

Ação popular: direito ao efetivo contraditório pelos réus
beneficiários.
Ilegalidade da citação por edital quando possível a citação pessoal.
Desvirtuamento da atuação da Defensoria Pública

Marcelo Adriano Micheloti*

1. Introdução.

As linhas que seguem visam chamar a atenção dos operadores do direito a um problema que tem passado despercebido aos olhos da grande maioria. Quando o autor da ação popular indica os integrantes do pólo passivo ele acaba "optando" que a citação dos réus beneficiários seja feita por edital. O juiz, ao despachar a inicial, simplesmente acolhe essa "opção" e determina a citação editalícia dos réus beneficiários independentemente de verificar se há nos autos elementos capazes à realização da citação pessoal. Com isso, fere-se o devido processo legal, além de onerar desnecessariamente o Estado.

Pretende-se demonstrar que essa "opção" é inconcebível no nosso sistema processual, bem como apresentar algumas soluções para essa situação.

2. Características da ação popular.

A ação popular está disciplinada na Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, sendo o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos, ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público (1), além dos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A atual Constituição aumentou sua abrangência (2), ressaltando ainda mais a importância dessa forma de controle da atividade estatal, pela sociedade.

O autor da ação popular presta um relevante serviço à sociedade, pois busca (a) a desconstituição do ato lesivo e (b) a condenação solidária dos agentes implicados, bem como dos terceiros beneficiados diretamente ao ressarcimento em espécie à Administração,

à reposição do meio ambiente agredido ao status quo ante ou recuperação do prédio histórico ou arquitetônico.

3. Direito constitucional ao (efetivo) contraditório. Processo constitucional. Audiência bilateral.

Em qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo, há necessidade de se observar o imperativo constitucional do respeito ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa) (3). Trata-se de garantia processual constitucional para que o Estado, no exercício da prestação jurisdicional, dê a cada um o que é seu, dentro dos imperativos da ordem jurídica (4).

Para que a decisão judicial seja a mais próxima do justo, há necessidade do desenvolvimento dialético do processo. Ouvindo uma parte, o juiz não pode deixar de ouvir a outra, "somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz" (5). Decorre disso a necessidade de se dar ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário, somente "conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório" (6).

Como é sabido, o réu toma ciência de que há um processo contra si por meio da citação. Em nosso processo civil a regra é a citação pessoal (7), acudindo-se da citação por edital (8) somente quando esgotados todos os meios possíveis para a localização do réu (9). Desta forma, dá-se plena aplicação ao princípio do contraditório, porque oportuniza ao réu a devida ciência da existência de um processo contra si. Efetiva-se, assim, a "bilateralidade da audiência", colocando-se o réu "na posição de poder defender-se" (10).

4. Citação dos réus beneficiários na ação popular. Faculdade do autor. Infringência ao contraditório. Desvirtuamento da atuação da Defensoria Pública.

O pólo passivo da ação popular deve compreender os responsáveis diretos pela lesão, como também os que direta ou indiretamente tenham para ela concorrido por ação ou omissão, bem como os terceiros beneficiários (11).

O artigo 7º, inciso II da Lei da Ação Popular traz a seguinte redação: "Quando o autor o preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital com o prazo de 30 (trinta) dias,...".

Numa análise simplória e literal desse dispositivo chegar-se-ia à conclusão de que o legislador deixou ao alvedrio do autor a faculdade do modo pelo qual deve ser o réu beneficiário cientificado da existência de ação popular contra si.

O estágio atual de nosso processo civil não permite tamanha afronta ao princípio do (efetivo) contraditório. Não é porque a ação popular está regulada em legislação especial que se possa deixar de lado todo o sistema processual. Na apresentação da coleção da qual a obra de Rodolfo de Camargo Mancuso foi a precursora, este, mais os Professores Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Celina de Arruda Alvim assentaram que o estudo da ação popular e das demais ações que servem ao controle da atividade estatal "não pode ser feito com exclusão da análise do seu conteúdo processual, e de seu encaixe no sistema processual como um todo" (12). Relembre-se que a Lei que regula a ação popular é de 1965 (13), portanto, como a "lei é anterior à Constituição de 1967 e à Emenda de 1969, pelo quê deve ser entendida à luz do novo texto constitucional" (14). E, como se viu, o texto constitucional atual não admite infringência ao contraditório.

Deixar ao arbítrio do autor o meio pelo qual o réu beneficiário da ação popular deve ser cientificado do processo é fazer letra morta o princípio maior do contraditório. O fato de o autor da ação popular estar prestando, presumivelmente, um serviço à Administração (15), e por conseguinte à toda sociedade, não impede que, às vezes o faça com outros interesses nada altruísticos, utilizando-se indevidamente dessa "faculdade", impossibilitando ou negando, com isso, o efetivo direito à defesa do réu beneficiário.

