

A Atipicidade da Ação Civil Pública e o Sistema Processual Coletivo¹

Marcelo Abelha Rodrigues*

1. Delimitação do tema

Nesta exposição-tópico procuraremos enfrentar uma das celeumas mais sérias que giram em torno da Lei 7.347/85. Essa celeuma diz respeito à suposta criação (ou não) de uma ação típica pela LACP: a ação civil pública. Em outros termos, para que seja compreendido o que se quer expor, lança-se a seguinte pergunta elucidativa do problema: existe uma ação típica criada pela Lei 7.347/85? Se a ação civil pública é uma ação típica, então a ação proposta para a defesa dos direitos individuais homogêneos não seria uma ação civil pública? A ação de improbidade não é uma ação civil pública? A ação popular é ou não é uma ação civil pública? A ação civil pública é de titularidade só do *Parquet*?

2. Considerações preliminares

O estudo desse problema não tem por finalidade satisfazer pretensões meramente acadêmicas, senão porque traz importantes conseqüências práticas e importantes conclusões acerca de fenômenos como a conexão, a litispendência e até a carência de ação, notadamente o interesse de agir sob o ponto de vista da adequação da via eleita. Esses são apenas alguns exemplos de institutos do processo que são afetados pela celeuma que ora se evidencia. Mas é claro que a verificação da existência ou não da “tipicidade” da ação civil pública comporta antes um breve comentário sobre o que vem a ser o estudo da tipicidade das ações.² Vejamos.

* Mestre e Doutor PUCC/SP. Professor da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado-ES

¹ Palestra Proferida (enxertada com bibliografia e citações) na Escola Superior de Advocacia – ESA (ES) em nov/2004.

² Sobre o tema ver Flávio Luiz Yarshell. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas. 1998; Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p.326; José Marcelo Menezes Vigliar. “Ação civil pública ou ação coletiva?”, in *Ação civil pública*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: RT. 2001, p. 400-417.

3. A tipicidade das ações no processo civil

Salvo exceções, nas quais não se inclui a ação civil pública, não existem ações típicas em nosso sistema processual, sendo tremendo e grave equívoco classificar, conceituar ou até mesmo denominar ações, seja pelo pedido imediato (condenatórias, constitutivas e declaratórias), pela cognição exercida (sumária), pelo procedimento (ordinária), pela titularidade ativa (popular), pela relação com outra demanda (acessória e principal), pelo tipo de processo (cautelar, conhecimento etc.), pela natureza do direito (pública ou privada) etc. e, ainda mais, pelo seu pedido mediato (despejo, consignação em pagamento, prestação de contas, possessórias etc.). Trata-se de resquício dos tempos em que a ação era vista sob o manto da teoria imanente, civilista, em que a ação era o próprio direito material violado, ou como diz a doutrina, “em pé de guerra”.

É importante que fique muito claro ao leitor que o nosso ordenamento adota o sistema de direitos e não de ações.³ Ao contrário do Direito Romano, onde existia plena correlação entre a ação e o direito, o nosso sistema jurídico há tempos aboliu tal interpretação, donde se conclui que a “Actio” do direito romano tinha valor diverso da que tem a nossa “ação” atualmente, pois em Roma aquele que tinha “Actio” tinha também “direito” e “razão”.⁴ Atualmente, o próprio sistema processual civil brasileiro prevê expressamente que o autor pode ter ação sem que tenha direito, bastando que preencha as suas condições (legitimidade *ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido – arts. 3º e 267, VI, do CPC).

A ação não comporta uma “tipificação” específica, visto que esta tipificação resta reservada apenas e tão-somente para os direitos subjetivos. Tanto é assim que em nosso sistema prevalecem as máximas “*Narra me factum dabo tibi jus*” e “*iura notiv curia*”. Por isso é que conclui com notável clareza e precisão Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que “A atipicidade é a regra do direito vigente, no qual a referência às tradicionais figuras das ações concedidas para a defesa dos vários direitos subjetivos tem valor meramente exemplificativo e o autor é livre para compor a sua demanda como melhor lhe agrada, desde que o provimento pedido não seja inadmissível em abstrato (como seria [...] a prisão do devedor que não paga) e desde que presente em concreto o interesse de agir”.⁵

O monografista do tema e notável professor da USP Flávio Luiz Yarshell adverte que “não há como ‘descrever’ a ação que – para empregar o que foi examinado em tópicos precedentes – é essencialmente conceitual e funciona como ‘cobertura geral’ do sistema, apta a conduzir ao controle de alegações de lesão (ou ameaça) de direito”.⁶

³ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed., p. 326.

⁴ Ver, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed., p. 336.

⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. I, 3ª ed., p. 348/349

⁶ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, Ed. Atlas, São Paulo, 1999, p. 58/59.

Em outra passagem, citando especificamente a Ação de Adjudicação Compulsória como prevista para a obtenção da declaração de vontade, adverte que “o desvio apontado (da tipicidade) não poderia deixar de se fazer presente em matéria de tutela específica em obrigações de prestar declaração de vontade”.⁷ Conclui-se, pois, que julgando-se a parte titular de um direito, não é permitido se lhe impor determinado tipo de “ação” para a obtenção da tutela jurisdicional pleiteada, se outro meio lhe conferir idêntica proteção.

