

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 129

janeiro/março – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

A recente evolução da ação civil pública

Usos e abusos. Análise de sua patologia

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO

1. Da importância e das características do instituto. 2. Da recente patologia das ações civis públicas. 3. Conclusões.

1. DA IMPORTÂNCIA E DAS CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

A ação civil pública, na sua atual regulamentação constitucional e legal, constitui uma inovação e uma conquista para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à Justiça de todas as classes sociais.

Cabe indicar, inicialmente, a existência de um certo parentesco entre o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, por serem remédios especiais, de natureza e origem constitucional, que se destacam e dissociam da técnica e até da filosofia tradicionais do processo civil clássico. Essa analogia entre os três institutos é, ao mesmo tempo, técnica e filosófica, por se caracterizarem, todos eles, pelo fato de serem instrumentos de conteúdo mais denso¹, refletindo o aprimoramento institucional do Estado de Direito, com alguma vinculação histórica com o *habeas corpus*, e destinando-se à proteção do indivíduo contra o poder público, no caso do mandado de segurança, ou para a defesa da sociedade, ou de seus membros, em casos especiais que justificam um procedimento mais rápido e a legitimidade extraordinária, como ocorre nas hipóteses das ilegalidades que ensejam a lesão do patrimônio público, justificando a propositura da ação popular, e da

Arnoldo Wald é Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil na UERJ.

¹ WALD, Arnoldo. *O Mandado de Segurança na Prática Judiciária*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1968, nº 40, p. 111 e ss.

defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos individuais, no caso da ação civil pública.

São institutos que honram a ciência jurídica brasileira e revelam a sensibilidade do legislador e do Poder Judiciário, em questões básicas ligadas à proteção dos direitos individuais, à moralidade administrativa, à ecologia, à proteção do consumidor e ao patrimônio cultural e artístico. Já tivemos o ensejo de afirmar que, do mesmo modo que um país adquire dimensões internacionais pela sua produção industrial ou pelo trabalho científico ou artístico nele realizado, a introdução de técnicas jurídicas mais sofisticadas para a proteção do indivíduo e o desenvolvimento da ciência jurídica, para este fim, constituem elementos indiscutíveis da grandeza e da importância de uma nação.

É por este motivo que um ilustre processualista espanhol já disse em relação ao mandado de segurança – mas a lição também se aplica, por analogia, à ação civil pública – que “os processualistas brasileiros sentem um verdadeiro fervor cívico em relação a esta instituição, comparável ao orgulho que os espanhóis sentem pelos processos forais de Aragão, os ingleses pelo *habeas corpus* e os mexicanos pelo amparo. Este entusiasmo se justifica plenamente e tem levado os juristas brasileiros a estudar o assunto sempre que lhes é dado apresentar teses ou relatórios em congressos internacionais ou colaborar em obras estrangeiras”².

Na realidade, as várias novas técnicas processuais surgiram em virtude da necessidade de atender ou corrigir certas situações fáticas e determinados imperativos sociais. Assim, encontram a sua razão de ser:

a) na desigualdade das partes (enquanto o processo tradicional pressupõe a sua igualdade – que, em certos casos, torna-se não mais uma presunção, mas uma ficção);

b) na necessidade de criação de mecanismo para a defesa dos grupos sociais (corpos intermediários), que são cada vez mais importantes na sociedade contemporânea, com substituição dos indivíduos pelos grupos e respectivas entidades representativas;

c) no papel que o processo assume como “instrumento de participação popular” na fiscalização da aplicação do direito;

d) na necessidade de atendimento eficaz e rápido à justiça social.

Assim sendo e em virtude da sua finalidade, a ação civil pública já foi definida como sendo um “instrumento avançado da tutela jurisdicional”.

Houve, na realidade, uma revolução renovadora do processo, que se realizou meio século após a revolução que transformou o direito privado, ensejando a sua socialização e modernização.

É uma revolução que consistiu na *criação de um novo direito processual*, e surgiu, ao lado do direito tradicional, *rompendo com alguns dos princípios*, que tinham sido sedimentados, nos conflitos interindividuais (Mauro Capelletti).

Em determinados casos e áreas, sentiu-se a insuficiência das soluções tradicionais para assegurar a adequada tutela aos novos direitos que foram surgindo.

Os contratos de massas, vinculados à informática e à mudança de tipo de civilização, à concentração urbana e às relações cada vez mais desiguais entre as partes, passaram a exigir remédios de maior densidade e eficiência, sob pena de frustração da Justiça.

Conseqüentemente, conceitos tradicionais, que eram válidos e importantes para o direito clássico, foram renovados pelo direito processual. Foi o que aconteceu com:

a) a legitimidade e a substituição processual;

b) os efeitos da sentença e a coisa julgada.

Essa revolução processual viabilizou a proteção dos direitos coletivos, anteriormente esquecidos ou cuja proteção estava sendo frustrada no esquema clássico.

Existe uma analogia entre essa renovação do processo e as evoluções que ocorreram, no direito privado, em relação a institutos como:

a) a responsabilidade civil, especialmente no tocante aos seus fundamentos, como a culpa e o risco;

b) a propriedade à qual se atribuiu função social;

c) o contrato, que sofreu maior flexibilização e passou, em certos casos, a ter efeitos eventuais contra terceiros e a ser suscetível de revisão judicial etc., dele

² ALCALÁ ZAMORA, Niceto. El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero. *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*. Instituto de Derecho Comparado, Universidad Autónoma de México, 1963, p. 100.

se destacando o contrato de trabalho, o contrato administrativo e a relação de consumo, que passaram a ter regimes especiais.

As transformações sofridas pelo direito privado, como as decorrentes do direito judiciário, não significam o desaparecimento do direito clássico, mas a criação de um certo número de exceções às regras tradicionais. Assim, por exemplo, no tocante à responsabilidade civil, a culpa do autor do dano continua sendo o fundamento básico para que seja atribuída uma indenização à vítima, especialmente nas relações interindividuais. A individualização da responsabilidade e da pena, que é conquista da civilização ocidental, com base em textos bíblicos, na filosofia grega e no Direito Romano, tornou-se, atualmente, imperativo constitucional (art. 5º, incisos XLV e XLVI). Mas, nas relações entre os grupos ou entre indivíduo e grupo, a culpa deixou de ser o único fundamento para o ressarcimento do dano, admitindo-se o risco profissional e até a obrigação de indenizar em virtude do exercício de determinadas atividades. A necessidade da proteção da vítima ensejou a adoção excepcional da responsabilidade objetiva, quando o dano é causado pelas pessoas jurídicas de direito público e, ainda nas relações de transporte, nos danos causados pela energia nuclear etc...³.

