


Núcleo de Estudos e
Pesquisas do Senado



**COMPETÊNCIA TERRITORIAL
PARA O PROCESSAMENTO DAS
AÇÕES POPULARES COM
LITISCONSÓRCIO PASSIVO
ENTRE UNIÃO E AGENTE
PÚBLICO RESPONSÁVEL**

Hugo Souto Kalil

Textos para Discussão

97

Junho/2011

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Doris Marize Romariz Peixoto – Diretora Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Bruno Dantas – Consultor Geral

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS

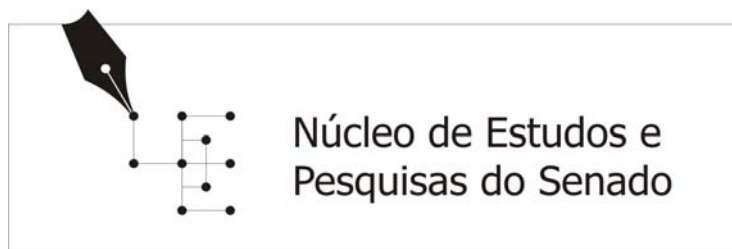
Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Diretor

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.



Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 10, de 2011, o Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal tem por missão organizar, apoiar e coordenar projetos de estudos e pesquisas que visem à produção e à sistematização de conhecimentos relevantes para o aprimoramento da atuação do Senado Federal.

Contato:

nepsf@senado.gov.br

URL: www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html

ISSN 1983-0645

COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA O PROCESSAMENTO DAS AÇÕES POPULARES COM LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE UNIÃO E AGENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL

Hugo Souto Kalil¹

RESUMO:

O artigo tem por escopo empreender uma crítica acerca do entendimento dominante sobre a competência jurisdicional territorial para o julgamento de ações populares em que haja litisconsórcio passivo entre a União e o agente público diretamente responsável pela lesão ao patrimônio público. Para tanto, defende-se a ponderação do direito de ação popular com os direitos fundamentais de ampla defesa e devido processo legal, assegurados ao réu. Sustenta-se a aplicação da teoria do *forum non conveniens* para a solução, no caso concreto, do conflito aparente de direitos fundamentais narrado.

PALAVRAS-CHAVE: direito processual civil; direitos fundamentais; competência territorial; ação popular; *forum non conveniens*.

TERRITORIAL JURISDICTION FOR TRIAL OF POPULAR ACTIONS WITH JOINDER OF THE UNION AND THE RESPONSIBLE PUBLIC AGENT AS CO-DEFENDANTS

ABSTRACT:

The article intends to undertake a critical review of the dominant jurisprudence on the territorial competence (jurisdiction) for the judgment of “ação popular” (popular action *writ* – brazilian constitutional *writ* applied to challenge the validity of public acts considered to be harmful to the state treasury) when there are joinder of defendants between the Union and the responsible public agent. For in such a way, it is argued a necessary balance between the right of action of the plaintiff and the constitutional rights of legal defense and due process of law, assured to the defendants. It claims application of the theory of *forum non conveniens* for the solution, in concrete cases, of the apparent conflict of fundamental rights.

KEYWORDS: civil procedure; fundamental rights; territorial competence; popular action *writ*; *forum non conveniens*.

¹ Advogado do Senado Federal.

SUMÁRIO

1	APRESENTAÇÃO.....	5
2	O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL: NECESSIDADE DE PRÉVIA DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIAS.....	6
3	COMPETÊNCIA DE FORO NA AÇÃO POPULAR PROPOSTA EM FACE DA UNIÃO.....	7
4	O DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, O RESPEITO AO ACUSATÓRIO E A CLÁUSULA DA GARANTIA DE AMPLA DEFESA: O CASO DO LITISCONSÓRCIO COM O AGENTE PÚBLICO.....	10
5	O ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO E A APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE ' <i>FORUM NON CONVENIENS</i> ' (FORO NÃO APROPRIADO).	14
6	A SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA: SEGREGAÇÃO DE AÇÕES.....	19
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.	23
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	24

COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA O PROCESSAMENTO DAS AÇÕES POPULARES COM LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE UNIÃO E AGENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL

1 APRESENTAÇÃO.

O presente artigo versa sobre a questão da competência de foro para o julgamento de ações populares em que haja litisconsórcio passivo entre a União, como ente público, e agente público indigitado como responsável pelo ato impugnado. A discussão é levantada em torno do entendimento jurídico, presentemente dominante, que aceita a competência geral de foro da União como regra nos feitos citados, em detrimento de eventual direito do réu pessoa física a ser demandado no foro de seu domicílio.

Longe de uma discussão meramente burocrática, no entanto, ver-se-á que a competência jurisdicional figura entre as espécies de instituto jurídico-processual que têm inflexão direta nos direitos fundamentais dos atores envolvidos no processo judicial.

Com efeito, a abordagem a ser conferida à presente análise deverá perpassar temas como o princípio do juiz natural, o direito fundamental ao *due process of Law*, consagrado na Constituição da República, bem como a relação do devido processo com a garantia constitucional da ação popular e a ponderação de ambos os institutos.

Ademais, é preciso tomar em consideração a necessidade de o processo se desenvolver de forma justa, com a possibilidade de apreciação correta das provas e em prazo razoável, conforme preconiza a Constituição da República.

A questão a ser respondida, ao final, é a seguinte: deve o Estado-Juiz priorizar a tutela do interesse do cidadão no direito de ação em face de atos lesivos praticados por agentes públicos ou deve, pelo contrário, privilegiar o direito ao devido processo legal do agente público réu, concedendo-lhe a faculdade de responder a eventuais ações populares em seu domicílio? E, ainda mais relevante, quais os critérios e mecanismos jurídicos que poderão ser empregados nessa escolha?

