

**COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA
PROJETO DE LEI Nº 5.139, DE 2009**

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

Autor: PODER EXECUTIVO

Relator: Deputado ANTONIO CARLOS
BISCAIA

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO MARCELO ITAGIBA

I - RELATÓRIO

Trata-se de proposição de autoria do Poder Executivo que tem por objetivo disciplinar a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com o propósito de adequar a atual legislação em vigor aos preceitos constitucionais insculpidos na Carta Política de 1988, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, mas que não estariam consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública.

Argumenta o autor da proposição pela incapacidade do atual Código de Processo Civil, de 1973, de responder ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, destacando a necessidade de modernização e aperfeiçoamento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor para ajustá-los às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional.

O projeto é fruto do trabalho de juristas, em debate em Comissão Especial no Ministério da Justiça instituída com a representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário

daquela Pasta, em que teria ficado assente a necessidade do estabelecimento de princípios e institutos próprios à caracterização de disciplina processual autônoma; a ampliação dos direitos coletivos tuteláveis por ação civil pública e o aumento do rol de legitimados à sua propositura, com a participação de toda a sociedade civil, a maior legitimada para a decisão acerca dos valores a serem protegidos pelas ações coletivas.

Também a criação de cadastros nacionais sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta; o aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, com incentivo a meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, com acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário; o aperfeiçoamento da execução coletiva e consolidação de sistema jurídico próprio para a tutela coletiva, com a revogação de dispositivos de várias leis esparsas.

Em audiência pública foram ouvidas várias autoridades, membros dos Poderes Executivo e Judiciário, promotores, representantes da Advocacia Geral da União, da Ordem dos Advogados do Brasil, defensores, juízes, órgãos e entidades, como o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Associação Paulista do Ministério Público (APMP), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE), a Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, a Associação dos Juízes Federais (AJUFE), a Confederação Nacional dos Municípios (CNM), Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, Confederação Nacional da Indústria (CNI), o Escritório Mattos Muriel Kestener Advogados, de São Paulo, dentre outros representantes da sociedade civil.

Sujeita à apreciação conclusiva pelas Comissões e em tramitação sob o regime de prioridade, a proposição foi distribuída a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (mérito e art. 54 do RICD). No prazo

regimental foram oferecidas 11 emendas, das quais foram acolhidas pelo Relator, o Deputado Antônio Carlos Biscaia, as de n.ºs 2, 4, 5, 6, 7, 9 e 10, e rejeitadas as de n.ºs 1, 3, 8 e 11, nos termos do substitutivo por ele apresentado.

Ao substitutivo foram apresentadas mais outras 100 emendas, das quais o Relator rejeitou as de n.ºs 1, 2, 4 a 39, 41 a 57, 59 a 94 e 96 a 100, e acolheu tão somente as de n.ºs 3, 40, 58 e 95, nos termos do texto final compilado de seu substitutivo.

Tendo sido criada, no entanto, a requerimento do Deputado Bonifácio de Andrada, subcomissão especial com o objetivo de estudar a proposta e suas emendas, após diversos debates, apresentadas várias sugestões de alteração de texto do segundo Substitutivo, restou acordado entre os presentes que os integrantes trariam todas as sugestões, bem como eventuais dúvidas remanescentes ainda não avaliadas pelo Relator.

Isto feito, na segunda reunião realizada da Subcomissão, foram apresentadas por escrito as sugestões dos Deputados Roberto Magalhães, Efraim Filho e Antônio Carlos Pannunzio, e mais, além das minhas, as manifestações do Deputado João Campos.

Realizada a 3ª reunião no dia 24 de novembro, restou acordado que os debates acerca da matéria iniciar-se-iam na Sessão da Comissão de Constituição e Justiça do dia 25, sem requerimento de encerramento de discussão, dia em que o Relator apresentou complementação de voto, com um terceiro substitutivo, e ficou suspensa a discussão por novo acordo.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Não há dúvida de que a intenção da iniciativa é boa, e frente à necessidade da concretização dos direitos sociais previstos na Carta Maior de 1988, deveria estar, agora, sendo viabilizada, mas de modo proporcional e razoável, tendo em vista todos os direitos individuais de todos atores da sociedade civil, e os princípios constitucionais acerca da matéria.

Contudo, a proposta não deve prosperar, por inconstitucionalidade material.

É que, fazendo minhas as palavras do ilustre Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, José Alfredo de Oliveira Baracho, a *doutrina do Constitucionalismo integra-se com o Processo, que materializa as normas capazes de impedir a concentração do poder, limitam suas manifestações decisórias, por meio de organismo competente*¹. Daí afirmar Humberto Theodoro Júnior, com razão, que *o direito à jurisdição é, também, o direito ao processo, como meio indispensável à realização da justiça*².

A partir dessa visão publicista do processo civil, é de se exigir a igualdade entre as partes litigantes, pois que *a princípio do due process protege-se tanto a posição processual de quem age em juízo em defesa de seus interesses quanto daquele em face de quem é dirigida a pretensão de direito material*³.

*A possibilidade de agir e se defender, o desenvolvimento do processo e a observância do contraditório, mediante uma distribuição equitativa dos meios e possibilidades processuais, colocam ambas as partes em posição de igualdade formal, com oportunidades uniformes quanto ao resultado prático do processo. O conteúdo da cláusula (due process of law), no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa em juízo.*⁴

¹ José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, pp. 125 a 363.

² Curso de Direito Processual Civil, 2ª Ed., Rio, Ed,

³ Carlos Roberto Siqueira Castro in "O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 33.

⁴ Ada Pellegrini Grinover in *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 40.