Temos, assim, no campo do direito civil, como no direito judiciário, a possibilidade da vigência simultânea, em áreas distintas, de normas jurídicas de natureza e estrutura diversas, refletindo princípios jurídicos que nem sempre são os mesmos. Essas normas de conteúdo divergente e destinadas a reger, algumas, as situações gerais e, outras, as situações especiais ou específicas, não se contaminam, nem se comunicam necessariamente, embora possam exercer, umas sobre as outras, uma influência recíproca.

Assim, no decorrer da história, tivemos direitos comuns ou gerais, ao lado de direitos especiais. Foi o que aconteceu em Roma, quando, ao lado do *ius civile*, surgiram o direito pretoriano, de origem jurisprudencial, e o *ius gentium*, aplicável aos estrangeiros. Do mesmo modo, na Inglaterra, tivemos, por longo tempo, e ainda temos, a convivência da *common law* e

da *Equity*. No direito continental europeu e no Brasil, o direito privado, que se concentrava tradicionalmente no direito civil, passou a se desmembrar de tal modo que este tornou-se o direito comum, enquanto o direito comercial e o direito do trabalho passaram a ser os direitos especiais, o último chegando a sair da órbita do direito privado para constituir, para alguns autores, um terceiro gênero, integrando o direito social.

A situação em matéria de direito processual é análoga, pois as novas normas não devem abalar, nem afastar as antigas, cada uma delas tendo uma área própria de incidência. Podemos, pois, afirmar que à socialização e modernização do direito material correspondeu a criação de um direito de ações coletivas no campo do processo. Foi o que o Professor Watanabe denominou a *molecularização* do direito judiciário, em oposição à anterior atomização do mesmo⁴. Do mesmo modo que em determinados setores, os conceitos tradicionais do direito privado não mais atendiam plenamente à adequada proteção da vítima, como aconteceu em certos campos da responsabilidade civil⁵, também no plano processual, para assegurar a defesa de certos bens, valores e pessoas, foi necessário recorrer às ações coletivas⁶.

Do mesmo modo que a revolução do direito privado, que foi analisada por autores como Ripert, Savatier, Morin e outros, a revolução

⁴ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *As garantias do cidadão na Justiça*. Obra coletiva organizada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 196.

⁵ Na década de 30, o Professor e Desembargador Virgílio de Sá Pereira clamava contra as injustiças decorrentes da não-reparação dos danos causados pelos acidentes de bondes, ponderando que a vítima não recebia indenização, pois “os motorneiros (dos bondes) têm culpa, mas não têm dinheiro e a LIGHT tem dinheiro, mas não tem culpa” (*Decisões e Julgados*, p. 18; e WALD, Arnoldo. *Questões de Responsabilidade Civil*. Edições Cejup, 1990, p. 18). Deslocando-se da análise do comportamento do autor do dano para apreciar o direito da vítima, a teoria moderna assegura a todos a integridade física, a saúde e o direito à segurança (WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 10 ed.: São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992, p. 512).

⁶ WATANABE, Kazuo, op. cit. No mesmo sentido, MONIZ DE ARAGÃO, E.D. O Código de Processo Civil e a Crise Processual. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 187, p. 37-47 e numerosos outros estudos sobre a importância crescente das ações coletivas.

³ WALD, Arnoldo. *A influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1953, p. 70 e ss.

processual é necessária e indispensável, mas, criando novos instrumentos, exige que sejam manejados com prudência, do mesmo modo que o são os antibióticos, pelos médicos, e as armas atômicas, pelos Governos, e que sejam mantidos, nos seus campos próprios de atividade, os instrumentos tradicionais e a dogmática clássica, que continuam a prestar relevantes serviços à ciência jurídica.

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 aos 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. Já o insuspeito defensor das instituições democráticas e dos remédios processuais de maior densidade que foi Hely Lopes Meirelles teve o ensejo de salientar, há alguns anos atrás, na presente obra que:

“a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger.”⁷

E, em nota de rodapé, acrescenta que:

“A experiência vem demonstrando que a vigente Lei de ação popular está a exigir uma completa reformulação em seu texto não só para conceituar melhor os seus objetivos como para agilizar o seu processamento e impedir que tais causas se eternizem na Justiça, sem julgamento numa perene ameaça aos administradores chamados a juízo.”⁸

A lição de Hely Lopes Meirelles aplica-se perfeitamente à atual utilização da ação civil pública na prática forense, como aliás demonstrou

recentemente, em excelente artigo, intitulado “Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público”, o eminente Professor Rogério Lauria Tucci, que acaba de conquistar uma das cátedras de processo na Faculdade de Direito da USP.⁹

O mencionado artigo se inicia com as seguintes considerações:

“Este estudo resulta da verificação, em nossa lide forense cotidiana, da multiplicação de proposituras de ação civil pública, pelo MP, que parece pretender transformar o importante instituto jurídico numa autêntica *panacéia geral para toda e qualquer situação* nas palavras candentes (empregadas, alhures, para o mandado de segurança) e bem apropriadas, de Kazuo Watanabe.”

Feitas essas ponderações, cabe lembrar que a introdução em nossa legislação da ação civil pública e dos seus princípios básicos não deve, nem pode atingir:

A) Os princípios constitucionais que garantem:

a) o devido processo legal e o contraditório (devido processo legal substantivo e adjetivo);

b) a separação dos poderes;

c) as competências respectivas da União, dos Estados e Municípios;

d) a área de competência de cada magistrado.

B) O resto do sistema processual tradicional, que continua em vigor, com as suas premissas e regras de procedimento, pois o direito especial não revoga o direito geral.

Como já assinalamos, do mesmo modo que houve o abuso do mandado de segurança, do qual se pretendeu fazer uma *panacéia*, há uma certa tendência, atualmente, de generalizar o uso da ação civil pública, sem que se atenda à sua verdadeira finalidade. No mandado de segurança, aos poucos, a lei, a jurisprudência e a doutrina foram firmando parâmetros para impedir o seu abuso, ou seja, a sua utilização como substituto de todas as demais ações, como modo de cobrança ou de restituição e como forma de modificar decisão judicial (a não ser nos casos de aberrações jurídicas ou para o fim

⁷ Ver o fim do capítulo 1 da 2ª parte.

