

Ação civil pública – Tutela de direitos difusos – Jurisdição ou administração?

Civil Public Action – Diffuse Rights Protection – Jurisdiction or Administration?

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Professor de Processo Civil na PUCRS, Desembargador aposentado

RESUMO

O trabalho busca rever o conceito de jurisdição, a partir das ações coletivas e, em especial, da ação civil pública intentada para tutela de direitos difusos.

Palavras chave: Ação civil pública, Direitos difusos, Jurisdição.

ABSTRACT

By analyzing collective action, and specially civil public actions filed to protect diffuse rights, the author aims at reviewing the concept of jurisdiction

Key words: Public civil suit, Diffuse rights, Jurisdiction.

A teoria do processo civil foi construída à vista de conflitos entre pessoas determinadas, especialmente o de um sedizente credor em face do indigitado devedor. Impõe-se agora rever os conceitos, inclusive o de jurisdição, à luz das ações coletivas e, em particular, da ação civil pública intentada para a tutela de direitos difusos.

Direito e Democracia	Canoas	vol.4, n.1	1º sem. 2003	p.91-95
----------------------	--------	------------	--------------	---------

Trata-se de tutela outrora circunscrita à Administração Pública, salvo se o administrado, sentindo-se lesado pelo ato administrativo, recorresse ao Judiciário, hipótese que se enquadrava no esquema clássico, como conflito entre um particular e a Administração, processado e julgado, conforme o sistema de cada País, pelo Poder Judiciário (caso do Brasil) ou por órgãos do contencioso administrativo (como na França).

A novidade está em que, agora, não é a Administração que atua primariamente, mas o Judiciário, provocado pelo Ministério Público.

Qual a natureza da atividade nesses casos exercida pelo Poder Judiciário? Jurisdicional ou administrativa?

Substituição, coisa julgada, lide e imparcialidade são as principais idéias com que os juristas têm procurado caracterizar a jurisdição.

À primeira vista, parece satisfatória a idéia chiovendiana de substituição, para revestir de jurisdicionalidade a atividade desenvolvida pelo juiz para a tutela de interesses difusos. Disse Chiovenda, que jurisdição “é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particular ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”¹. Nessa linha de pensamento, o Ministério Público estaria, em nome do povo, a pedir que o juiz substituísse a Administração, assumindo o seu lugar, proibindo, por exemplo o que ela indevidamente deixou de proibir². Ocorre que, para propor ação civil pública, o Ministério Público não precisa provar, nem sequer alegar, omissão da Administração. Mais ainda: A Administração, ainda que omissa, não é necessariamente parte na ação civil pública. O juiz não precisa condená-la. Condena diretamente o poluidor. Apresenta-se, assim, a atuação do Ministério Público (e, portanto, a do Judiciário), como atividade primária do Estado, exercida pelo juiz supletivamente (não “em substituição”). Cabível afirmar-se, pois, que se trata, na essência, de atividade tão administrativa quanto a exercida pela Administração. Por isso mesmo,

¹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. 2, p. 4-11

² Pode ocorrer que a Administração, podendo, ela própria, determinar ou proibir, socorra-se do Judiciário, por não querer enfrentar o desgaste político decorrente de uma ordem direta ou por temer que o Judiciário a desautorize. Afastada, em casos tais, a preliminar de carência de ação, por falta de interesse decorrente da desnecessidade da tutela jurisdicional, estará o Judiciário efetivamente exercendo atividade substitutiva. Neste estudo, porém, nossa atenção volta-se para a ação civil pública proposta pelo Ministério Público com vistas à imposição de uma obrigação de fazer ou de não fazer.

juízos de conveniência e de oportunidade têm lugar nessa espécie de atividade judicial, por exemplo, mantendo-se em funcionamento fábrica poluidora, em função dos empregos que gera ou da natureza dos bens produzidos. De igual modo, não prescinde de juízos de conveniência e de oportunidade a decisão de construir-se uma escola, pouco importando que prove-nha de autoridade administrativa ou judicial³.

A idéia de coisa julgada não serve para explicar a jurisdição, nem mesmo em face de conflitos meramente privados. Certo, a produção de coisa julgada é privativa dos atos jurisdicionais. Mas a recíproca não é verdadeira: a ausência de coisa julgada não autoriza afirmar-se a natureza administrativa da atividade exercida. Fosse assim, haveria de se dizer que o juiz atua como administrador ao receber ou deixar de receber petição inicial, ao conceder ou negar liminar, ao instruir o processo e ao proferir sentenças meramente terminativas. O juiz exerceria atividade jurisdicional apenas ao proferir sentença de mérito e, mesmo assim, não em qualquer caso, pois não produz coisa julgada, por exemplo, a sentença proferida em processo cautelar. Se uma partida de carne ou leite é incinerada por determinação judicial, de natureza liminar, coisa julgada não há, não obstante a forte atuação judicial no mundo dos fatos. Não há, também nessa hipótese, diferença entre a ordem judicial e a que deveria ter sido expedida pela Administração.