É de fácil percepção que essa possibilidade de citação por edital dos réus beneficiários citados por edital está na Lei para facilitar ao autor da ação popular nos casos em que podem ser vários os réus beneficiários e, de difícil ou impossível conhecimento os seus endereços (16).

Agora, nos casos em que o autor tem conhecimento prévio dos endereços dos réus beneficiários ou os mesmos são de fácil descobrimento, correto seria a citação por edital, só para satisfazer a "opção" feita pelo autor? O juiz estaria obrigado a seguir essa "opção"? Evidentemente que não.

A praxe forense revela que a citação por edital é realmente "ficta", tanto que acaba no reconhecimento da revelia e nomeação de curador especial (17). Poder-se-ia argumentar que inexistente prejuízo ao réu beneficiário citado por edital considerado revel, pois a sua defesa seria feita pelo curador especial, o qual pode fazê-la por negação geral (18), não gerando os efeitos da revelia, tornando controvertidos todos os fatos articulados na inicial, mantendo-se para o autor o ônus da prova (19).

Ocorre que, não bastasse a clara afronta ao princípio constitucional do contraditório, há sim prejuízo ao citado por edital, uma vez que para uma defesa efetiva, necessário o contato da parte com o seu defensor. Somente assim é que este poderá obter dados outros que não aqueles constantes dos autos, esclarecer fatos, produzir provas, etc. Portanto, é até presumível o prejuízo! A citação editalícia no caso de réus beneficiários cujos endereços são conhecidos (ou de fácil obtenção) não assegura à parte o exercício pleno de suas faculdades e poderes processuais. A doutrina destaca que isso não é só interesse próprio, mas também para a salvaguarda do processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição (20).

Imagine-se a reação de uma pessoa recebendo citação para execução de uma ação popular sem ter tido oportunidade efetiva de desenvolver sua defesa na ação de conhecimento! É isso o que acontece quando se deixa ao "arbítrio" do autor o tipo de citação da ação popular.

Além disso, há o elevado custo para o Estado com essa publicação de editais, o que seria evitado com a citação pessoal, bem como o fato de que os réus beneficiários citados por edital que se tornam revéis terão suas defesas a cargo da Defensoria Pública, pois incumbe a esta a curadoria dos revéis (21), ou seja, mais um encargo para o Estado ao patrocinar defesa de pessoas com condições econômico-financeiras de constituir advogado. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado e sua função precípua volta-se para o atendimento aos necessitados (22). Acontece que, havendo possibilidade de citação pessoal, com a qual permitiria aos réus beneficiários (invariavelmente não hipossuficientes) a contratação de advogados de sua confiança, não estaria sendo desvirtuada a atuação assistencialista do Estado por meio da Defensoria Pública. O contrário (citação por edital opcional e conseqüente revelia) só faz aumentar a carga de trabalho da Defensoria Pública (23), ocupando-se com pessoas que não fazem parte do seu público alvo e, por conseguinte, prejudicando as pessoas carentes que dela necessitam. É claro que, não houvesse condição de demonstrar o endereço dos réus beneficiários, a única solução seria a atuação da Defensoria Pública como curadora. Todavia, nos casos em que não têm cabimento a citação "ficta", facilmente (com a citação pessoal) permitir-se-ia o respeito ao efetivo contraditório e evitar-se-ia o dispêndio de recursos por parte do Estado (publicação de editais e atuação da Defensoria Pública).

5. Atuação do juiz no caso de o autor "optar" pela citação por edital.

Nos casos em que os endereços dos réus beneficiários são conhecidos do autor, ou que seriam de fácil constatação, deve o juiz valer-se dos poderes do artigo 125 (24) do Código de Processo Civil, verificando se há na documentação trazida com a inicial os endereços, ou então, determinando que o autor os indique, sob pena de indeferimento da inicial (25).

Caso o autor desconheça os endereços e não tenha como encontrá-los, antes de determinar a citação por edital, deve o juiz aguardar o retorno de eventuais certidões, informações, documentos e outros que tenham sido requeridos às entidades (26), em que, invariavelmente, estarão os endereços dos réus beneficiários do ato lesivo e aí determinar a citação pessoal. No sentido do texto, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região sabiamente decidiu que a citação por edital também nas ações populares é excepcional, devendo somente acontecer na real impossibilidade de ser encontrado o réu (27).

