

Agravo de Instrumento tirado contra decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento de ilegitimidade ativa dos Autores da ação de obrigação de fazer cominada com responsabilidade civil proposta em face do Município de Itaboraí, visando à realização de obras de saneamento e restituição do dano moral e material reclamado. Matéria que deve ser objeto de ação civil pública, conforme previsão expressa do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85. Impossibilidade de tutela por meio individual.

5ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO no. 0048949-70.2011.8.19.0000

Apelação Cível no. 48.949/2011

Relatora : Des. Maria Regina Nora Alves

Agravante : Município de Itaboraí

Agravado : Delci Rodrigues e Outros

Parecer do Ministério Público

EGRÉGIA CÂMARA

Civil e Administrativo. Agravo de Instrumento tirado contra decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento de ilegitimidade ativa dos Autores da ação de obrigação de fazer cominada com responsabilidade civil proposta em face do Município de Itaboraí, visando à realização de obras de saneamento e restituição do dano moral e material reclamado. Matéria que deve ser objeto de ação civil pública, conforme previsão expressa do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, a ser promovida pelos legitimados que se encontram indicados no art. 5º do mesmo diploma legal. Impossibilidade de tutela por meio individual, haja vista que a realização de obras de saneamento básico repercute na esfera

jurídica da coletividade, sendo direito de caráter indivisível. Impossibilidade jurídica do pedido, pela ilegitimidade da parte. Incidência do disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Necessidade de reforma da decisão singular. Provimento do recurso.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação de Obrigação de Fazer cominada com Responsabilidade Civil por danos morais e materiais, promovida por Delci Rodrigues e Outros, em face do Município do Rio de Janeiro, cujo objeto é a imposição de realização, por parte do Réu, de realização de obra de reparo da rede de esgoto sanitário na localidade de sua residência e condenação do ente público à reparação, a título de dano moral e material, pelos transtornos e desconforto causados pela deficiente prestação do serviço público.

O juízo *a quo*, em decisão acostada por cópia às fls. 145/146, indeferiu o pedido de reconhecimento da ilegitimidade ativa dos Autores, forte em que o pedido inicial funda-se na violação a direito subjetivo individual dos postulantes, em face da alegada deficiência dos serviços de saneamento básico no local de suas residências, sendo isto o suficiente para a constatação da legitimidade ativa *ad causam*.

Inconformado com a decisão, o Município de Itaboraí interpõe o presente Agravo de Instrumento, sustentando, em síntese, que se trata de município muito pobre, que vem passando por algumas modificações em sua estrutura urbanística, e, a despeito disto, vem envidando esforços para a melhoria da qualidade de vida dos munícipes, trazendo a notícia de que já assinou um Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Rio de Janeiro, no que se refere a procedimentos relativos a saneamento básico.

Acrescenta o Agravante, por outro lado, que o legislador, em cumprimento ao pacto social que deve existir entre o ente público e os seus administrados, incumbiu a determinados organismos a tarefa de defesa de categorias de direitos que digam respeito à coletividade, dotando estes organismos estruturais de legitimidade para a propositura de ação civil pública, cujo objeto coincide com o desta lide.

Prossegue o Agravante argumentando que os interesses tutelados nesta lide não podem ser individualizados, na medida em que a obra pretendida abrange um bairro ou até um conjunto de bairros, de modo que a sentença a ser proferida, sendo do Ministério Público, a teor do que dispõe o art. 129, II e III, da Constituição Federal, a legitimidade para a tutela dos direitos difusos e coletivos, concluindo que a via eleita pelos Autores é inadequada.

Contrarrazões ofertadas às fls. 160/171.

É o relatório necessário.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso foi interposto no prazo legal, estando atendidos, destarte, os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

No mérito, assiste inteira razão ao Agravante, falecendo aos Autores legitimidade ativa para a defesa do bem jurídico tutelado.

Efetivamente, o objeto pertinente à obrigação de fazer deveria ser perseguido por meio de ação civil pública, conforme previsão expressa do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, a ser promovida pelos legitimados que se encontram indicados no art. 5º do mesmo diploma legal, que poderiam, inclusive, pleitear o ressarcimento pelos danos morais reclamados, como também autorizado expressamente pelo art. 3º da mesma lei.

Tratando-se de direito indivisível e mesmo difuso, cujo atendimento ou não invade a esfera de número expressivo e indeterminado de pessoas, não se pode perseguir a sua defesa por meio de tutela individual, mas sim coletiva.

Ora, o caráter de indivisibilidade do direito é o que norteia a legitimidade do Ministério Público para a defesa da tutela do direito perseguido, situando-se aquela indivisibilidade na própria indeterminação da prestação perseguida, pois não se pode falar em obrigação de fazer na forma individual quando o cumprimento da obrigação terá de ser feito, necessariamente, na forma coletiva, a partir de providências que atinjam um número indeterminado de beneficiados.