Para responder a essas indagações, o presente trabalho dividir-se-á da seguinte forma: inicialmente, serão abordados os conceitos de competência jurisdicional e de juiz

natural, e serão analisadas as disposições normativas (constitucionais e legais) que influem na presente análise, além da atual opinião dominante dos tribunais acerca da matéria; posteriormente, desenvolver-se-á uma análise crítica do tema, mediante a ponderação dos interesses envolvidos e a apresentação de conceitos de direito processual que podem subsidiar o entendimento da matéria.

A hipótese defendida é a de que a proteção constitucionalmente conferida ao autor popular, cidadão, não se pode sobrepor desde logo aos direitos fundamentais do réu, sendo necessária a ponderação, no caso concreto, dos interesses envolvidos, assim como dos eventuais prejuízos ao regular desenvolvimento do processo, para determinar qual o foro conveniente para o julgamento da ação.

2 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL: NECESSIDADE DE PRÉVIA DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIAS.

O princípio do juiz natural é garantia decorrente do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República) e, portanto, goza de estatura constitucional. Pode ser extraído, ainda, da conjugação do preceito constitucional que proíbe os juízos de exceção (artigo 5º, XXXVII) com o que determina o processamento e julgamento das ações perante a autoridade competente (artigo 5º, LIII).

O conteúdo do juiz natural é justamente a proteção contra arbitrariedades e suscetibilidades que possam conduzir a vícios no processo: trata-se, portanto, de garantia dirigida às partes, e sobretudo ao réu, que tem em juízo sempre um risco latente imposto sobre seus bens e direitos ou sua liberdade.

Corolário do juiz natural é a necessidade de prévia lei que estabeleça competências jurisdicionais e por meio da qual se possa determinar, antes da propositura da ação e, portanto, independentemente de suas partes, a autoridade judiciária que deverá proceder ao julgamento da causa.

Formalmente, juiz natural é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas. Não é possível a determinação de um juízo *post facto* ou *ad personam*. A determinação do juízo competente para a causa deve ser feita por critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos.²

² DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1. 10ª Ed. Salvador, JusPodium, 2008. p. 90.

Desse modo, compreende-se a importância da preservação da competência do juiz natural, que é aquele cujos limites de jurisdição estão designados na forma da lei. Por essa razão, a Constituição e a lei definem as competências de juízes e tribunais.

3 COMPETÊNCIA DE FORO NA AÇÃO POPULAR PROPOSTA EM FACE DA UNIÃO.

A ação popular é modalidade de ação coletiva, prevista constitucionalmente entre os direitos e garantias fundamentais, e integra o rol dos direitos políticos do cidadão, possibilitando-lhe fiscalizar e atuar proativamente na tutela dos atos do poder público. Sua origem remota alcança o direito romano, e, no direito brasileiro, encontra-se prevista desde a Constituição de 1934.

É ação constitucional fundamental pela qual é conferida ao cidadão o exercício do direito político de participação direta na fiscalização do poder público no plano da defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e histórico, da moralidade administrativa, do erário e, também, das relações de consumo (...).³

A vigente Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular – LAP), prescreve a ação popular para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, cujo conceito, por seu turno, é estabelecido, de modo amplo, pelo § 1º do artigo 1º do mesmo diploma legislativo.

Nos termos do artigo 11 da mesma lei, acaso julgada procedente a ação, deve o juiz condenar os responsáveis pela prática do ato impugnado e os seus beneficiários em perdas e danos. A legislação se rege, portanto, de modo a buscar a inclusão no processo de agentes e autoridades públicas responsáveis.

Nada obstante, a lei silencia acerca da competência de foro para a ação popular. Contenta-se a legislação, no seu artigo 5º, em determinar a competência do juízo, segundo a organização judiciária de cada Estado, conforme a origem do ato impugnado (se agressivo ao patrimônio da União, Estados ou Municípios).

Nessa linha, a lacuna quanto à competência de foro (localização) se resolve pela aplicação supletiva do Código de Processo Civil, conforme expressamente determina o artigo 22 da LAP.

³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 352.

Há, ainda, doutrina a sustentar que a Lei de Ação Popular se insere no contexto de um microsistema de direito processual coletivo, formado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP) e pelo Código de Defesa do Consumidor, cujas definições processuais são intercambiáveis. Nesse contexto, seria possível, com maior ou menor temperamento, conforme o autor, a definição do foro, na ação popular, como o do local do dano, com base no artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública.

Caso a ação popular venha a ser ajuizada para a tutela do meio ambiente, do patrimônio histórico ou cultural, entendemos que deverá ser aplicado por analogia o disposto no art. 2º da LACO, passando a competência a ser territorial-funcional (absoluta) do juízo do local do dano(...).⁴

Quando confrontado com essa questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) optou pela solução baseada na competência territorial relativa (de foro). No *leading case* de apreciação dos critérios de competência de foro para a ação popular, Conflito de Competência nº 47.950⁵, a Corte, por sua Primeira Seção, ressaltou os seguintes pontos:

⁴ Idem. pp. 363-364.

⁵ Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO POPULAR AJUIZADA EM FACE DA UNIÃO. LEI 4.717/65. POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DA AÇÃO NO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. APLICAÇÃO DOS ARTS. 99, I, DO CPC, E 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(...)

3. O art. 5º da referida norma legal determina que a competência para processamento e julgamento da ação popular será aferida considerando-se a origem do ato impugnado. Assim, caberá à Justiça Federal apreciar a controvérsia se houver interesse da União, e à Justiça Estadual se o interesse for dos Estados ou dos Municípios. A citada Lei 4.717/65, entretanto, em nenhum momento fixa o foro em que a ação popular deve ser ajuizada, dispondo, apenas, em seu art. 22, serem aplicáveis as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos da Lei, nem a natureza específica da ação. Portanto, para se fixar o foro competente para apreciar a ação em comento, mostra-se necessário considerar o objetivo maior da ação popular, isto é, o que esse instrumento previsto na Carta Magna, e colocado à disposição do cidadão, visa proporcionar.