⁸ Ob. e loc. cit. na nota anterior.

⁹ LAURIA TUCCI, Rogério. Ação Civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. *Ajuris*, nº 56, p. 35-55, nov. 1992.

de concessão de efeito suspensivo a recursos, em situações especiais), conforme se verifica pelas várias Súmulas do Supremo Tribunal Federal que trataram da matéria (Súmulas de nºs 101, 266, 268, 269, 271, 304, 429, 474 e 511). Uma condenável legislação recente de duvidosa constitucionalidade está até ameaçando a integridade do instituto, chegando ao extremo oposto.

Pode-se afirmar que a tendência de generalizar o uso do mandado de segurança fez com que perdesse a sua densidade e eficiência, ocorrendo, em certo sentido, uma aplicação da Lei de Lavoisier no campo jurídico. Efetivamente, a maior generalização no uso do remédio enseja a sua menor eficiência. Ficou, assim, ameaçado o instituto de se transformar numa verdadeira ação ordinária, em todos os sentidos. Na realidade, com a sobrecarga de processos, o mandado de segurança acabou só podendo ter efeitos imediatos, ou em tempo hábil, em virtude da concessão da medida liminar, pois, para o julgamento do mérito do pedido, a demora tornou-se, evidentemente, excessiva.

Cabe salientar, finalmente, que a defesa do mandado de segurança, que estamos fazendo há cerca de 40 anos, quando publicamos o nosso primeiro livro a respeito, e tanto da ação popular como de ação civil pública, é no sentido de prestigiá-las, sem deturpá-las.¹⁰

2. DA RECENTE PATOLOGIA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Ao examinar a recente evolução jurisprudencial das ações civis públicas, quatro aspectos merecem um exame especial:

- 1) as ações civis públicas intentadas com base na equidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação;
- 2) as ações civis públicas intentadas como substitutas das ações diretas de inconstitucionalidade;
- 3) as ações civis públicas nas quais o juiz se atribui jurisdição nacional;
- 4) as ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis, fora dos casos

expressamente previstos pelo legislador.

A) *As ações civis públicas e o direito material*

“A função do Poder Judiciário consiste em *fazer observar em concreto as normas jurídicas existentes*” (Calamandrei).

A função judicante manifesta-se em dois atos, na lição de Kelsen, consistindo em:

- a) estabelecer a existência de um ato qualificado como antijurídico civil e penal, por uma norma jurídica aplicável ao caso;
- b) aplicar a sanção civil ou penal prevista em lei.

Conclui-se que o *ato jurisdicional não é inovativo* (Calamandrei), constituindo tão-somente a especificação de norma preexistente (donde a irretroatividade da lei).

Existem, evidentemente, algumas *exceções*, tais como:

- a) os dissídios coletivos previstos pela Constituição (art. 114, § 2º, da Constituição);
- b) outros casos específicos em que o próprio legislador manda expressamente aplicar a equidade (arts. 127 e 1109 do CPC, art. 165 da Lei de Luvas, normas sobre arbitragem no CPC, art. 5º da Lei das Pequenas Causas, art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor).

Mas, em princípio, a sentença não tem o conteúdo e o alcance da norma geral. Tal situação surge, todavia, na Ação Civil Pública (ACP) em virtude do que dispõe o art. 11 da Lei nº 7.347, que previu a possibilidade para o juiz de 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 Constituição, 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 ACP não é instrumento de equidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados pela lei. Por mais que a nossa legislação se refira a interesses difusos, aplica-se a lição de Capelletti de acordo com a qual a ação pública protege:

“o interesse difuso, na medida em que

¹⁰ WALD, Arnoldo. *O mandado de segurança*. Rio de Janeiro: DASP, 1955.

a lei substantiva o transforma em direito.”

Neste sentido, também se manifesta a doutrina pátria, conforme se verifica pelo entendimento dos nossos mais eminentes administrativistas tais como:

1) Hely Lopes Meirelles:

“A Lei nº 7.347 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em alguma norma de direito substantivo...” (Terceira parte, capítulo 1º da presente obra);

2) Caio Tácito:

“É lícito ao Juiz, no desempenho da atividade jurisdicional, do controle dos atos administrativos, proceder ao exame do ato, podendo anulá-lo... Fica-lhe vedado, porém, decidir quanto ao mérito do ato administrativo.” (RDA153/258)

Na jurisprudência, a matéria ficou muito clara em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Atribuições (CA) nº 35, do qual trataremos logo em seguida.

O que se reconhece, no direito pátrio e estrangeiro, é a necessidade de leis de proteção a determinados bens jurídicos (consumidor, meio ambiente, direitos civis, mercado de capitais, criança e adolescente) para que possa funcionar o sistema processual em relação aos direitos coletivos e difusos. A modificação processual, por si só, não importou em alteração do direito substantivo, nem em criação de direito material, mas tão-somente na estruturação de instrumento adjetivo para a adequada e eficaz proteção dos direitos substantivos já existentes e legalmente consagrados.

Concluimos, pois, que a regulamentação processual da ACP não é auto-alimentável. Trata-se da criação e consagração de um instrumento processual da ordem jurídica, na qual *o adjetivo, por mais importante que seja, não pode prescindir do substantivo*.

Neste sentido, o pronunciamento do então Procurador-Geral e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no CA nº 35, quando afirma:

“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 da proteção, ou, o que é pior, contra a lei que os proteja

em determinada medida.”¹¹

Na ementa do Parecer do Ministério Público, no CA nº 35, consta o seguinte:

“Proteção jurisdicional dos interesses difusos, Lei nº 7.347/85: limitação ao âmbito da função jurisdicional, que não permite ao juiz prestar tutela na ausência, em contrário, ou além da autorizada pela norma de direito material incidente.”

O entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal acompanhou o parecer, tendo concluído que descabia a ação civil pública baseada na equidade.