Em consequência, o pedido não poderá ser apreciado individualmente, dada a impossibilidade de sua execução individual. Neste canteiro, pode-se questionar que, se a solução do defeito na prestação do serviço vier a beneficiar terceiros, melhor seria para a coletividade. Entretanto, é justamente aí que reside a impossibilidade da via eleita, pois os Autores não são legitimados à defesa de direitos de terceiros, ou seja, da defesa de número indeterminado de pessoas.

Trata-se, em verdade, de direito coletivo, nitidamente identificado (pouco importando, aqui, se tratar de direito difuso ou individual homogêneo), ao qual não é dado ao particular a sua tutela judicial.

A questão não passa, a toda evidência, pela negação de direito ao acesso ao Judiciário, nem tampouco se pode sustentar que a ação individual não colide com a propositura de ação coletiva. Primeiramente, porque o acesso ao Judiciário não prescinde da legitimidade para a propositura da ação. Neste sentido, quando não se vislumbra a legitimidade de determinado jurisdicionado à propositura

de determinada demanda não se estará, da mesma forma, negando o acesso daquele ao Judiciário, mas apenas impondo regras e limites para aquele acesso. Em segundo lugar, porque não se pode admitir a coexistência de duas formas tão distintas de ação, a individual e a coletiva, para a apreciação do mesmo tema, eis que há lei específica que regula e diferencia as ações coletivas das ações individuais, limitando, naquelas, a legitimidade ativa, especificamente em razão do caráter do direito tutelado.

Com as devidas vênias de entendimento diverso, sustentar a legitimidade individual para a defesa de direito nitidamente coletivo, sob o argumento de que a parte também é legitimada para a ação, em face da violação de um seu direito individual e que a declaração de ilegitimidade acarretaria a negação de acesso ao Judiciário é encarar a matéria com a simplicidade de que ela não se reveste.

É preciso que se entenda, repita-se à exaustão, que a matéria não pode tangenciar o verdadeiro caráter do direito tutelado, pois é exatamente aí que reside o fundamento para a declaração da ilegitimidade ativa dos Autores.

Já destacaram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em seu "Manual de processo de conhecimento", citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, *in* "Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada", Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, página 203:

"A sociedade moderna abre oportunidades a situações em que determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados nas demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e freqüente na sociedade contemporânea. Ora, se a sociedade atual é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado 'processo civil coletivo' para tutelar os conflitos emergentes" (...) "É preciso, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou pré-conceitos), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à 'tutela individual' para solucionar questões atinentes à 'tutela coletiva', que não é, e não pode ser, pensada sob a perspectiva da teoria da 'ação individual'. Os institutos que presidem essa ação (ao menos em sua grande maioria) são incompatíveis e inaplicáveis à tutela coletiva, simplesmente porque foram concebidos para operar em outro ambiente."

Efetivamente, sob a ótica do direito tutelado, expresso na pretensão autoral, qual seja, a realização de obras tendentes a propiciar o saneamento da região de suas residências, não se pode negar o seu caráter nitidamente público e coletivo,

impondo, portanto, que a tutela seja prestada coletivamente, propiciando a eficácia *erga omnes* da sentença proferida, atingindo número indeterminado de pessoas.

Rodolfo de Camargo Mancuso, na mesma obra acima citada, à página 63, assim se expressou:

“Ao propósito, Castro Mendes observa que, nos casos em que o caráter coletivo é da essência do direito tutelado, ‘a pretensão diz respeito à coletividade ou ao grupo como um todo, sendo a indivisibilidade a sua característica básica. A providência almejada não poderá ser fracionada ou concedida a título individual, reclamando, portanto, solução uniforme. É o que ocorre, por exemplo, quando se está diante de um problema de poluição sonora, provocada por um aeroporto ou uma igreja. O pedido de limitação do horário para a realização dos pousos e decolagens ou dos cultos religiosos não poderá, obviamente, ser fixado de modo diferenciado para cada morador, comportando, assim, tão-somente, decisão que atingirá a todos interessados de maneira uniforme”.

Recentes decisões desse Tribunal de Justiça revelam certa dificuldade na compreensão e detecção do caráter coletivo de determinadas ações propostas individualmente, em especial as demandas que procuram a tutela referente ao saneamento básico, talvez porque a matéria se mostre sensível e desperte a necessidade de uma resposta mais pronta e imediata por parte do julgador. Entretanto, é preciso que se tenha em mente que o Ministério Público estadual vem adotando as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias a impor ao poder público a realização de obras tendentes a efetivar obras de saneamento básico a toda a população do estado, como dão mostras as centenas de Inquéritos Cíveis Públicos instaurados em todo o estado, muitas delas já contando com a assinatura de termos de ajustamento de conduta e a propositura de ações cíveis públicas sobre o tema.