4. Segundo a doutrina, o direito do cidadão de promover a ação popular constitui um direito político fundamental, da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na Constituição Federal. Caracteriza, a ação popular, um instrumento que garante à coletividade a oportunidade de fiscalizar os atos praticados pelos governantes, de modo a poder impugnar qualquer medida tomada que cause danos à sociedade como um todo, ou seja, visa a proteger direitos transindividuais. Não pode, por conseguinte, o exercício desse direito sofrer restrições, isto é, não se pode admitir a criação de entraves que venham a inibir a atuação do cidadão na proteção de interesses que dizem respeito a toda a coletividade.

5. Assim, tem-se por desarrazoado determinar-se como foro competente para julgamento da ação popular, na presente hipótese, o do local em que se consumou o ato, ou seja, o de Brasília. Isso porque tal entendimento dificultaria a atuação do autor, que tem domicílio no Rio de Janeiro.

6. Considerando a necessidade de assegurar o cumprimento do preceito constitucional que garante a todo cidadão a defesa de interesses coletivos (art. 5º, LXXIII), devem ser empregadas as regras de competência constantes do Código de Processo Civil - cuja aplicação está prevista na Lei 4.717/65 -, haja vista serem as que melhor atendem a esse propósito.

7. Nos termos do inciso I do art. 99 do CPC, para as causas em que a União for ré, é competente o foro da Capital do Estado. Esse dispositivo, todavia, deve ser interpretado em conformidade com o § 2º do art. 109 da Constituição Federal, de modo que, em tal caso, *poderá o autor propor a ação no foro de seu domicílio, no foro do local do ato ou fato, no foro da situação do bem ou no foro do Distrito Federal* (PIZZOL, Patrícia Miranda. *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio

1. a LAP não contém disposições específicas acerca da competência territorial (de foro);
2. são, portanto, aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil à questão, desde que não conflitem com a lei específica ou com a natureza da ação;
3. em prosseguimento, entendeu-se que, em face do disposto no art. 99, inciso I, do Código de Processo Civil, lido em consonância com o art. 109, § 2º, da Constituição, que o ampliou, a ação poderia ser proposta no domicílio do autor, no local do dano, no foro da situação do bem ou no Distrito Federal.

Esse entendimento, fixado pelo STJ, baseou-se fundamentalmente na proteção ao direito do cidadão à fiscalização e, portanto, na busca de conferir-se efetividade à garantia político-constitucional da ação popular.

Em seu voto, a Ministra Relatora não chegou a examinar outros aspectos da questão, atendo-se à proteção do direito do autor da ação e conferindo-lhe eficácia máxima, sem, porém, prévia ponderação com outros direitos fundamentais envolvidos. Nesse ponto, vem à baila a lição doutrinária de Inocêncio Mártires Coelho, em obra compartilhada com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Tendo em vista, por outro lado, que, nos casos concretos, a *otimização* de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo o princípio da *unidade da Constituição* quanto o da *harmonização* –, em face disso, impõe-se harmonizar a *máxima efetividade* com essas e outras regras de interpretação, assim como impõe-se conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição.⁶

Ver-se-ão, adiante, aspectos sensíveis da questão, que devem ser levados em consideração para a definição da citada competência.

Carlos Marcato, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 269). Trata-se, assim, de competência concorrente, ou seja, a ação pode ser ajuizada em quaisquer desses foros.

8. Na hipótese dos autos, portanto, em que a ação popular foi proposta contra a União, não há falar em incompetência, seja relativa, seja absoluta, do Juízo Federal do domicílio do demandante.

9. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitado.

(CC 47950/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2007, DJ 7/5/2007, p. 252)

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 118-119.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, O RESPEITO AO ACUSATÓRIO E A CLÁUSULA DA GARANTIA DE AMPLA DEFESA: O CASO DO LITISCONSÓRCIO COM O AGENTE PÚBLICO.

Pelo princípio do devido processo legal, tem-se que nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens e direitos sem a observância de um julgamento justo, previsto em lei, previamente estabelecido, em que lhe sejam assegurados os direitos de defender-se com todos os meios e recursos necessários (ampla defesa) e de, em igualdade material de condições (paridade de armas), conhecendo todas as questões que lhe são imputadas, refutar as alegações produzidas pela parte adversa (contraditório).

Costuma-se dividir o devido processo em dois aspectos.

O devido processo formal ou procedimental (*procedure due process of Law*) exige se oportunizem mínimas garantias formais ao acusado ou réu, tais como o juiz natural, a ampla defesa, a razoável duração do processo, o contraditório, a publicidade das sessões, a motivação das decisões judiciais, entre outros.

O devido processo material (*substantive due process of Law*) diz respeito à razoabilidade dos atos do Poder Público em geral, tanto os legislativos quanto os judiciários. Desse modo, diz com a adequação do procedimento, além da mera observância de suas formalidades mínimas.

Por fim, o sistema processual acusatório, predominante na sistemática vigente do direito brasileiro, demanda o respeito do julgador à necessidade de que as alegações e provas produzidas pelo acusado (ou réu) sejam efetivamente levadas em consideração na formação da opinião do órgão julgador, transcendendo o caráter meramente formal das garantias mínimas.

Nessa esteira, a ampla defesa figura entre os direitos fundamentais ao processo justo (devido processo legal), como uma garantia processual dos acusados e réus em geral, e sua observância é verdadeira *conditio sine qua non* da legitimidade do processo em face da Constituição da República, donde se destaca que a garantia da ampla defesa não deve ser meramente formal. O devido processo em sentido substancial e o princípio acusatório impõem que haja efetiva condição para o exercício da ampla defesa pelo réu.