Com isso, exige-se um “processo autêntico”, no dizer de Ada Pellegrini, que significa não apenas um procedimento (ou um mero conjunto seqüencial conducentes a um veredicto final), mas um verdadeiro processo com todas as garantias do contraditório e da defesa. A lei deve observar, portanto, um devido processo legal substantivo, e não meramente adjetivo.

Neste passo, vale citar aqui também, a luz de Carlos Roberto Siqueira Castro em sua obra “O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”, no sentido de que, a moderna teoria do Direito *tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais, atenta a essa forçosa contingência do legislador.*

Isto quer dizer que a norma não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas.

Se tal relação de identidade entre meio e fim – means-end relationship, segundo a nomenclatura norte-americana da norma não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de *razoabilidade* e de *racionalidade*⁵.

Assim é que, apesar dos esforços de todos os membros desta Comissão, e em especial do Relator, infelizmente, constato que perdemos, neste momento, uma importante oportunidade de oferecer ao regime jurídico pátrio um instrumento hábil de realização dos direitos que ora se pretende protegidos. Não há dúvida de que o projeto tem dificuldades invencíveis, de natureza constitucional.

Cita-se, por exemplo, a flexibilidade procedimental que o projeto cria. O art. 10 § 1º, mantido na sua redação original pelo Relator, permite ao juiz alterar atos e fases do processo “para garantir a efetiva tutela do interesse coletivo”: ou seja, para garantir o sucesso do pedido do autor.

⁵ Carlos Roberto Siqueira Castro, op. cit., p. 145.

Atribui ao juiz a prerrogativa de alterar as regras conforme as conveniências do caso, ao seu arbítrio, possibilitando a completa desfiguração das regras processuais civis.

As regras de processo, que são normas de direito público, servem para conter os poderes do juiz. Para as partes, as regras orientam sua atuação processual. Por esse motivo, as partes devem saber previamente as fases e a ordem dos atos do processo, principalmente em processos de alta complexidade.

Veja-se, quanto a isso, o que diz Carlos Roberto Siqueira Castro (*in* “O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 307):

... a garantia do devido processo legal exige que a jurisdição seja prestada segundo os procedimentos ditados pela legislação processual, cuja rigorosa observância é requisito da regularidade do processo. Afronta tal princípio da seqüência procedimental e validade dos termos processuais a realização viciada de atos do processo, bem como a supressão de fases que importem em discriminação de tratamento entre as partes ou, muito especialmente, em prejuízo para a defesa.

Assim, constitui violação dos princípios da segurança jurídica e do contraditório investir o julgador de plenos poderes para reorganizar *ad hoc* a lógica do processo, inverter as fases e a ordem de todo e qualquer ato processual, sem prévia delimitação legal da abrangência das alterações a serem implementadas.

O art. 17, vale dizer, também quebra a isonomia que deve estar resguardada no processo. Segundo este dispositivo, o pedido formulado pelo autor na ação pode ser atendido logo no início do processo, antes da sentença (antecipação de tutela), sem que o réu seja ouvido pelo juiz.

Deve-se devolver à antecipação da tutela a parcimônia necessária à sua consecução. A faculdade outorgada ao juiz de antecipar a tutela sem a audiência da parte contrária provoca inadmissível desequilíbrio entre as partes.

Não se pode admitir a instituição de um litígio no qual as partes não irão litigar em situação de igualdade, sob pena de violação do princípio do devido processo legal substantivo.

Não se pode criar um sistema de persecução do direito no qual o Estado-juiz deixa de ser árbitro para atuar em substituição à parte.

Não há justificativa para que retiremos os requisitos da existência de prova inequívoca e verossimilhança do pedido inicial, exigidos para a concessão de tutela antecipada pelo art. 273 do Código de Processo Civil, uma vez que a antecipação da tutela implica pronunciamento de mérito da demanda.

Além disso, deve-se evitar a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Trata-se de regra essencial ao instituto, pois do contrário, a decisão se transmuda em sentença definitiva, pulando todas as fases processuais e as oportunidades de defesa do réu em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

E, evidentemente, não são apenas estes os problemas deste projeto.

A proposição, por exemplo, a despeito das alterações levadas a efeito pelo Relator, continua a politizar a justiça e a judicializar a política; a prever a condenação com base em evidências amostrais tomadas por dados estatísticos e por “diagnósticos sociais”; a apenar a pessoa física em detrimento de sua condição de mero representante da parte processual; a prever a instauração e arquivamento de inquéritos a critério do Ministério Público, sem qualquer controle externo.

Não há dúvida de que o Relator se esforçou, e muito, para viabilizar o projeto. Chegou a acolher 17 alterações ao texto do 2º substitutivo apresentado. Mas é indubitável, que, a despeito de seus esforços, a redação final apresentada continua a exigir desta Comissão de Constituição e Justiça e

de Cidadania, a manifestação pela inconstitucionalidade da proposta tal qual formulada.

Assim é que, ainda nas palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro, concluo: *busca-se conferir aos processos e procedimentos em que contracenam as competências estatais, de um lado, e interesses individuais e metaindividuais, de outro lado, uma relação de 'equipotência' que elimine (ou muito diminua) os desequilíbrios entre o público e o privado, de maneira a democratizar a atuação do Estado.*

Não tendo, definitivamente, a redação ora sob análise, atingido este objetivo, por todos colimado, de proteger o coletivo sem descuidar dos direitos que devem estar protegidos a ambas as partes do processo, de modo consentâneo com nossa Lei Fundamental, minha manifestação é pela rejeição do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, por inconstitucionalidade.

Sala da Comissão, Brasília – DF, 2 de dezembro de 2009.

MARCELO ITAGIBA

Deputado Federal - PSDB/RJ