No mencionado caso (CA nº 35), em brilhante voto, com um certo sabor anedótico, mas que bem retrata os riscos que a generalização ou o uso indiscriminado da ACP pode ensejar, o eminente Ministro Francisco Rezek teve o ensejo de salientar que não admitia a ação civil pública sem que fosse embasada em norma expressa de direito material. Afirmou S.Exa. que:

“Figuro a situação seguinte: amanhã o curador de interesses difusos, no Rio de Janeiro, dirige-se a uma das varas cíveis da capital, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o Ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso *curriculum* viria anexo.

Não é o fato de alguém dirigir-se ao foro que indica, a meu ver, que este alguém esteja pedindo a prestação jurisdicional, e sim o exato teor daquilo que se pede. Atentei, como de hábito, ao voto do eminente Ministro Célio Borja. Grande parte do meu convencimento, que se formou durante o debate, deve-se a elementos trazidos à mesa por Sua Excelência. Entretanto, o Ministro relator distinguiu, à luz do parecer do Ministério Público, no pedido vestibular, aquilo que teria por alvo uma forma qualquer de prestação jurisdicional, e aquilo em que a parte postulante não pediu ao magistrado que aplicasse a legislação existente – o produto do labor legislativo – ao caso concreto, mas que criasse a norma. Tal a hipótese, tendo sido possível fazer essa distinção, apreciaria acompanhar o voto do eminente relator.”

A impropriedade da ação civil pública quando não fundada em norma legal expressa também tem sido reconhecida em despachos do eminente Presidente do Tribunal Regional

¹¹ Ap. Memorial apresentado ao Supremo Tribunal Federal por Arnoldo Wald no Conflito de Atribuições nº 35, p. 106.

Federal da 3ª Região, Dr. Homar Cais, que, na suspensão de execução de liminar nº 1336-SP (Reg. nº 9303.25522-4), em 4.3.93 cassou liminar concedida em ação civil pública, movida pelo Ministério Público, contra a Caixa Econômica Federal, objetivando a revisão dos critérios de reajuste das prestações de financiamento pelo Plano de Equivalência Salarial (PES). Na sua decisão, salientou o douto magistrado que, considerando o pedido, tinha

“fundada dúvida quanto à idoneidade da ação civil pública para a obtenção do pretendido resultado, bem como quanto à legitimação ativa do Ministério Público para intentá-la na defesa de interesses nitidamente privados.”

O mesmo ilustre magistrado também decidiu, em 10.3.93, na Suspensão de Segurança nº 1337-SP (Registro nº 93.03.24380-3), sustar os efeitos de medida liminar concedida em ACP, na qual se alegava a inconstitucionalidade do art. 6º, § 1º da Lei nº 8.162, autorizando a movimentação pelos servidores públicos federais dos saldos das contas vinculadas ao FGTS. No seu despacho, esclareceu o Juiz Homar Cais que:

“Inexiste litispendência entre *ação direta de inconstitucionalidade* proposta perante o *Tribunal competente e ação civil pública* intentada perante juízo de primeiro grau, conquanto se procure por meio desta inserir-se em nosso sistema uma nova e inconveniente forma de controle de constitucionalidade. A verificação de tal ocorrência levou Arnoldo Wald a observar:

‘Como a sentença proferida na ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*, entendemos que ela não pode ser utilizada com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, criando uma nova forma de controle não prevista pela Constituição e que violaria os princípios básicos da Federação. Efetivamente, no sistema vigente admite-se o controle da constitucionalidade, no caso concreto, pelo juiz singular, e, de forma geral e abstrata, pelo STF, ao julgar a ação de argüição de inconstitucionalidade. Ocorre que, recentemente, especialmente nos casos de liberação de cruzados bloqueados pelo Plano Collor e na discussão dos efeitos da Lei nº 8.177, que regulamenta a correção monetária dos créditos do Sistema Financeiro da Habitação, vários juizes federais concederam liminares para suspender a aplicação da lei no âmbito de sua jurisdição.

Tivemos, assim, leis federais que deixaram de ser aplicadas em vários Estados, *erga omnes*, infringindo-se as normas constitucionais que asseguram a identidade do Direito Federal aplicado em todo o País. Várias decisões dos Tribunais Regionais e do STJ acabaram suspendendo essas liminares. Na realidade, entendemos que a ação civil pública não pode ser um sucedâneo local da ação de argüição de inconstitucionalidade, que tem foro próprio e exclusivo.’ (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*, 14 edição atualizada por Arnoldo Wald, pp. 126/127).

No caso específico não se pode deixar de atentar para o ato de que o Supremo Tribunal Federal está prestes a concluir o julgamento da ADIN nº 613-4-DF, que examina a representação do Procurador-Geral da República sobre o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.162/91. Tal circunstância, por evidente, não tem o condão de paralisar eventuais julgamentos de ações que versam o controle concentrado daquela regra, efeito não previsto em nosso sistema jurídico. Mas tratando-se, como se trata, de medida liminar de caráter nitidamente satisfativo, tudo aconselha a que se suspenda sua execução, em nome do princípio da segurança jurídica.”

Conclui-se que somente em virtude de norma expressa de direito substantivo é que pode ser proposta a ação civil pública, não cabendo extravasar desses limites, sob pena de deturpação do instituto.

B. A ação civil não é forma paralela de declaração de inconstitucionalidade

Acresce que, em várias oportunidades, a ação civil pública tem sido utilizada como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para o seu julgamento do juiz singular e não do Supremo Tribunal Federal, como manda a Constituição Federal.

Ora, conhecemos no direito brasileiro os controles abstrato e concreto. O abstrato é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e o concreto só se aplica em casos específicos ou de modo incidental. Como a decisão da ACP tem efeitos *erga omnes*, não pode ensejar o controle da constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da com-

petência do Supremo Tribunal Federal.

Essa impossibilidade decorre da inviabilidade das duas conseqüências alternativas:

a) ou a inconstitucionalidade é *declarada localmente*, tão-somente na *área de competência do Juiz* e, aplicando-se *erga omnes*, cria um direito *substantivo estadual diferente do nacional* e viola a Constituição, que estabelece a unidade do direito substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná;

b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo Juiz, da função do Supremo Tribunal Federal.