Feitas essas considerações, parece-nos claro advertir que a Lei 7.347/85 não criou uma ação típica, senão porque o poder de agir existe em todas as vezes que seja impulsionado por suposta lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/88). O poder de agir existe, pois, desde que o Estado reservou para si a entrega da tutela jurisdicional.

Na verdade, parece-nos, seguindo a esteira do que foi afirmado por Flávio Luiz Yarshell, que “a esse propósito não se pode acoimar de equívoca a asserção de que a ação civil pública foi ‘instrumento’ criado para a tutela dos direitos e interesses difusos. Que ela criou um ‘canal’ de acesso ao Judiciário, para a tutela daquela modalidade de direitos e interesses, não há dúvida. É preciso, porém, observar que a criação desse ‘remédio’ não foi mais do que desdobramento – ou, até mais precisamente, um regramento – da garantia ‘geral’ da ação e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. E isso, repita-se, mediante a atribuição certa e determinada da titularidade do exercício da ação para a defesa de tais interesses e direitos”.⁸

O grande problema acerca da tipicidade da ação civil pública (e de tantas outras que são nominadas) é que temos o hábito (talvez fosse melhor dizer vício) de identificar o exercício da ação por nome próprio, personificando, assim, a ação.

Por isso fala-se em “ação sumária”, “ação ordinária”, “ação constitutiva”, “ação necessária”, “ação popular”, “ação de despejo”, “ação cognitiva”, “ações acessórias”, “ações incidentais”, “ações dúplices” etc. Esses nomes, vulgarmente utilizados, acabam por criar um mau hábito de personificar ou apelidar algo que pode ser definido como o poder de estimular o Poder Judiciário a resolver uma situação de conflito.

Mas até aí tudo bem, e nem se quer e nem se ousaria ter a pretensão de que todos esses nomes fossem extirpados do linguajar forense, até porque foram legitimamente construídos ao longo do tempo. Mas, é preciso separar o joio do trigo para que não incidamos em absurdos. Isso porque se o problema fosse reservado apenas à vulgarização do nome estaria ótimo, mas o que se vê na prática é a formação de uma cultura equivocada e involutiva, na medida em que se criam conceitos estanques e típicos para “ações” e, a partir daí, criam-se, às

⁷ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, Malheiros Editores, São Paulo, p. 109/110.

⁸ Flávio Luiz Yarshell. *Op. cit.*, p. 105.

vezes subrepticamente (como na medida provisória que altera a Lei 8.429) ou às escâncaras, barreiras ou obstáculos aos “canais” de acesso da sociedade à justiça, tudo por causa da falsa compreensão de que se o sujeito não se utilizar da ação adequada não terá interesse de agir, porque “inadequada a via processual eleita”.

Ora, o “nome”, o apelido, a roupa com que se veste a ação não pode ser óbice o acesso à justiça, sob qual argumento for, e especialmente o da carência de ação. Nada mais absurdo do que isso. Certamente que o autor popular não poderá ajuizar ação de responsabilidade civil por dano causado ao meio ambiente ainda que tenha dito tratar-se de uma ação popular, como o contrário também é verdadeiro, ou seja, poderá obter a tutela jurisdicional em demanda que visa anular ato da administração que seja lesivo ao meio ambiente, ainda que apelide a demanda proposta de ação civil pública. Certamente que o rótulo é apenas o rótulo e se não há correspondência deste com o conteúdo, certamente que o juiz deve-se valer do conteúdo, sob pena de exigir que todos saibam (e concordem com o pensamento dele) qual o nome de todas as ações existentes!⁹

Mas o problema de nominar as ações não para por aí, já que a prática afetarà institutos outros do processo, impedindo que se lhes dê o rendimento que exigem, tais como a conexão e a litispendência. Ora, uma ação não é igual a outra porque tem o mesmo nome e nem diferente porque os nomes são distintos. Fosse assim, qualquer um poderia “dar uma finta” no juiz e assim “driblá-lo” quanto à alegação de eventual duplicidade de lides pendentes ou de conexão de causas sob a alegação de que se tratam de demandas distintas quando na verdade, no seu âmago, são “gêmeas siamesas”.

4. A atipicidade da “ação” civil pública

Visto isso - que será muito importante para quando estudarmos os institutos da conexão e da litispendência - tem-se que a “ação civil pública”, assim nominada pelo legislador, é na verdade um conjunto de regras processuais que permitem que os direitos difusos e coletivos (direito material que sempre existiu), possam ter uma tutela mais justa, mais compatível com a justiça social, permitindo a “possibilidade efetiva de tutela de direitos ou interesses difusos”.¹⁰

⁹ A crítica também foi feita por Vigliar: “Se é verdade que a “ação não tem nome” (ao menos, cientificamente, não deveria ter nome), mas ainda temos a necessidade de apelidar ou adjetivarmos determinados institutos, que utilizemos um nome mais adequado: ação coletiva”. Em outra passagem assevera o mesmo autor: “Uma constatação óbvia se faz necessária: (que decorre da anterior) a adjetivação *civil pública*, hoje em dia, nada, absolutamente nada mais representa: não indica o direito material que se tutela e tampouco indica quem ajuizou a demanda coletiva. Eis, então, um testemunho da impropriedade de se adjetivar o instituto da ação, como faziam os antigos processualistas, os *immanentistas* (no caso específico das demandas coletivas, portanto, além de imprópria é inútil a adjetivação).” O ensaio do notável jurista é de leitura obrigatória sobre o tema, com importantes dados e informações históricas que consagraram o nome “ação civil pública”. *Op. cit.*, p. 406.