Embora as consequências dessa garantia sejam mais evidentes no processo penal, em que o juiz pode até mesmo anular o processo se entender que o réu não foi suficientemente representado ou adequadamente defendido, as mesmas razões se

aplicam ao processo civil, ainda mais quando se trate especificamente de ação popular. Isso porque esse *writ* versa sobre a responsabilização de agente público e, portanto, sua eventual condenação, que, caso ocorra, além de repercutir em toda a Administração, atrai para o condenado grave estigma, importa não raro em consequências patrimoniais gravíssimas e rende ensejo à instauração de inquéritos criminais e civis por improbidade.

Ora, diante dos graves efeitos decorrentes da sentença condenatória no feito popular, a proteção conferida ao direito de defesa do réu, que se encontra no mesmo *loco constitucional* do próprio direito de ação do cidadão, deve ser mais bem tutelada pelo sistema processual.

É nesse ponto que tem relevo a questão da competência de foro nas hipóteses de litisconsórcio passivo entre a União e o agente público responsável.

A Constituição da República não contém disposições específicas acerca do litisconsórcio. Sendo omissa a Carta Política, não parece adequado interpretar extensivamente (e de modo absoluto) a regra do art. 109, § 2º, que define a competência territorial para a propositura das ações contra a União, impondo sua aplicação para os casos em que a pessoa jurídica de direito público não seja a única demandada, já que a hipótese não está expressamente tratada no texto constitucional⁷.

O Código de Processo Civil, em princípio, confere ao autor, nas hipóteses de litisconsórcio passivo necessário, a opção por ajuizar a demanda no domicílio de qualquer dos réus. Sendo ré a União, portanto, o autor poderia optar por qualquer das possibilidades descritas no artigo 109, § 2º, da Constituição da República, ou seja, domicílio do autor, local do ato ou fato ocorrido, ou Distrito Federal.

Contudo, a incidência do artigo 94, §4º, do Código de Processo Civil, concederia ao autor popular o direito de optar pelo domicílio da União – e, por consequência, por seu próprio domicílio, nos termos do artigo 109, § 2º, da Constituição. Note-se que, a depender da opção exercida pelo autor da ação, compromete-se de forma significativa a participação, no processo, do agente público apontado como responsável, normalmente domiciliado no local dos danos. A tramitação da ação popular em Estado da Federação

⁷ Nesse sentido, cumpre observar que o STJ, na decisão que se menciona, percorreu o trajeto do CPC previamente à Constituição para determinar o foro competente no caso.

que não o do domicílio do agente público – pessoa física com ganhos normalmente módicos – pode até mesmo tornar a defesa proibitiva para esse réu.

Cabe observar que a ação popular, por sua própria natureza e amplo acesso, é com alguma frequência utilizada pelo cidadão, sem um filtro jurídico razoável, como mecanismo para dar vazão a seu sentimento de revolta em face do noticiário público. Por conseguinte, diante da possibilidade de manejo do processo sem as cautelas que usualmente seriam adotadas por órgãos persecutórios típicos, faz-se necessário preservar de forma mais intensa a presunção de inocência do agente público nesses feitos. Ressalte-se, ademais, que o direito de ação é abstrato e, portanto, só o fato de haver contra si ajuizada uma ação popular não retira do agente público essa presunção, que deve ser devidamente valorizada.

Está posta, assim, uma questão sobre a qual é preciso ampliar a reflexão: o alcance da norma processual que prescreve a possibilidade de ajuizamento da ação no domicílio de qualquer dos réus, nos casos de ação popular com litisconsórcio necessário.

Parece-me que, na hipótese de ação popular em que são réus a União e o agente público (pessoa física), que responde com o seu patrimônio pessoal e independentemente da entidade pública – que pode, até mesmo, assumir o pólo ativo da ação e voltar-se contra o seu funcionário –, deve ser privilegiado o domicílio do réu.

A uma, porque a causa da norma do art. 94, § 4º, que faculta ao autor a escolha do foro de qualquer um dos réus, é a pressuposição de réus com domicílios distintos. A norma, portanto, meramente complementa o comando do *caput*, segundo o qual o foro geral é o do réu.

A União, porém, tem foro territorial em qualquer comarca do Brasil, já que, a teor do art. 109, § 2º, da Constituição da República, responde no domicílio do autor, seja onde for.

Ora, se a União pode responder em qualquer seção judiciária, irrecusavelmente terá domicílio no mesmo local em que o réu (esteja onde estiver, dentro do território nacional!); dessa forma, não parece haver razões suficientes a justificar o fato de o autor popular valer-se da possibilidade de ajuizar a demanda em seu domicílio, se deste fato advier prejuízo ao agente público indicado como responsável.

Portanto, é forçoso reconhecer que o resultado da interpretação teleológica da disposição normativa há de ser restritivo, impondo-se a redução da hipótese de opção do autor às situações em que os réus estejam em domicílios distintos. Caso algum dos demandados tenha domicílios múltiplos, sendo um no mesmo foro do outro réu, há que se privilegiar o foro comum, e não o foro de domicílio que seja exclusivo de um dos réus.

A duas, porque o privilégio de foro concedido ao autor popular, nas hipóteses em exame, não se coaduna com a garantia de ampla defesa do réu e ao direito de isonomia entre as partes.

No confronto entre o direito de ação popular e o direito ao devido processo legal e à ampla defesa, tem-se que há potencial para que o próprio núcleo essencial do direito à ampla defesa do réu seja maculado pelo processamento da ação em foro estranho ao seu domicílio, normalmente longe das provas e dos fatos, além de prejudicar potencialmente a própria pretensão autoral, pelas mesmas razões, como se verá adiante.

Com efeito, tal prejuízo se vislumbra tanto sob o prisma processual (objetivo) quanto sob o prisma pessoal (subjetivo).