O caráter excepcional do controle de constitucionalidade *in abstracto* foi salientado, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Moreira Alves, que a respeito afirmou:

“O controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidente tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consecutório, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado.”¹²

O mesmo magistrado teve, ainda, o ensejo de esclarecer, em recente trabalho doutrinário, que:

“Por fim, a Constituição de 1988 – ao contrário da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que silenciaram sobre preceito semelhante existente na Emenda Constitucional nº 16, de 1965 – declarou, no § 2º do art. 125, que ‘cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão’. Com isso, não há mais dúvida sobre se os Estados – como já o faziam sob o im-

pério da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 – podem adotar, na defesa das Constituições estaduais, o controle de constitucionalidade das normas estaduais e municipais em abstrato. E, na Reclamação nº 337, julgada em 23.8.1990, o Supremo Tribunal Federal manteve sua jurisprudência anterior, no sentido de que não cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados processar e julgar ação direta em que se argúi a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, pois, em caso contrário, tendo os acórdãos nessas ações eficácia *erga omnes*, a eles estaria vinculada a Suprema Corte, que, assim, não poderia exercer seu papel de guardiã da Constituição Federal no controle difuso de constitucionalidade da lei municipal declarada inconstitucional em ação dessa natureza.”¹³

A tese do descabimento da utilização da ação civil pública para afastar normas inconstitucionais teve, aliás, o ensejo de ser defendida, em Congresso do Ministério Público e em outros pronunciamentos, pelo Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes.

Por sua vez, vários acórdãos consideraram a ação imprópria para este fim, destacando-se os acórdãos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que se manifestaram em ações civis públicas intentadas para que fosse devolvido aos contribuintes o IPTU inconstitucionalmente aumentado pelo Município. Neste sentido, decidiui a egrégia Primeira Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ao apreciar a Apelação Cível nº 191130194, em 10.12.1991, esclarecendo na ementa do acórdão que:

“Ação civil pública. Ação direta de inconstitucionalidade de tributo travestida de ação civil pública. Descabimento.”

O acórdão reconheceu que inexistia viabilidade da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos e acrescentou que também era imprópria a ação por pretender que fosse reconhecida uma inconstitucionalidade *erga omnes*. Foi a seguinte a conclusão da decisão:

“Existe ainda uma outra razão a conduzir o raciocínio para idêntico resultado.

¹³ Ap. *As garantias do cidadão na Justiça*. Obra coletiva coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva, 1993, p. 14.

¹² RE nº 91.740. RS in RTJ 93 (1) 461-462.

É que, em se tratando de tributo acoimado de inconstitucional, há a previsão constitucional da ação direta de inconstitucionalidade. O art. 102 da Constituição da República atribui ao STF competência para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O art. 97 da CE atribui ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante a CE e de lei municipal, perante a mesma e a CF, inclusive por omissão. Ora, tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos produzem efeitos *erga omnes*.

Admitida, portanto, ação civil pública, para obstar a cobrança de tributo havido por inconstitucional, abre-se a possibilidade de prolação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes*, o que resulta absurdo. Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação civil pública, julgada pelo Tribunal de Alçada, afirmando a inconstitucionalidade de um tributo municipal e uma outra ação, direta de inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça. Qual decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro lugar? A proferida por último? A proferida pelo Tribunal Superior? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade de se admitir a ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade.”¹⁴

No sentido do descabimento da ação civil pública como substituta da ação de inconstitucionalidade, também manifestou-se o ilustre Presidente do TRF da 3ª Região, Dr. Homar Cais, na já mencionada Suspensão de Segurança nº 1.337 referente à ação civil pública, na qual foi alegada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 6º da Lei nº 8.162/91, no tocante à movimentação de saldos vinculados ao FGTS por funcionários públicos, em que nos honrou com citação de trecho que escrevemos a respeito (D.O.E., Poder Judiciário, Estado de São Paulo, de 12.3.1993, 63 (47), p. 107).

¹⁴ *Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul*, nº 81, pp. 216-219.

Por sua vez, a Juíza Annamaria Pimentel, da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, concedeu, em 17.12.1990, medida liminar em mandado de segurança contra medida liminar concedida por juiz federal, em ação civil pública, que considerara inconstitucional a regulamentação do Banco Central, que fez depender a aplicação do art. 192, § 3º da Constituição Federal da promulgação de lei complementar (M.S. nº 90.03.45384-5).

Na realidade, foram numerosas as ações civis públicas intentadas, em todo o país, seja para exigir a aplicação imediata do art. 192, § 3º da Constituição, alegando a inconstitucionalidade da regulamentação do Banco Central, que considerou que a mencionada norma não era auto-aplicável, dependendo de regulamentação legal, seja para o reconhecimento *erga omnes* da inconstitucionalidade dos vários diplomas legais, que regulamentaram a correção monetária nos últimos anos, e, em particular, em relação ao Plano Collor.

C. Extensão da jurisdição na ação civil pública

Problema mais delicado é o da extensão da jurisdição do magistrado na ACP, em virtude da redação da lei, que pode parecer ambígua, ao deixar de compatibilizar expressamente os princípios da competência funcional e territorial e a extensão de jurisdição do magistrado na ACP, ensejando interpretações divergentes na doutrina e na jurisprudência.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, estabelece, em relação à Justiça Estadual, a competência do Juiz do local onde ocorre o dano e, no caso de dano nacional ou regional, o da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93), aplicando-se a norma, em tese, a todos os casos de ACP, em virtude do disposto no art. 117 do CDC.

Se um único ato enseja danos nacionais ou regionais, a competência é do local onde foi sofrido o dano, ou da capital do Estado; mas se os prejuízos atingirem vários Estados, a liberdade de escolha de foro não deve ser ilimitada, quando pleiteada a indenização pela totalidade dos danos.

Assim, se uma série de atos idênticos ou análogos são praticados em vários Estados ou Municípios e ensejam danos, a competência deve ser dos vários juízes, cada um competente, em relação aos atos praticados e danos sofridos na sua circunscrição judiciária, não se

admitindo que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que a sua sentença proferida *erga omnes* possa alcançar os réus em todo o território nacional.

Há, aliás, decisão do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que não há conexão entre as ACPs intentadas para o mesmo fim, nas várias regiões, que foi proferida no CC nº 971 e cuja ementa é a seguinte:

“Inexiste conflito de competência quando Juízes Federais, ainda que vinculados a Tribunais Regionais diversos, apreciam causas conexas em matéria de interesses difusos.”

Possibilidade de repercussões diferentes nos vários Estados. (Ementário do STJ nº 2, ano 2, janeiro/abril 1992).