Tampouco se apresenta adequada a idéia carneluttiana de lide. De pretensão resistida pode-se falar se a Administração busca o Judiciário para dobrar a vontade do administrado, ou se este dele se socorre para não ser indevidamente constrangido. No caso da ação civil pública, porém, o Judiciário é chamado a atuar exatamente em função da ausência de lide entre o réu e Administração, que deixou de exigir o que deveria ter exigido, ambos implicitamente de acordo em deixar as coisas no estado em que se encontram.

Quanto à imparcialidade, observa-se que o juiz é parte integrante desse mesmo povo que, representado pelo Ministério Público, busca a tutela de seus interesses. Assim como no processo penal, não é senão através do artifício da distinção entre Ministério Público-autor e Estado-juiz, que se atribui ao julgador a condição de terceiro imparcial. Parci-

³É quase um paradoxo, mas é uma tendência do Direito moderno: torna-se cada vez mais vinculada a atividade do administrador; permitem-se, ao juiz, decisões algo discricionárias, em função de cláusulas legais de extrema indeterminação.

aliza-se o Ministério Público, para que se possa ter um juiz imparcial. Mas a distinção assim posta, entre atividade jurisdicional e atividade administrativa é meramente formal. É jurisdicional porque se trata de tutelar interesses públicos mediante ação, mas há identidade na essência, porque a tutela dos interesses públicos é também a finalidade e razão de ser da Administração.

A doutrina moderna tende a considerar jurisdicional o conjunto das atividades-fim, exercidas pelo Poder Judiciário, inclusive a jurisdição voluntária. Nesse sentido podem-se citar as lições de Edson Prata⁴, Ovídio Baptista da Silva⁵ e Salvatore & Punzi⁶. Ora, ainda que afirmado o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária, não se pode negar que se trata de administração de interesses privados. Certo, não se trata de administração pública, do Direito Administrativo, toda ela voltada para assegurar interesses públicos, mas se trata, não obstante, de administração, ainda que de interesses privados. Exatamente por essa razão é que o juiz não está obrigado “a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (CPC, art. 1.109).

Assim, numa visão geral das atividades modernamente exercidas pelo Judiciário, dizemos que a jurisdição pode ser contenciosa ou voluntária. A jurisdição voluntária visa à tutela de interesses privados. A contenciosa visa à tutela de direitos subjetivos, públicos ou privados (categoria tradicional) ou a tutela de interesses públicos mediante ação (categoria em que se insere a ação civil pública para tutela de interesses difusos).

Quando chamado a tutelar direitos subjetivos, públicos ou privados, o Judiciário está vinculado ao princípio da legalidade estrita, não podendo negar direito existente, nem tampouco afirmar direito inexistente.

Chamado, porém, a tutelar interesses difusos, em ação civil pública, ou interesses privados, em procedimentos de jurisdição voluntária, o Judiciário exerce atividade que, na essência, é de administração. Daí se seguem duas conseqüências de enorme importância: 1. critérios de conveniência e de oportunidade podem e devem ser levados em considera-

⁴ Edson Prata, *Jurisdição voluntária*, São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1979, p. 75

⁵ Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre, Fabris, 1987. v. 1, p. 36.

⁶ Salvatore Satta & Carmine Punzi. *Diritto Processuale Civile*. 13. ed. Padova, Cedam, 2000. p. 10-3.

ção; 2. não há coisa julgada, no sentido de qualidade ou eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, pois aquilo que se decidiu com critérios de conveniência e de oportunidade, por razões de conveniência e de oportunidade pode ser revisto. Assim, a “coisa julgada erga omnes” a que se refere o artigo 16 da Lei 7.347/85, há de ser interpretada como atinente à eficácia vinculativa da decisão, muito mais do que com a imutabilidade a que se refere o artigo 467 do Código de Processo Civil. Seja como for, nas relações continuativas, a revisão é sempre possível (CPC, art. 471, I).

Para concluir, completa-se o quadro da jurisdição, hoje, no Brasil, com uma referência à atividade para-legislativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade. Temos, assim, ao lado da jurisdição em sentido clássico, a jurisdição-administração e a jurisdição-legislação.