Quanto ao primeiro, é bem de se notar que o juízo do domicílio do autor, longe dos fatos e do local de produção de provas, não será o mesmo que colherá as provas relevantes, vinculadas ao local em que ocorridos os fatos – normalmente, o mesmo foro do agente público, que tem domicílio no local onde exerce suas funções. Desse modo, desprivilegia-se o contato real do órgão julgador com as provas, que é justamente o fim colimado pelo princípio da identidade física do juiz, que, por seu turno, se busca resgatar no direito processual (atualmente expresso pelo artigo 132 do vigente Código de Processo Civil).

Quanto ao segundo, a parte ré prejudica-se pela impossibilidade física de acompanhar de perto todos os atos processuais, vendo-se obrigada a constituir defensor em local distante de onde reside. Há, indubitavelmente, imposição de elevado gravame para o servidor público, que goza, tanto quanto qualquer pessoa, da presunção de inocência⁸.

⁸ Nessa linha, ressalta-se que o STF já reconheceu que o princípio penal da presunção de inocência espraia os seus efeitos (eficácia irradiante) para outros campos do direito. Vide, nesse sentido, o julgamento da ADPF 144.

No que tange ao direito de ação, reconheça-se que a apuração iniciada pelo autor popular prosseguiria, ainda que este não pudesse acompanhar o processo em outra comarca, já que o Ministério Público fica encarregado de dar impulso à ação; assim, o prejuízo ao direito do autor seria substancialmente inferior àquele suportado pelo réu.

Como corolário, é necessário sublinhar que a regra geral do processo civil brasileiro é o foro do réu; a preferência pelo foro de domicílio do autor é excepcional e somente ocorre em hipóteses devidamente previstas em lei e nas quais o interesse no ajuizamento da ação deva ser superior aos prejuízos impostos ao réu (proporcionalidade em sentido estrito). Assim, em caso de margem interpretativa que possibilite a fixação do entendimento em benefício do demandado, essa possibilidade deve ser contemplada, em homenagem à regra geral. Isso porque, segundo a máxima interpretativa, as exceções devem ser lidas restritivamente.

Assim, a cláusula de competência do artigo 109, § 2º, da Constituição da República não deve servir, *de per se*, como justificativa para a eventual violação de garantias fundamentais dos réus em ações judiciais, sendo necessário que a competência de foro seja sopesada, após a ponderação, no caso concreto, da preservação da garantia fundamental de ampla defesa em face da previsão genérica de possibilidade de propositura de ação no domicílio dos autores.

5 O ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO E A APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE ‘FORUM NON CONVENIENS’ (FORO NÃO APROPRIADO).

Nas hipóteses em que, alegado pelo réu e constatado pelo juízo do domicílio do autor, verificar-se a ocorrência de grave dano à defesa do agente público (aspecto subjetivo) ou à produção de provas (aspecto objetivo), sem que haja necessidades imperiosas que imponham a manutenção da causa no foro do autor, poderá o juiz adotar medidas que venham a equilibrar as forças entre as partes na demanda (paridade de armas) ou que possam melhor assegurar o resultado justo da demanda.

Para tanto, é preciso tomar por princípios algumas noções.

Inicialmente, destaque-se que o ordenamento jurídico não se compraz com o mero acatamento dos preceitos jurídicos sob o prisma literal, dissociado de seu sentido e fim último, mas exige dos agentes a observância e o respeito às finalidades para as quais

foram editadas as normas. O Código Civil de 2003, nessa linha, consagrou o dever de exercer o direito de modo regular, em seu art. 187, que se reproduz abaixo:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Na doutrina de Fabrício Lunardi:

A Teoria do Abuso de Direito destaca-se dentro da concepção de relativização dos direitos, em que se limita o livre arbítrio do indivíduo em relação ao exercício dos seus direitos. Os direitos subjetivos deixam de ter caráter absoluto, devendo ser exercidos de forma a não prejudicar ilegitimamente as outras pessoas, de acordo com a sua finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes.

O leading case da Teoria do Abuso de Direito ocorre em 1912, quando o Tribunal de Apelação de Amiens, em acórdão de 2 de novembro de 1912, deparou com um caso em que o proprietário de um imóvel, no exercício dos direitos inerentes à propriedade, levanta duas construções de madeira, em cima das quais coloca quatro lanças de ferro, com propósito de impedir ou dificultar a subida de balões dirigíveis da propriedade vizinha, de Clement-Bayard. Com isso, tinha a finalidade de que Clement-Bayard adquirisse a sua propriedade por um bom preço. No caso, embora considerando que tinha o direito de propriedade, entendeu o Tribunal de Apelação de Amiens que tal direito subjetivo não é absoluto, e que não havia interesse legítimo que o autorizasse a utilizar sua propriedade com o único propósito especulativo ou de prejudicar o seu vizinho.¹³ A partir de então – embora a sua origem histórica seja bem mais remota –, começa a ganhar força a Teoria do Abuso do Direito, que, em síntese, visa a corrigir as distorções causadas por aquele que, no exercício de um direito subjetivo ou de uma faculdade, extrapola os limites estabelecidos pela finalidade social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁹

Vê-se de logo que na teoria do abuso de direito não se reserva maior espaço à perquirição de culpa do agente; na verdade, é a atuação excessiva do titular de um direito, em violação dos limites impostos pelas finalidades econômicas ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes, que determina a verificação, no caso concreto, da existência de abuso e, portanto, da caracterização de ato ilícito.

Por outro lado, não há restrição a que se configure o abuso de direito na atuação que se refira a situações jurídicas subjetivas que tutelem direito formal e público, como é o direito de ação; o último, consoante a teoria eclética adotada em nosso ordenamento, é direito subjetivo público abstrato, ou seja, é passível de apropriação por qualquer

⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no Direito Civil Constitucional: Novos paradigmas para os contratos. IN: **Revista Virtual da AGU**. Ano VIII, nº 77, de junho de 2008. Fonte: <http://www.escola.agu.gov.br/>. Acesso em 24/5/2009, às 14h30min.

pessoa, que o exerce contra o Estado, deduzindo uma pretensão particular (ação em sentido material) contra outrem.