No mencionado acórdão, que se acha transcrito na obra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O Processo Civil no STJ*, e que trata da proibição do uso do metanol, prevaleceu o voto do Ministro Vicente Cernicchiaro, para quem:

“Dessa forma, considerando, especificamente, ainda que haja unidade entre as partes que estão litigando, argüem fato semelhante e buscam a mesma solicitação, eventual contradição, julgamentos diferentes, tanto no Primeiro Grau como no Segundo Grau de Jurisdição, através dos Juízes dos Tribunais Federais Regionais, poderão ser revistos e unificados no Superior Tribunal de Justiça. Apenas para dar um exemplo, seria inteiramente lícito e perfeito que alguém promovesse demanda no Rio de Janeiro contra a União Federal, e outra pessoa, deduzindo a mesma causa de pedir, o fizesse em Brasília ou qualquer outra jurisdição federal. Isso não atrai necessariamente a prevenção; não atrai a unidade de Juízos. As decisões poderão ser unificadas, agora, no Superior Tribunal de Justiça. Assim dispõe o comando constitucional.

Os processos desenvolver-se-ão separadamente. As respectivas decisões terão eficácia na jurisdição de cada juízo. Acrescente-se. Apesar de manifestações de dois Tribunais Regionais, que se restringiram a apreciar liminares, têm alcance apenas na jurisdição de cada Juiz Federal.”¹⁵

No mesmo sentido se pronunciou o Ministro Carlos Mário Velloso, reconhecendo implicitamente que a Lei da Ação Civil Pública (LACP) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não tinham ampliado a jurisdição do juiz, ao afirmar que:

“O que deve ser dito é que temos, no momento, decisões divergentes proferidas por Juízos competentes. Essas decisões divergentes, entretanto, haverão de existir, dada a regionalização da Justiça Federal. Oportunamente, esses entendimentos serão uniformizados por este Superior Tribunal de Justiça, quando a matéria aqui chegar através dos recursos apropriados.

Enquanto isso não ocorre, repito, é legítima a divergência, convindo acentuar que foi o constituinte que o desejou, ao regionalizar a Justiça Federal. Lembro-me de que, nos trabalhos que antecederam à reforma judiciária –, eu mesmo tive a oportunidade de participar de alguns deles, inclusive no âmbito do antigo Tribunal Federal de Recursos – essa questão veio à baila, e se dizia que ela pesava contra a regionalização: poderiam os Tribunais Regionais divergir entre eles, e enquanto o STJ não fosse chamado a se pronunciar, através dos recursos próprios, a divergência poderia causar problemas. Não obstante, o Constituinte quis a regionalização, e agiu bem, pois as vantagens são muito maiores.

De modo que, Senhor Presidente, é possível entendimentos divergentes nas diversas regiões da Justiça Federal. Aliás, isso não é apenas da Justiça Federal. Também na Justiça Comum estadual isto poderá ocorrer; por isso que cada Estado tem o seu Tribunal de Justiça. E pode acontecer, também, na Justiça do Trabalho, porque também ela está regionalizada.”¹⁶

No mesmo sentido, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Juiz Homar Cais, em despacho de 28.5.1992, no Processo nº 92.03.35198-7 (SS.1307), salientou que não havia a possibilidade da decisão, proferida em ação civil pública, abranger os interessados em todo o território nacional, pois “há que se ter presente que jurisdição nacional têm apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A jurisdição dos Juízes Federais circunscreve-se ao âmbito do respectivo Estado

¹⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, ob. cit.: São Paulo, Saraiva, 1992, p. 135.

¹⁶ Ob. cit., p. 137.

e a dos Tribunais Regionais Federais espraia-se pela correspondente Região, como decorre da Constituição Federal”.

Podemos, pois, concluir que nem a LACP, nem o CDC afastam os princípios referentes à competência e jurisdição e as normas da organização judiciária, limitando-se a estabelecer normas especiais, para proteção do economicamente mais fraco (parecidas com as referentes à proteção do autor nas ações de alimentos etc), não tendo criado uma competência nacional do juiz de 1ª instância, quer pertença aos quadros da Justiça Federal ou Estadual, quando julga as ações civis públicas.

No particular, diante das dúvidas suscitadas, impõe-se a necessidade de melhorar a legislação existente. Neste sentido, manifestou-se, aliás, recentemente, o Instituto de Estudos Avançados da USP, nas suas propostas para modificar alguns aspectos da estrutura do Poder Judiciário, propondo “centralizar, em Brasília, a competência para julgamento das ações coletivas, cujas decisões possam ter eficácia nacional ou interestadual” (*Gazeta Mercantil*, 1.7.93).

D. Do descabimento da ACP para a defesa de direitos individuais homogêneos fora das hipóteses previstas nos três primeiros incisos do art. 1º da LACP (meio ambiente, consumidor, patrimônio público e social)

Pela sua natureza, a ação civil pública só pode ser utilizada quando prevista legalmente, aplicando-se-lhe o princípio do *numerus clausus*. Assim, não cabe estender a sua atuação fora dos limites fixados pelo legislador, que não admitem interpretações extensivas, nem analógicas.

Como o art. 1º da LACP, com a redação que lhe deu o CDC, caracteriza as finalidades da ação civil pública nos seus três primeiros incisos (meio ambiente, defesa do consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), em relação a esses casos cabe a ACP para defesa de todos os direitos previstos pela legislação e em particular pelo CDC, abrangendo, pois, tanto os interesses difusos, quanto os coletivos e os individuais homogêneos, todos bem definidos e caracterizados no art. 81 do CDC.

A contrario sensu, o inciso IV do art. 1º não determina a finalidade que deve ser protegida pela ação civil pública, admitindo que todas elas sejam, mas se refere tão-somente aos interesses que justificam a sua propositura ao reconhecer o seu cabimento no caso de danos causados somente

“IV- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

Assim sendo, o inciso IV exclui do âmbito da ação civil pública os interesses individuais homogêneos nos outros casos, ou seja, naqueles não previstos nos três primeiros incisos, acima referidos.