Neste viés, indispensável que as demandas individuais não se sobreponham ao pedido concentrado, mais eficaz e dotado de capacidade de espriar a sua efetividade à generalidade dos jurisdicionados, haja vista o seu efeito *erga omnes*. De toda sorte, impõe-se identificar a ação coletiva pelos elementos da ação proposta, como ensina o já citado Rodolfo de Camargo Mancuso, na mesma obra, às fls. 65, *verbis*:

“A compreensão do que seja um processo coletivo se aclara quando o tema vem abordado sob dois prismas: i) pela sua fase negativa, permitindo o descarte de casos pseudo-coletivos, onde os interesses individuais estão apenas somados e/ou neles não predominam os elementos comuns que pudessem lhes dar coesão. Ada Pellegrini Grinover chega a afirmar, com

espeque na experiência das *class action for damages* (correspondentes à nossa ação coletiva para interesses individuais homogêneos), que, em tais casos, faltará uma das condições da ação: 'Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível', ii) pela sua face positiva, reconhecendo-se uma ação como coletiva quando verificado que uma certa faixa do universo irá receber a projeção da eficácia do comando judicial, não importando, pois, quem sejam os sujeitos a ele concernentes. Assim, por exemplo, não é do fato de constarem, dentre os co-legitimados ativos para a ADIn, entes públicos e autoridades (CF, art. 103 e parágrafos) que deriva a qualificação dessa ação como coletiva e **sim porque através dela tutela-se um interesse que é meta-individual, qual seja o interesse difuso a que normas legais e atos normativos se pautem pelos parâmetros constitucionais. No caso, note-se que, por conta da absoluta indivisibilidade do objeto, qualquer que seja o resultado da ação – supressão do texto sindicado ou sua manutenção –, a eficácia do julgado se projetará pela inteira população como um todo, o que, aliás, é uma característica do interesse difuso.**" (grifamos).

Embora minoritária, há corrente nesse Tribunal de Justiça que abriga o entendimento aqui esposado, como se vê, exemplificativamente, da decisão proferida pela 1ª Câmara Cível, cuja ementa abaixo se transcreve:

0044252-08.2008.8.19.0001 - APELACAO

DES. FABIO DUTRA - Julgamento: 06/09/2011 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. SANEAMENTO BÁSICO. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM REDE DE ESGOTO NO LOCAL ONDE RESIDEM OS AUTORES. AFIRMAÇÃO DE QUE A PRECARIEDADE DA SITUAÇÃO EXPÕE MORADORES E POPULARES QUE TRANSITAM PELO LOCAL A RISCO DE DOENÇAS. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO ANTE O RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE ATIVA ARGUIDA PELO RÉU. A REGRA É A DE QUE AO PODER JUDICIÁRIO CABE SOMENTE O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, NÃO DE SUA DISCRICIONARIEDADE, PELO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ADEMAIS, NO PLANO DA LEGITIMIDADE, NÃO ESTÃO OS AUTORES HABILITADOS A POSTULAR JUDICIALMENTE A REALIZAÇÃO DE OBRAS QUE INTERESSEM A TODOS OS MORADORES DAQUELE

LOGRADOURO. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA DE VOTOS.
(grifamos).

Nesse sentido, mostra-se evidente a ilegitimidade ativa dos Autores da presente ação, fazendo incidir a hipótese prevista no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, sendo vedada a representação judicial de direito que integra o patrimônio indivisível da coletividade, o que significaria a tutela individual de direito alheio, contrariando o disposto no art. 6º do mesmo diploma adjetivo civil.

Inobstante isto, tendo em vista a notícia de má prestação de serviço de esgotamento sanitário na localidade da residência dos Autores e dos demais moradores do local, esta Procuradoria de Justiça requer a extração de peças destes autos para posterior encaminhamento ao Procurador-Geral de Justiça, que, por sua vez, deverá proceder à distribuição do expediente a uma das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital, para a adoção das medidas extrajudiciais e judiciais que entenderem pertinentes à hipótese, independentemente da já existência de termo de ajustamento de conduta firmado, tal como noticiado nas razões de interposição do presente recurso.

À conta destes fundamentos, deve ser reformada a decisão singular, para que seja reconhecida a ilegitimidade ativa *ad causam* e julgado extinto o processo.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público, por esta Procuradoria de Justiça, oficia no sentido do conhecimento e provimento do recurso.

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2011.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Procurador de Justiça