Assim é que o direito de ação conferido pela Constituição a todas as pessoas¹⁰ também se assujeita aos limites impostos pelas finalidades sócio-econômicas, pela boa-fé e pelos bons costumes. No que tange ao processo, no entanto, o abuso de direito se relaciona mais intimamente com a atuação do agente em desacordo com os ditames da boa-fé.

In casu, quando se refere à boa-fé, tem-se que a norma se refere ao instituto em sua modalidade objetiva, que corresponde às noções de atuação leal, conformidade com direito, honestidade e probidade. Nas palavras do saudoso Miguel Reale:

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’.¹¹

Enquanto a má-fé processual tem imediata relação com um ânimo subjetivo da parte de má-fé, o abuso de direito decorre, independentemente da existência de culpa, do dado objetivo acerca do trespassse dos limites razoáveis do exercício do direito de ação, notadamente porque a conduta do autor não segue os postulados de comportamento leal, cooperação, conformidade com o direito.

É com fundamento nesses elementos que se deve pôr à prova a possibilidade de existência de abuso de direito de ação no ajuizamento de ação popular fora do local dos fatos, especialmente naquelas demandas em que há necessidade de diligências locais, ou as provas são eminentemente testemunhais, bem como naquelas em que são muitos os beneficiários que deverão ser citados¹². Ou seja, em ações em que a boa-fé objetiva e o

¹⁰ Como se vê do art. 5^a, XXXV, da Constituição da República: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹¹ REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Artigo publicado em <http://www.miguelreale.com.br>. Acesso em 31/5/2011, às 10h.

¹² À guisa de mera referência, tem-se conta de uma ação, em trâmite no estado do Rio Grande do Sul, em que o autor popular requereu a citação de três mil, oitocentos e oitenta e três servidores públicos, todos com domicílio no DF, supostamente beneficiários de pagamento indevido (proc. 2009.71.00.009197-9/RS, 5^a Vara Federal de Porto Alegre).

dever de cooperação e de lealdade imponham a necessidade de citação no domicílio dos fatos ou dos réus.

Apresenta-se, em caso de abuso de direito, uma imposição desproporcional (sentido lato) de gravame aos réus, em virtude da violação do subprincípio da necessidade, enunciado como a correlação de exigibilidade ou necessariedade entre o fim pretendido e o meio proposto, aplicando-se o dever de opção pela forma menos gravosa disponível¹³.

Nessas hipóteses, parece lícito que haja recusa de processamento da ação, o qual se daria em grave prejuízo aos réus ou à própria possibilidade de transcurso regular da causa. Vem à baila, nesse ponto, a teoria do *forum non conveniens*.

Cuida-se de teoria desenvolvida originalmente na Escócia, mas que ganhou corpo no âmbito da doutrina e jurisprudência norte-americana, mormente a partir da década de 1930, pela publicação, em 1929, de artigo sobre o tema na *Columbia Law Review*.

Esta doutrina afirma ‘o poder discricionário de uma Corte de declinar do exercício de sua jurisdição sempre que a causa, aparentemente, possa ser julgada mais apropriadamente em outro lugar.’¹⁴

Segundo o *forum non conveniens*, há dois objetivos independentes almejados pela teoria. O primeiro é a preservação do interesse do estado em proteger os seus cidadãos (e os contribuintes, especialmente) das despesas e da lentidão causada por ações que não têm conexão com seu território. O segundo é a preservação do interesse das partes em ter o seu litígio processado de modo conveniente e da forma mais favorável à obtenção de um resultado justo¹⁵.

Na esteira do segundo objetivo, que pode ser aplicado ao direito pátrio sem maior complexidade, diz-se justificada a aplicação da teoria do *forum non conveniens*, entre outras razões possíveis, quando a disponibilidade de testemunhas for comprometida ou dificultada pelo foro escolhido pelo autor¹⁶. Nesses casos, é inegável

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 260 e 304.

¹⁴ FLEMING JAMES, Jr. **Civil Procedure**. Boston: Little, Brown and CO, 1965. p. 661-662. No original: *This doctrine asserts ‘the discretionary power of a court to decline to exercise a possessed jurisdiction whenever it appears that the cause before it may be more appropriately tried elsewhere.*

¹⁵ Ibidem. p. 663.

¹⁶ PAXTON BLAIR. The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law. IN: **Columbia Law Review**. 29 Colum. L. Rev. 1 1929, p. 23.

que a utilização de carta precatória pode dificultar o andamento processual, comprometendo o direito das partes à razoável duração do processo, bem como afasta o juiz sentenciante do conhecimento direto das provas, idealmente a forma mais justa de conhecimento e julgamento de uma causa.

A doutrina anglo-saxã afirma apenas duas limitações jurisprudenciais à utilização da teoria do foro não apropriado. A primeira versa sobre a restrição do argumento às ações de responsabilidade (*torts*), enquanto a segunda trata da necessidade de demonstração de qual outro foro competente seria mais adequado¹⁷.

Ainda em vista de tais limitações, as ações populares de que se trata no presente artigo se ajustam ao argumento, visto que cuidam de responsabilidade (anulação de atos lesivos e a reposição ao patrimônio público do prejuízo causado), e o local do dano (geralmente o domicílio dos réus agentes públicos), nesses casos, seria igualmente competente para a apreciação da causa, preservada a competência da justiça federal.

Dessa forma, pela aplicação da teoria do foro não apropriado, seria lícito ao magistrado recusar sua própria competência (como contraface do princípio *Kompetenzkompetenz*¹⁸), dela declinando em favor do juízo que melhor possa se apropriar dos elementos de prova e que melhor possa assegurar os direitos fundamentais dos requeridos envolvidos na ação.