O problema abrange dois pontos:

a) a incompetência do Ministério Público para intentar as ações para defesa de direito individual homogêneo (arts. 127 e 129, III da Constituição) que só se refere aos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, matéria da qual já tratamos no capítulo 2 da 3ª parte (na nota 1);

b) a impropriedade da ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos, que não se enquadrem nos três incisos pela interpretação sistemática do art. 1º, inciso IV e do art. 81, que define os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, só se referindo o inciso IV do art. 1º aos dois primeiros (difusos e coletivos) e não aos direitos individuais homogêneos.

Alguns autores e membros do Ministério Público consideram que também os direitos civis homogêneos, fora dos casos dos três primeiros incisos do art. 1º, poderiam ser defendidos em ação civil pública, invocando o art. 117 do CDC que introduziu, na LACP, o art. 21 com a seguinte redação:

“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses, difusos, coletivos e individuais, *no que for cabível*, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

Esquecem-se, todavia, que a aplicação supletiva das normas do CDC à LACP só deve ocorrer, conforme determinação expressa do legislador, no que couber, ou seja, nos casos em que o mencionado diploma (LACP) admite a proteção de uma das espécies de direitos aos quais se refere o seu art. 1º. Deve, pois, prevalecer a interpretação lógica e sistemática, que, em relação aos outros interesses e direitos (art. 1, IV), só admite a utilização da ação civil pública quando os mesmos forem coletivos ou difusos. Não há, pois, como aplicar, por analogia, o CDC para justificar a propositura da ação pública para defesa de direitos individuais homogêneos na hipótese do art. 1º, IV, da LACP.

Descabe, assim, a ação civil pública, entre outros casos, para:

a) recuperação de imposto pago indevidamente (defendendo-se inte-

resses individuais homogêneos tributários do contribuinte);

b) anulação de operações financeiras (matéria que conforme o caso pode ser do âmbito da ação popular);

c) operações bancárias não-referentes ao consumidor e, em particular, ações referentes a depósitos feitos em bancos, sob qualquer forma, inclusive caderneta de poupança, por inexistir, no caso, serviço prestado pelo banco e remunerado pelo cliente, não sendo, pois, o banco um fornecedor, nem o cliente um consumidor. Examinando a operação de depósito, poder-se-ia até chegar à conclusão contrária, de que a pessoa que fornece o numerário é o cliente e quem o utiliza ou consome, do ponto de vista jurídico, é o banco, embora na realidade não haja o consumo do dinheiro emprestado, não se podendo confundir o consumo e a poupança;

d) obtenção e restituição de dinheiro desviado por funcionário ou autoridade pública.

É relevante a jurisprudência existente no sentido da interpretação que ora defendemos. Há vários acórdãos e sentenças que consideram o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) parte ilegítima *ad causam* e a ação civil pública como sendo imprópria no caso de discussão de questões fiscais, de financiamentos e de complementações de correção monetária.

Assim, um acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul considerou incabível a ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos, ao mesmo tempo que nela se discutia a constitucionalidade de normas locais. No referido julgado (AC 191130194 in JTARGS 81/216 e ss.) foi salientado que:

“A questão primordial, aqui, é outra e diz respeito ao próprio cabimento de ação civil pública, intentada com vistas à *sustação da cobrança de tributo*. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24.7.85, que disciplina a ação civil pública, dispõe: ‘Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

I - ao meio ambiente;

II- ao consumidor;

III- a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’

(este inciso quarto, que restara excluído da Lei nº 7.347, em decorrência de veto, veio a ser introduzido pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11.9.90).

Da conjunção desses textos da Constituição e das leis, resulta indubitável o cabimento de ação civil pública para a tutela do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor cultural e de outros interesses difusos ou coletivos. *Com referência aos últimos, os únicos que importam aqui, é ineliminável a exigência de que se trata de interesses qualificáveis como difusos ou coletivos. A matéria já não apresenta, hoje, as dificuldades que apresentou no passado, em virtude de definição legal.*

Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor vem se preocupando com traçar limites entre direitos subjetivos e meros interesses, no que seguiu, aliás, a tendência da doutrina e jurisprudência modernas, traçou nítida distinção entre interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos individuais homogêneos.

Efetivamente, o art. 81, parágrafo único, do Código do Consumidor, dispõe: ‘A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base;

III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.’

Destaca-se, assim, que *os interesses ou direitos difusos e coletivos têm em comum a característica de serem transindividuais, de natureza indivisível. A divisibilidade apresenta-se, pois, como marco divisório entre os interesses difusos ou coletivos e os direitos individuais, homogêneos ou não. Interesses divisíveis, individualizáveis, podem qualificar-se como direitos individuais homogêneos, jamais como interesses difusos ou coletivos.*

Essa observação tem enorme importância no caso em exame, porque a Lei nº 7.347/85 *apenas admite ação civil pública* nos casos acima indicados, ou seja, para a tutela do meio ambiente, para a tutela do consumidor, para a tutela de bens de valor cultural e para a tutela de outros interesses difusos ou coletivos.

No âmbito dessa lei, não há lugar para *ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos*. Apenas no âmbito da *defesa do consumidor*, regulada pela Lei nº 8.078, de 11.9.90, é que tem lugar essa extraordinária inovação que é a *ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos*”.

Por sua vez, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teve o ensejo, ao julgar a Ap. Civ. nº 88.156/2, da qual foi relator o Desembargador Bernardino Gondinho, de decidir que:

“A via processual adequada para se obter a restituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal é a ação popular e não a ação civil pública...”

No seu voto, esclareceu o douto relator que:

“A Lei nº 7.347/85 trata, portanto, de uma ação especial, destinada a proteger certos interesses difusos antes não amparados pelas ações já existentes, não obstante a evidência do que a todo direito corresponde uma ação. Mas é certo que, especificamente, inexistia disposição legal expressa que especificamente amparasse, com ação própria, os bens e direitos protegidos pela Lei nº 7.347/85.

Ao determinar a que interesses se destinava especialmente garantir, nominando-os, e ao se referir-se, em seu art. 2º, às ações a eles correspondentes, é óbvio que a lei não veio para amparar direitos já determinadamente objeto de ações já instituídas, como ocorre com a ação popular, por exemplo, de objetos tão claramente definidos como os da lei da ação civil pública.

Assim como a ação civil pública respondeu à evolução do tempo e da doutrina no sentido de dar tutela forte e explícita aos interesses difusos, mediante instituição de ação e autor institucional (CF, art. 129, III) à proteção do meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ação popular se destina já à invalidação de atos ou contratos administrativos, ou a

eles equiparados, com resultados, que integram seu objeto, de natureza também repressiva e reparadora do dano decorrente daqueles abusos administrativos.