¹⁰ Flávio Luiz Yarshell. *Op. cit.*, p. 104.

Com a lei de ação civil pública “não surgiu a instituição de uma nova ação. Surgiu, em verdade, a explicitação da titularidade do poder ou direito de ação relativamente a tais direitos, fixando-se esse poder em entes determinados. Dessa forma, a “criação” da ação civil pública significou, de um lado, o reconhecimento de direitos e interesses tutelados no plano substancial. De outro lado, essa “criação” significou a atribuição do Poder de reclamar a tutela desses mesmos direitos e interesses a entes determinados e expressamente autorizados – dotados de “adequada representação” – de sorte a superar o obstáculo da indeterminação de sujeitos (titulares) no plano material”.¹¹

Depois das lúcidas palavras do Prof. Flávio Luiz Yarshell, vê-se que a “ação civil pública” é toda e qualquer “ação” exercida para proteger direitos difusos e coletivos que siga o “regramento processual” previsto no “sistema processual coletivo”, que é resultante da soma do Título III do CDC com a Lei 7.347/85. Isso não quer dizer, portanto, que tais direitos e interesses só sejam tutelados com base no sistema processual coletivo, e menos ainda que, por exemplo, não possa haver identidade entre uma “ação civil pública” e um “mandado de segurança coletivo”, já que o critério da identificação da demandas não deve ser o nome que se lhe empreste o legislador, ou o juiz, ou o advogado ou o operador do direito.

Aceitar esse absurdo é causar um enorme prejuízo ao jurisdicionado que fica ao sabor de uma filigrana: a convergência entre o juiz, advogado e demais pessoas envolvidas na contenda de qual o nome adequado para a ação.¹² O que importa, enfim, não é a vestimenta com que está trajado o poder de agir, mas sim a norma jurídica concreta que o autor da demanda pretende que seja declarada ou efetivada. Se for a mesma para outros casos simultâneos, *ipso facto*, haverá duplicidade de lides pendentes. Se forem semelhantes haverá conexidade entre elas, devendo o legislador buscar meios para evitar decisões contraditórias.

Ao fim deste tópico pretende-se que fique claro ao leitor que a lei de ação civil pública não cria, por mais paradoxal que possa parecer, a “ação civil pública”, enquanto ação típica, mas sim um conjunto de regras processuais que, associadas ao Título III do CDC, constitui o “sistema processual coletivo”.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 105.

¹² O que se comenta no texto é a fungibilidade entre as “ações propostas”, não porque se admitirá uma por outra, mas simplesmente porque como existe mais de um canal de acesso para a solução e proteção de um mesmo direito, certamente que a adoção de um, embora não seja vista ou tomada como “melhor” pelo magistrado, não pode ser tomada como errada e por isso indeferida pela pechar da falta de interesse. Haveria falta de interesse, por exemplo, quando o cidadão pretendesse utilizar-se das regras processuais existentes na LACP para tutela do meio ambiente, quando o sistema prevê, com restrições, a atuação do autor popular por intermédio da Lei 4.717/65. Só analisando o caso concreto e a situação exposta na demanda é que o juiz terá condições de rechaçar a demanda por falta de adequação da via eleita. Via eleita aí não é a ação, mas o conjunto de regras que o sistema coloca como única via à disposição do postulante à tutela jurisdicional. Nesse sentido parece ser o pensamento de José Marcelo Menezes Vigliar. “Ação civil Pública ou ação coletiva”, in *Ação civil pública*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: RT, 2001, p. 416.

Esse “sistema” formado pela LACP + Título III do CDC é o que poderíamos chamar de arcabouço processual padrão para tutela de interesses difusos e coletivos. Seria, pois, um conjunto de regras processuais que devem ser aprioristicamente aplicadas à tutela processual coletiva, salvo para os casos em que exista lei específica que regule forma especial de tutela coletiva desses mesmos direitos, tais como a Lei 4.717/65 (ação popular – AP), Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa - LIA), Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente – ECA).

O estudo da ação civil pública recai, portanto, para o conjunto de regras, técnicas e institutos processuais criados pelo Sistema Processual Coletivo e que se destinam à proteção e defesa dos direitos supraindividuais. Nesta sede, por delimitação de trabalho, analisaremos apenas os pertinentes à LACP, especialmente, portanto, aos direitos e interesses difusos e coletivos.

Muito obrigado!