Assim, atrai-se para o caso concreto a possibilidade de promover a isonomia processual entre as partes e a realização concreta da justiça mediante opção pelo foro adequado ao julgamento da causa. Nesse sentido:

É certo que essa doutrina confere uma elasticidade na aplicação das regras de competência, que poderão ser controladas caso a caso, a partir da concretização desses direitos fundamentais. A cláusula geral de controle da adequação da competência, como toda cláusula geral, permite certa discricionariedade judicial, que não é nova em nosso sistema jurídico, já bastante aquinhado com textos normativos deste tipo. A exigência de adequada fundamentação é a forma de resolver esse conflito entre segurança jurídica (regras apriorísticas de competência) e a justiça do caso concreto (impedir o abuso do direito).¹⁹

¹⁷ Ibidem. pp. 30-34.

¹⁸ DIDIER JR., Freddie. **Editorial 67 (27/7/2009)**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CIId=337>. Acesso em 30/5/2011, às 20h.

¹⁹ Ibidem.

6 A SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA: SEGREGAÇÃO DE AÇÕES.

A despeito de a solução proposta no tópico anterior afigurar-se a mais adequada à resolução da situação, é mister destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem recusado aplicação à teoria do *forum non conveniens* no direito brasileiro, conforme explica Didier:

Sucedem que há decisão da 3ª T. do STJ, em que se afirmou que, *apesar de sua coerente formulação em países estrangeiros, os princípios* (sic) do *forum shopping* e do *forum non conveniens* não encontram respaldo nas regras processuais brasileiras (MC n. 15.398-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 02.04.2009, publicado no DJe em 23.04.2009). O tema não foi examinado com a profundidade devida no mencionado acórdão. Há, inclusive, erro técnico: não se trata de princípios. Fórum shopping é um fato da vida; *forum non conveniens* é uma teoria. O princípio em questão é a boa-fé processual (ou, mais amplamente, o devido processo legal). Certamente, o assunto voltará a ser examinado pelo STJ em outros termos.²⁰

Ocorre, portanto, que há certa objeção jurisprudencial em aplicar, de imediato, o princípio do foro não apropriado para o declínio de competência territorial em benefício do local do dano ou das provas.

Do mesmo modo, como se viu, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que, nos casos de que se trata neste artigo, a competência para julgamento das ações populares é territorial e deve ser escolhida pelo autor segundo uma das opções disponíveis de demanda face à União.

Dessa forma, não foi acolhida, até o momento, a proposta da corrente que defende a aplicação da teoria do microsistema de direito processual coletivo (Lei de Ação Civil Pública – Código de Defesa do Consumidor – Lei de Ação Popular), com incidência da competência funcional (absoluta) disposta no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública²¹, que estabelece o local do dano para o processamento da ACP.

Desse modo, outra solução possível, com aplicabilidade imediata, foi formulada por Celso Agrícola Barbi, ao tratar de tema diverso, mas conexo ao ora travado. Cuidava-se, na ocasião, do tema do litisconsórcio recusável, na dicção do vetusto Código de Processo Civil de 1939, cuja previsão não havia sido repetida pelo CPC de 1973.

²⁰ Ibidem.

²¹ Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Diz o jurista:

Nosso atual Código, todavia, além de não repetir, em forma expressa, o caráter recusável do litisconsórcio fundado na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, deixou também de repetir a norma do mencionado art. 116 do Código de 1939.

Pontes de Miranda considera recusável o litisconsórcio nesse caso. Arruda Alvim, Sérgio Ferraz e Clito Fornaciari Júnior entendem que ele é sempre irrecusável.

A nosso ver, apesar da omissão da lei, deve-se entender que o réu pode impugnar o litisconsórcio fundado no item IV, demonstrando a inferioridade em que ficará para a defesa, porque essa situação viola o princípio da igualdade das partes. E o juiz tem poderes para atender a essa impugnação, com base no art. 125, o qual lhe atribui competência para tomar providências destinadas a assegurar às partes igualdade de tratamento e para rápida solução do litígio.

Desse modo, não haverá mais para o réu o simples poder de recusar o litisconsórcio, poder esse que tinha sempre de ser respeitado pelo juiz, no sistema do Código de 1939. Mas, desde que o réu demonstre que a formação do litisconsórcio quebra o princípio da igualdade das partes e retarde o andamento da causa, o juiz pode atendê-lo e mandar separar as ações em tantos processos quantos necessários. Essa é a solução que atende aos textos legais e aos reclamos da prática.²²

Como se lê do trecho citado, o magistrado pode, em vista dos poderes conferidos pelo art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil²³ e, de forma mais direta, pelo parágrafo único do art. 46 do Código de Processo Civil²⁴, determinar a separação de ações em vista da inconveniência para a defesa, acaso constatada.

Destaque-se, nesse ponto, que o litisconsórcio entre o agente público indigitado responsável e a União não é necessário, visto que não há identidade perfeita entre as responsabilidades e os pedidos formulados quanto a uma e outra pessoa. Com efeito, o agente público pode, a despeito da improcedência do pedido quanto à anulação de algum ato administrativo, ser condenado ao ressarcimento de prejuízos causados por eventual desvio ou abuso praticado concretamente em sua execução. O oposto também pode ocorrer: ser anulado o ato e absolvido o agente que atuou sem culpa ou dolo.

Assim, é necessário sublinhar que as responsabilidades do Estado e do agente público são substancialmente distintas. O Estado responde, com espede na teoria do

²² BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I. 7ª Ed., rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1992. pp. 158-159.

²³ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.(...).

²⁴ Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

risco administrativo, de modo objetivo – independentemente de culpa – por seus atos. Da mesma forma, quando se trata do exercício de anulação dos atos estatais, não é relevante apreciação cognitiva alguma acerca da existência ou não de culpa ou dolo dos agentes envolvidos, bastando-se a consideração acerca da antijuridicidade (ilegalidade ou inconstitucionalidade) do ato público. Evidentemente, desvio de finalidade ou de poder eventualmente podem ser o fundo de ilegalidade do ato administrativo; entretanto, e como regra geral, os atos públicos podem ser anulados, ainda que não se tenha em concreto a existência de atuação dolosa ou culposa do agente.