Na espécie, é lógico que o objeto da ação proposta – condenação do réu a reparar o dano, repondo o valor despendido – pressupõe a anulação do ato ou contrato por sua lesividade, e isso é próprio da ação popular, não se incluindo, outrossim, na previsão do art. 1º da Lei nº 7.347/85, a qual não veio para aperfeiçoar a Lei nº 4.717/65, mas trouxe objeto próprio, inconfundível com o daquela.

A condenação em dinheiro prevista pelo art. 13 da Lei nº 7.347 não é aquela de reposição aos cofres públicos de valores em dinheiro deles ilicitamente retirados; antes, tem natureza mais ampla, que pode atingir conotação de mera sanção isolada ou cumulada com outro tipo de cominação na sentença.

Com razão a r. decisão recorrida, *ao reconhecer a impropriedade da ação e ao fazer referência à ilegitimidade ativa, no caso de propositura da ação própria, ressalvado o direito do cidadão, como titular da ação. Confirmo-a, por seus próprios fundamentos, assim desprovendo o recurso.*”

São numerosas as decisões no mesmo sentido, inclusive em primeira instância, cabendo citar, entre outras, a decisão de 4.6.92 do Juiz Federal Roberto Luiz Ribeiro Haddad que, no processo 92.0056114-4, em ação civil pública do IDEC para indenizar os contribuintes que pagaram o empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina ou álcool, extinguiu a ação, sem julgamento de mérito, em virtude da

“impossibilidade jurídica do pedido de ação civil pública para proteger direitos individuais.”

Mais recentemente, em 23.7.1993, o Juiz de Direito Osvaldo Capraro, em exercício na 11ª Vara Cível, em São Paulo, considerou o IDEC parte ilegítima para propor ação civil pública na qual pleiteou a complementação da correção monetária que seria devida aos depositantes em caderneta de poupança, em virtude do Plano Collor (Processo nº 622/93-1).

Os argumentos em sentido contrário, por mais cultos que sejam os seus autores, pretendem hipertrofiar o novo instituto e esquecem que, na medida em que ampliam desmedida e injustificadamente a sua área de atuação, perdem

o mesmo em credibilidade, pureza e eficiência.

Neste sentido, são muito oportunos os já invocados comentários do Professor Rogério Lauria Tucci, que, após citar a jurisprudência mais ortodoxa que existe na matéria, condena a utilização abusiva da ação civil pública pelo Ministério Público (*Ajuris*, 56/49 e s.).

Dessa orientação, aliás, não discrepa o Professor e Desembargador Kazuo Watanabe quando afirma que

“da correta propositura das demandas coletivas dependerá o êxito de todo o instrumental processual criado pela Lei nº 7.347/85, pelo CDC e por outras leis especiais.”¹⁷

3. CONCLUSÕES

Assim sendo e resumindo a evolução recente da melhor doutrina e jurisprudência a respeito da matéria, podemos concluir que:

1. *A ACP não deve substituir outras ações*, só devendo *ser usada quando inexistir outro instrumento processual para o fim almejado*.

2. *Não deve ser “panacéia para toda e qualquer situação”*;

3. *A sua utilização é excepcional* (RTJESP/117/42), “devendo ser entendida nos seus justos limites”.

4. Sendo um remédio excepcional, não deve ser ampliada a sua atuação fora dos casos legalmente previstos, que constituem verdadeiro *numerus clausus*, aplicando-se o princípio da taxatividade.

5. Não pode a decisão proferida ultrapassar a área de jurisdição do juiz que julga o feito.

6. Conseqüentemente, uma atenção especial deve ser dada ao deferimento ou indeferimento da petição inicial da ACP, ocasião na qual já deve ser apreciada, numa visão preliminar, a competência do juiz, a possibilidade jurídica do pedido, a impropriedade da ação e a legitimação das partes, até pelos prejuízos irreparáveis ou dificilmente reparáveis que podem advir da simples propositura da ação.

7. Como a nova legislação criou um direito especial, que vigora paralelamente com o direito comum, a sua interpretação

deve ser restrita aos casos que abrange, não se devendo aplicar as suas regras – nem mesmo por analogia – ao direito tradicional, que continua com uma sistemática própria de normas e valores.

8. As decisões judiciais, em ACP, devem dar especial atenção ao respeito ao princípio do devido processo legal substantivo e adjetivo.

9. Sempre que o interesse público for federal, a ação deve correr na Justiça Federal (matéria monetária regida pelo Banco Central, decisão contra o Banco Central nos casos de bloqueio de cruzados novos em que se pedia também a isenção do IOF e a diferença da correção monetária, assim como casos que envolvem a jurisdição administrativa do Banco Central e da CVM e interesses individuais, nos chamados casos de atos bifaces, como a incorporação de bancos etc..).

10. A interpretação do conceito de patrimônio público e social ao qual se refere o art. 129, III da Constituição pode ser ampla, abrangendo interesses materiais e morais, ou seja, direitos “espiritualmente valiosos” (*RJTJRS*, 151, p. 611 e ss).

11. Como salientado por Rogério Tucci, estamos numa fase em que ocorre “a imperiosidade da conscientização da verdadeira utilidade da ação civil pública” (*Ajuris* 56/54).

Dizia Ripert que as grandes revoluções somente se concretizam com a elaboração de leis que consolidam as suas conquistas. Podemos acrescentar que essas conquistas legislativas de nada valem se não se transformarem em realidades asseguradas pelas decisões do Poder Judiciário.

Cabe, pois, interpretar a lei, em sentenças e acórdãos que revelem, ao mesmo tempo a firmeza, energia e a independência dos magistrados e, por outro lado, a serenidade do julgador, a visão social e econômica dos problemas e o respeito à lei e à Constituição.

Só assim poderemos, numa época em que necessitamos restabelecer a prevalência dos princípios éticos, fazer com que o direito exerça a sua função primordial, que consiste em subordinar a economia e o poder público aos princípios básicos da moralidade administrativa e da justiça comutativa e distributiva, num clima de ordem e segurança jurídica.

¹⁷ Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *As garantias do cidadão na Justiça*, já citada, p. 196.