

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LIMITAÇÃO OU CONTROLE CONSTITUCIONAL?

LIMITAÇÃO: LUIZ EDUARDO GUIMARÃES BOJART



FOTO: MURILLO OLIVEIRA

LUIZ EDUARDO GUIMARÃES BOJART

Procurador do Trabalho – PRT/2ª Região-SP; Pós-Graduado em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Católica de Goiás; Professor de Direito do Trabalho no Curso de Direito da Universidade Católica de Santos e editor da página jurídica “Ação Civil Pública on line”.

Diante da recente conversão da Medida Provisória nº 1.570-51/97 na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, faz-se oportuno o debate sobre a questão da compatibilização sistemática dos limites territoriais impostos aos efeitos *erga omnes* reconhecidos à coisa julgada de sentença proferida em sede de ação civil pública. Com as alterações introduzidas, o art. 16 da Lei nº 7.347/85 vigora hoje com a seguinte redação:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (Grifamos a expressão a-

crescetada pela nova lei.)

Ao leitor desatento, passa-se a primeira impressão de que o *decisum* não terá eficácia além dos limites geográficos de competência territorial do órgão prolator, como definidos nas leis de organização judiciária. Mas esta interpretação não resiste a uma exegese um pouco mais criteriosa.

Nunca será demais insistir, estamos tratando aqui de uma **ação de responsabilidade**(*), moldada e adequada à proteção a **interesses difusos e coletivos**(*). Estes, por suas características essenciais, reconhecidas até por definição legal (Lei nº 8.078/90, art. 81, I e II), são de **natureza indivisível**, e, como representantes de uma categoria de bens jurídicos notadamente não-patrimoniais que simplesmente não respeitam os artificiais limites estabelecidos pelas leis de organização

judiciária, não admitem ser fracionados ou divididos em quotas-parte. Isto, por si só, já é argumento bastante para desmentir o princípio restritivo aparentemente imposto pela nova lei. Veja-se, *e.g.*, o direito a um meio ambiente saudável: o ar que respiramos, ou o rio do qual bebemos a água, os quais teimosamente e ao arpejo da vontade do legislador, fluem ao sabor dos ventos e correntes, violando todas as fronteiras locais ou regionais.

Não existem critérios jurídicos – ou mesmo lógicos – que nos permitam estabelecer uma fração ideal da responsabilidade por danos quando tratamos de lesão a interesses que são por definição indivisíveis.

Admitamos por hipótese que certo administrador público estadual venha a ser condenado por ato de improbidade em ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, ajuizada na comarca da Capital. Não obstante, sua conduta gera prejuízos ao erário de todo o Estado, que é único e comum a toda a população não só da capital, mas também do interior, e até, por vias reflexas, de toda a Nação. Salta aos olhos ser impossível limitar os efeitos da condenação àquela municipalidade, ou quantificar o quociente de responsabilidade correspondente aos limites territoriais de competência do órgão prolator da sentença.

A mesma questão, sob outro prisma. Dentro dos preceitos determinativos da competência territorial e funcional estabelecidos na Lei nº 7.347/85, o foro ordinário para a ação civil pública será definido pelo “local onde ocorreu o dano”. Mas – e este é o ponto nevrálgico – não raras vezes os *efeitos* de um ato ilícito repercutem e se estendem de forma inexorável para muito além das fronteiras definidas pela geografia política humana. Por impossível de se evitar a propagação do dano por decreto ou medida cautelar, ou mesmo muitas vezes de se determinar sua real abrangência, não se pode legiti-

mamente limitar os efeitos da coisa julgada.

Exemplificando. De um único fato localizado, como o derramamento de petróleo no terminal petrolífero da Petrobrás no Porto de São Sebastião, resultam danos incommensuráveis ao meio ambiente regional, pois as marés rapidamente espalham a mancha de óleo por quase todo o litoral norte paulista.

Não parecerá lógico condenar-se a empresa estatal em uma ação pelos danos causados ao meio ambiente de São Sebastião; em outra, ao do município vizinho de Ilha Bela, e assim por diante. Neste, e em casos análogos, a apuração da responsabilidade via condenação *in pecunia* (obrigação de dar), determinação da cessação da atividade nociva (obrigação de não-fazer) ou de recomposição do bem jurídico tutelado (obrigação de fazer), quando pertinentes, necessariamente extrapolará em seus efeitos os limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, determinada de forma absoluta pelo local onde o dano ocorreu, no exemplo, a Comarca de São Sebastião.

Vamos em frente. Certo plano de saúde de abrangência nacional, cuja administradora mantém sede em Brasília, adota um contrato-padrão (de adesão) no qual se verifica existir cláusula abusiva, atentatória a direitos assegurados no CDC ou em legislação especial. Ou pior, a empresa lança mão de critérios discriminatórios no tratamento dispensado aos seus clientes, *v.g.* recusando tratamento específico a pacientes HIV positivos. Haverá clara ofensa ao princípio constitucional da igualdade se os efeitos da sentença civil proferida por juiz da Capital da República, declarando a nulidade da avença leonina, ficarem restritos aos limites de uma circunscrição judiciária dentro do Distrito Federal.

