível, no sentido de que não há verbas orçamentárias para a obra. Como advertiu o acórdão ora sob análise, depois de acertadamente recusada a tese da impossibilidade jurídica do pedido, caberá à sentença de mérito, em caso de procedência parcial ou total do pedido, estabelecer o comando que deverá ser levado em conta na formulação de políticas públicas pelo administrador, o que supõe estabelecer-se a previsão orçamentária adequada.

O argumento da reserva do possível deve, pois, ser considerado em termos, ou seja, ressalvada a ocorrência de motivo justo e objetivamente aferível, não pode ser invocado pelo Poder Público como razão bastante para simplesmente descumprir mandamentos constitucionais (AgRgRE n. 581.352-AM, 2ª T. STF, j. 29-10-13, v.u., rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 22-11-13). Retomemos o exemplo do município onde haja crianças sem escola. O Poder Público poderia justificar sua omissão e responder: “mas eu não tenho dinheiro para fazer escola”? Se isso fosse o bastante, ficaríamos num impasse. O Poder Judiciário deve reconhecer que direitos fundamentais precisam de uma resposta efetiva e, não raro, urgente, que não pode depender apenas de decisões discricionárias do administrador. Sua discricionariedade é importante e deve ser reconhecida em situações normais, como, por exemplo, quando o administrador tenha recursos previstos em orçamento para fazer um hospital, e se então decidirá se esse hospital será construído no bairro A ou no bairro B: isso é ele quem decide; não o Poder Judiciário. Ele decide ao examinar os indicadores disponíveis sobre qual bairro é o mais necessitado, qual o bairro tem menos recursos de saúde, em qual bairro há mais acidentes ou epidemias etc. Para isso existe a discricionariedade. Entretanto, se ele usar a discricionariedade para deixar de assegurar direitos fundamentais, ou para se desviar de sua função pública como para atender a interesses subalternos, ou seja, para construir um ocioso hospital a mais num bairro que já tenha muitos hospitais, e se vai deixar sem hospital algum a periferia, onde a necessidade possa ser maior, — então nesses casos, e em tantos outros em que haja desvio de poder, desvio de finalidade, desvio de razoabilidade ou qualquer outra forma de ilegalidade — então nesses casos será possível coagir o administrador a cumprir alguma obrigação adequada de fazer, por meio do manuseio de ações movidas no Poder Judiciário. Embora essas ações majoritariamente sejam propostas pelo Ministério Público, nunca é demais lembrar que em matéria civil o Ministério Público jamais é legitimado exclusivo, ou seja, ele é legitimado concorrente e disjuntivo. Isso significa que, de maneira saudável, outros legitimados também podem agir independentemente de estarem juntos do Ministério Público. E quem são esses outros legitimados? São a Defensoria Pública, os entes estatais, as associações civis, entre outros legitimados que podem agir em defesa da coletividade lesada (Lei n. 7.347/85, art. 5º). Até mesmo o cidadão pode agir por meio de ação popular, zelando pelos interesses de todos, como na defesa do erário, do meio ambiente ou do patrimônio cultural. Mais recentemente, por meio de uma construção da jurisprudência dos tribunais, inaugurada por acórdãos relatados pelo Min. Herman Benjamin, tem sido reconhecido que até mesmo o indivíduo pode entrar em juízo em defesa de interesses pessoais compartilhados por outros indivíduos na mesma situação de fato (Agravo em Recurso Especial n. 401.510-RJ; REsp. n. 1.459.212-RJ).

5. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., p. 75, Malheiros, 2001; no mesmo sentido, Wallace de Paiva Martins, Despoluição das águas, em *Caderno de Doutrina e Jurisprudência*, n. 33, p. 24, APMP, 1995; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 28ª ed., Saraiva, 2015, p. 161.

O Código de Processo Civil de 2015 concorre nessa mesma linha, ao reforçar a mais ampla tutela no tocante às ações de caráter cominatório. Seu art. 497 dispõe que, “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.” Por força do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), esse dispositivo se integra ao sistema de tutela coletiva,⁶ de forma que, nas ações civis públicas que visem a uma obrigação de fazer ou não fazer, o juiz não estará adstrito a conferir a tutela específica postulada na inicial, mas poderá até mesmo determinar “providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático *equivalente*”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um cidadão da pequena cidade de Lutécia (SP) teve êxito ao pretender compelir em juízo o Poder Público a cumprir exigências de saneamento básico em prol da coletividade. Sem dúvida, o Poder Público tem limites orçamentários, mas, em razão da decisão judicial, terá de adequar essa necessidade ambiental dentro de seu orçamento; terá de se programar; terá, enfim, de cumprir a decisão do Poder Judiciário.

Embora os administradores sempre objetem a reserva do possível como se fosse um *bill* de indenidade para suas omissões no trato da coisa pública, a jurisprudência pátria vem colocando em seus devidos limites essa objeção, pois essas omissões nem sempre são justificáveis. Garantindo a Constituição direitos fundamentais, os meios para exercê-los em juízo são mera decorrência, e, para tanto, a ação civil pública é um dos caminhos válidos, não se podendo objetar simplesmente a impossibilidade jurídica do pedido que vise a compelir os órgãos públicos a observarem direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 801.005-SP, Relator: Min. Teori Zavascki, Julgado em: 20-03-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 401.510-RJ, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgado em: 05-12-2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.459.212-RJ, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgado em: 07-04-2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRgRE n. 581.352-AM, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em: 29-10-2013.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., Malheiros, 2001.

DESTEFENNI, Marcos. A eficácia expandida da coisa julgada individual, o negócio jurídico processual e outros reflexos do CPC de 2015 na tutela jurisdicional coletiva, *in Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*, Saraiva, 2015.

6. No mesmo sentido, Marcos Destefenni, A eficácia expandida da coisa julgada individual, o negócio jurídico processual e outros reflexos do CPC de 2015 na tutela jurisdicional coletiva, *in Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*, Saraiva, 2015, p. 403.

HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 28ª ed., Saraiva, 2015.

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Almedina, 1991.

WALLACE DE PAIVA MARTINS, Despoluição das águas, em *Caderno de Doutrina e Jurisprudência*, n. 33, APMP, 1995.