Essa atuação está de acordo com os princípios do processo constitucional e nenhum prejuízo traz para o andamento processual, sendo até mais rápida do que aguardar o término do prazo do edital (30 dias) e da contestação (20 dias – em dobro para a Defensoria Pública (28)). Aliás, em abono disso tudo, insta ressaltar que a própria Lei da Ação Popular (29) traz a possibilidade de ampliação do litisconsórcio passivo quando qualquer pessoa,

beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, seja conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença, conferindo-lhe prazo para contestar e produzir prova, pois se trata de litisconsórcio necessário.

6. Considerações finais.

Apesar de prestar um importante serviço à sociedade, não se pode deixar nas mãos do autor da ação popular a possibilidade de os réus beneficiários poderem se defender de maneira efetiva. Deve-se buscar sempre a citação pessoal para que seja assegurada aos réus beneficiários essa possibilidade. Nosso processo civil não admite a aplicação dessa "opção" do autor da ação popular de maneira tão simplória, que somente tem cabimento quando for de impossível localização os endereços desses réus. Há efetivo prejuízo para a defesa, bem como para o Estado, na publicação desnecessária de editais e também na atuação da Defensoria Pública (esta, desviando sua precária estrutura e pouquíssimos membros da atuação em favor dos necessitados, para aqueles que possivelmente teriam condições de contratar advogados). Assim, havendo condição, deve o juiz determinar a citação pessoal, seja verificando nos autos a existência dos endereços, seja determinando ao autor que os apresente, seja aguardando as informações das entidades.

Notas

01. Cf. Hely Lopes Meirelles. "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, `Habeas data`". 17ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 88.

02. CF, art. 5º, LXXIII: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural...".

03. CF, art. 5º, LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

04. Cf. José Afonso da Silva. "Curso de Direito Constitucional Positivo". 10ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 411.

05. Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. "Teoria Geral do Processo". 11ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 55.

06. Idem, ibidem. p. 56. Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o contraditório "quanto ao réu, [compreende] ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir (...). Para tanto é preciso dar as

mesmas oportunidades para as partes (Chancengleichheit) e os mesmos instrumentos processuais (Waffengleichheit) para que possam fazer valer em juízo os seus direitos" (Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. "Código de Processo civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor". 6ª ed. São Paulo : Ed. RT, 2002. p. 24.

07. Moacyr Amaral Santos. "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil". 2º vol. 12ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 165.

08. também conhecida como "ficta".

09. "É nula a citação por edital se previamente não foram esgotados todos os meios possíveis para a localização do réu (JTA 121/354)". In. Theotonio Negrão. "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor". 34ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 293.

10. Ovídio Araújo Baptista da Silva. "Curso de Processo Civil". vol. 1. 4ª ed. São Paulo : Ed. RT, 1998. p. 316.

11. Rodolfo de Camargo Mancuso. "Ação Popular". 3.ª ed. São Paulo : Ed. RT, 1998. p. 72.

Lei n. 4.717/65, art. 6º: "A ação deve ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo".

12. op. cit. p. 6.

13. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

14. Hely Lopes Meirelles. op. cit. p. 89.

15. Rodolfo de Camargo Mancuso. op. cit. p. 141.

16. Pontes de Miranda, com a sabedoria de sempre afirma que se "são muitas as pessoas e podem ser citadas de uma em uma, não cabe a citação por edital" ("Comentários ao Código de Processo Civil". tomo III. 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 270.

17. CPC, art. 9º: "O juiz dará curador especial: (...) II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa".

18. CPC, art. 302, parágrafo único: "Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público".

19. 1º TACivSP, 6ª Câmara, Ap 3523335, rel. Juiz Ernâni de Paiva, j. 01.04.1986.

20. Antonio Carlos de Araújo Cintra et alii. op. cit. p. 285.

21. Lei Complementar n. 80/94, art. 4º: "São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei".

22. CF, art. 134: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV". Art. 5º, LXXIV: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

23. A Defensoria Pública da União somente teve implantação a partir de fevereiro de 2002, contando em seus quadros com pouco mais de 100 Defensores em todo o território nacional e com Núcleos apenas nas capitais e em pouquíssimas cidades do interior.

24. CPC, art. 125: " O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento".

25. CPC, art. 284: "Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial".

26. Lei n. 4.717/65, art. 1º, § 4º: "Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas".

27. "... A citação editalícia deve ser sempre em caráter excepcional, na real impossibilidade de ser encontrado o réu, de modo a garantir o acesso à Justiça. 3. Agravo provido para determinar que a ação popular prossiga tão-somente em face dos réus elencados explicitamente na inicial" (AI 1999.02.01.062453-6 – 3ª T. – Rel. Juiz Conv. Ricardo Perlingeiro – DJU 28.06.2001).

28. Lei Complementar 80/94: "Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: I - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos".

29. Art. 7º, III: "Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas...".

* defensor público da União em Florianópolis (SC)

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=4782>> Acesso em.: 30 out. 2007.