Destes exemplos, e poderíamos multiplicá-los facilmente, deduzimos ser particularmente incompatível,

para dizer o mínimo, restringir-se territorialmente os efeitos da coisa julgada quando se fala em tutela a interesses indivisíveis por natureza.

Caso todos estes argumentos não sejam ainda bastantes para desanuviar nossa primeira impressão, relembro que o art. 86 do CPC é expreso em afirmar que "as causas cíveis serão processadas e decididas (...) pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência (...)". E, mesmo portando o Código de Processo Civil princípio idêntico — ou até mais abrangente — ao agora incorporado à lei especial, nunca, jamais se rejeitou eficácia quer declaratória, quer constitutiva ou mesmo condenatório-executória, a uma sentença cível transitada em julgado, sob o fundamento de estar fora dos limites da competência territorial do juízo prolator. Afinal, como emanção do poder do Estado, a jurisdição é una, e os critérios determinativos da competência (matéria, valor, lugar, pessoa e funcional), longe de restringir seu exercício, apenas consagram o princípio da divisão do trabalho, como um imperativo da vida moderna. Esta é, aliás, a boa lição do saudoso Prof. Antônio Lamarca em esclarecedora alegoria: "num Estado minúsculo,

de um só juiz de primeira instância, 'jurisdição' e 'competência' se confundiriam" (*In O Livro da Competência*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, pág. 46).

Então, qual o real sentido da inovação legislativa, perguntará o leitor. Sem perder de vista que a moderna hermenêutica consagra por princípio que a lei é mais inteligente que o legislador, devemos perquirir sempre e incansavelmente pela *mens legis*. Historicamente superada como critério hermenêutico, conserva a pesquisa da *mens legislatoris* apenas algum valor acadêmico.

Prefacialmente, deve-se advertir que o art. 16 da Lei nº 7.347/85 é dedicado à definição dos **limites subjetivos da coisa julgada**, e portanto, disto não vamos nos afastar. Sob este prisma, quanto ao sujeito passivo da relação processual, não há de causar espécie a afirmação de que a responsabilidade por ato ilícito fixada na sentença, terá sempre caráter nitidamente pessoal: *non potest esse obligatio sine persona obligata* — não pode haver obrigação sem pessoa que se obriga.

Assim, os festejados efeitos *erga omnes* são invocáveis apenas com relação aos pretensos *sujeitos ativos*,

como uma garantia do réu de que não será molestado repetidamente, pelo mesmo fato, face aos demais co-legitimados. Mas agora, face a *novatio legis*, "nos limites da competência territorial do órgão prolator". No além-fronteiras, eficácia inter partes, como preconizado do art. 472 do CPC: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (*omissis*)".

Todavia, as mesmas restrições alhures lançadas são pertinentes aqui quando tratamos de interesses de natureza indivisível. Do contrário, veríamos dilaceradas as garantias básicas de segurança jurídica do réu, caso a mesma ação pudesse ser repetida por outros co-legitimados, em outras comarcas.

A bem da verdade, a restrição adotada pela lei em foco só fará sentido quando a ação civil pública versar sobre a reparação de interesses individuais homogêneos (Lei nº 8.078/90, art. 81, III), estes usualmente patrimoniais e divisíveis por natureza(*). Mas ainda assim, *concessa venia*, do modo como se fez, não fomos contemplados com a melhor solução.

Que se deva disciplinar a questão

da competência territorial concorrente quando se trata de ações coletivas de caráter reparatório, disto não discordamos. Mas que sejam adotados critérios lógicos, racionais, científicos, e identificados com o instituto para o qual se destinam. Muito mais adequado teria sido a adoção em caráter absoluto de algumas das regras já vigentes para o Direito Processual civil (CPC, arts. 94; 99; e 100, IV, a). Todavia isto não se fez, infelizmente.

Na contramão da história, recuamos alguns passos na tendência à *molecularização* de ações individuais, parafraseando o Prof. Kazuo Watanabe. Preferiu o legislador, impondo pesados ônus à defesa do réu, decretar a pulverização, quicá a nível nacional, de um sem-número de ações coletivas, todas versando sobre um mesmo objeto.

(*) Sobre a natureza da ação civil pública e dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, remetemos os leitores para os nossos *A Natureza Condenatória da Ação Civil Pública* (in *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, Editora CONSULEX, 2(03):39-47) e *Exegese sobre o Conceito Legal de Interesses Difusos e Coletivos* (in *Jornal do 10º Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr., 1995, págs. 43/45).

CONTROLE: GILMAR FERREIRA MENDES



GILMAR FERREIRA MENDES

Subchefe da Casa Civil da Presidência da República para Assuntos Jurídicos e Professor Titular da Universidade de Brasília (UnB).

Como se sabe, no Brasil, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, consagrou a ação civil pública como instrumento de defesa dos chamados "interesses difusos e coletivos". Nos termos da própria lei especial, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto da ação civil pública na ordem jurídica brasileira, estando a sua utilização condicionada, fundamentalmente, apenas à própria definição do conceito jurídico indeterminado relativo aos "interesses difusos e coletivos".

Esse objeto extremamente amplo tem ensejado, não raras vezes, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade. A despeito do embargo que não raras vezes provoca, o tema não tem merecido, com uma ou outra exceção, reflexão mais acurada no âmbito da nossa dogmática constitucional.

A pergunta básica que se pretende introduzir é a seguinte: é legítima a utilização da ação civil pública na ordem jurídica brasileira, para obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo? Evidentemente, essa questão sugere desdobramentos: em face das próprias especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública, poder-se-ia ainda cogitar de um controle meramente incidental ou concreto de constitucionalidade cuja eficácia restaria limitada às partes envolvidas na controvérsia? Ou, de fato, estamos diante de um processo especialíssimo, de característica notoriamente objetiva, isto é, sem partes, no qual o requerente atua na defesa genérica do interesse público?

Em face das características especiais que ornaram a ação civil pública seria lícito indagar sobre a sua adequação para o controle de constitucionalidade das leis, na modalidade de controle incidental ou concreto. Em outros termos, seria possí-

vel que o juiz, ao apreciar pedido formulado em ação civil pública, afastasse topicamente a incidência ou a aplicação de uma dada norma federal ou estadual, em face da Constituição Federal? Qual seria a eficácia dessa decisão?

É fácil ver, desde logo, que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de "processos subjetivos".

A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesses próprios, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil senão impossível sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público¹. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*".

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria um afazer político de determinadas Cortes, realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro elemento adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípuo haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

Deve-se acrescentar, ademais, que o julgamento desse tipo de questão pela jurisdição ordinária de primeiro grau suscita um outro problema, igualmente grave, no âmbito da sistemática de controle de constitucionalidade adotada no Brasil. Diferentemente da decisão *incidenter tantum* proferida nos casos concretos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia fica adstrita às partes do processo, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo juiz de primeiro grau haveria de ser dotada de eficácia geral e

abstrata. Nem poderia ser diferente: como as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico específico, mas, propriamente, na proteção do interesse público, qualquer pretensão no sentido de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processos, apenas às partes formais do processo, redundaria na sua completa nulificação.

Em outros termos, admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão de atuação do Senado Federal.

É certo, ademais, que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que, na ação civil pública, ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo de uma impugnação direta de lei.

Nessas condições, para que não se chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

É verdade que o tema ora abordado ainda não foi objeto de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal. É certo, porém, que, tal como enunciado, essas conclusões parecem encontrar respaldo pleno na jurisprudência da Corte Suprema. A par de outras decisões já mencionadas, afigura-se digno de referência acordo recém-publicado, no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu Reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações ajuizadas nas 2ª e 3ª varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese².

Essa orientação da Suprema Corte reforça a idéia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública haverá de restar ainda mais evidente, porquanto, diversamente na situação aludida no precedente referido, o autor aqui pede tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia *erga omnes*. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juiz monocrático, terá força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no controle direto de inconstitucionalidade.

As especificidades desse modelo de controle,

o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa, no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação da Corte Suprema – somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle –, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a inferir a possibilidade de que se proceda ao controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública.

Assevere-se que a medida não se compadece com qualquer intenção de restrição do modelo difuso de controle de constitucionalidade.

Cogita-se, ao contrário, da possibilidade de fazê-lo com consequência, sem impugnar a higidez do complexo sistema de controle de constitucionalidade instaurado entre nós. Proposta neste sentido chegou a ser veiculada quando da Revisão Constitucional (1993-1994) pelo Deputado Adroaldo Streck, havendo o Relator-Geral, Deputado Nelson Jobim, contudo, optado por fórmula diversa, em que se conferia competência para tais processos aos tribunais – vide Parecer nº 29, Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Tomo II, pág. 29.

Deferindo-se a competência aos tribunais, haveria de cogitar-se ainda de incidente de inconstitucionalidade que permitisse ao Supremo Tribunal Federal, provocado pela Corte inferior, decidir tão-somente acerca da questão constitucional em exame (vide Parecer nº 27, Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Tomo I, págs. 317-8)³. Com isto, restariam preservadas não só a competência da corte constitucional, como também a possibilidade de tutela daqueles interesses.

1 Koch, Harald. *Prozessführung im öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, 1983, págs. 01 e s.

2 Reclamação nº 434, Relator Ministro Francisco Rezak, DJ 09.12.94.

3 Propunha-se, então, a adoção de dispositivo após o atual art. 103, com a seguinte redação: "Art. 104. O Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, de Procurador-Geral de Justiça ou de Procurador-Geral ou Advogado-Geral de Estado, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, nestes incluídos os atos anteriores à Constituição, e houver perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada.

Parágrafo único. A decisão prevista no caput deste artigo aplica-se o disposto no § 2º do art. 102 e no § 1º do art. 103, da Constituição."