Já o agente público, conforme atesta o § 6º do artigo 37 da Constituição da República, somente responde por seus atos lesivos ao Estado na modalidade de responsabilidade aquiliana, ou seja, subjetiva, em que são elementos essenciais da configuração do dever de indenizar o dolo ou culpa do agente.

Desse modo, não há correlação obrigatória, lógica ou de natureza jurídica, que importe na unicidade do processamento das pretensões de anulação (dirigida contra o Estado) e de reparação (dirigida contra o agente), visto que tais pretensões têm pressupostos materiais distintos.

Dessa forma, não haveria prejuízo para o processamento das ações em sua segregação.

Segregados os processos, a ausência da União no pólo passivo faria incidir o foro geral do réu como competente para o processamento da ação em face do agente público, reequilibrando a paridade de armas entre as partes. Com relação ao feito movido contra a União, este prosseguiria no domicílio do autor, privilegiando o direito de ação popular.

Exsurge, porém, uma questão: seria possível afastar a incidência do art. 105 do Código de Processo Civil²⁵, que prescreve a possibilidade de reunião das ações conexas sob o mesmo juízo? Tem-se que a questão deve ficar a cargo do prudente arbítrio judicial, visto que a dicção do dispositivo possibilita o julgamento em separado, nada obstante a autorização para reunião das demandas.

²⁵ Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

A nosso sentir, a reunião de processos em que haja conexão de demandas não é sempre obrigatória. Como regra geral, parece-nos que o juiz pode reunir tais processos, mas a reunião se torna obrigatória quando houver risco de decisões contraditórias.(...) Assim sendo, apenas quando esse risco for real (...) é que se deve fazer obrigatoriamente tal reunião de processos. Nos demais casos, cabe ao juiz, analisando a conveniência da reunião, determiná-la ou não(...).²⁶

Com efeito, a jurisprudência do STJ tem atribuído à regra força dispositiva (não-cogente), confiando a análise ao magistrado, que deve sopesar os critérios de conveniência, no caso concreto, acerca do processamento conjunto de ações conexas. Nesse sentido, e em situação processual em condições análogas às de que se trata no presente estudo, o STJ decidiu que *não se afigura razoável a reunião de duas ações indenizatórias decorrentes de uma mesma relação jurídica de direito material (acidente de trânsito) se os autores estão em comarcas que distam quase 03 mil quilômetros entre si e se as pretensões de cada um são diferentes*²⁷.

Desse modo, em caso de conflito, a questão se resolveria pela via judicial, conforme as disposições do Código de Processo Civil.

Por fim, é preciso ressaltar que, embora esta solução pareça vantajosa para assegurar o direito das partes, é evidentemente a menos adequada no que diz respeito ao justo julgamento da lide, pois olvida completamente as questões objetivas levantadas em tópico anterior (proximidade com os fatos, com as testemunhas, identidade física do juiz), buscando apenas um meio de contornar os prejuízos subjetivos impostos ao réu pela propositura da demanda no domicílio do autor.

Desse modo, ainda se entende mais recomendável que a aferição acerca da necessidade de modificação de competência se dê pela análise do caso concreto com espeque na teoria do *forum non conveniens*, que, porém, ainda precisará ganhar fôlego na doutrina e jurisprudência pátrias.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 19ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 100.

²⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 113.130 – SP. TERCEIRA SEÇÃO. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 3/12/2010. Revista Eletrônica de Jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 31/5/2011, às 9h25min.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A ação popular é um instrumento constitucional posto à disposição do cidadão para o controle dos atos públicos potencialmente lesivos. Em face das disposições legais atualmente vigentes, essa ação se presta também a obter dos agentes públicos responsáveis a reparação civil dos danos causados ao patrimônio público.

Desse modo, não é raro que a ação popular movida em face da União seja proposta contra os agentes públicos que o autor entende responsáveis pelos atos impugnados, impondo a esses agentes o ônus processual de se defenderem – podendo a entidade pública até mesmo tomar o pólo ativo da ação, deixando como réus apenas as pessoas físicas.

Diante da ausência de norma expressa de competência territorial acerca da ação popular, a jurisprudência vem se fixando no sentido de que, nas causas em que for parte a União no pólo passivo, a ação pode ser proposta pelo autor em seu próprio domicílio, no local do fato, no foro da situação do bem ou no Distrito Federal, conforme a opção do autor.

Nessa linha, a proteção ao direito de opção do autor não pode ser tomada como regra absoluta, sobretudo porque a teleologia do art. 94, § 4º, incidente à hipótese, pressupõe réus com domicílios distintos, o que não se verifica quanto à União. A regra geral é a proteção ao direito do réu, sendo excepcional a competência territorial atribuída ao domicílio do autor.

Assim, diante da possibilidade de ocorrência de abuso de direito de ação na propositura das demandas, notadamente quando, em violação da boa-fé objetiva e do dever de cooperação, houver prejuízo ao regular desenvolvimento do processo e das provas ou sensível prejuízo ao direito de defesa, devem ser empregados mecanismos para a proteção do processo e dos direitos fundamentais das partes.

Pelo exposto, seria razoável a aplicação da teoria do foro não apropriado, oriunda do direito anglo-saxão, para viabilizar a ponderação, em concreto, dos interesses envolvidos, notadamente a questão da facilidade de produção de provas e inquirição de testemunhas, o direito de defesa e o acesso do réu ao processo, assim como a preservação da identidade física do juiz, visto que a aplicação do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública não tem sido acolhida, nessas hipóteses, pela jurisprudência.

Finalmente, e embora a solução proposta pela doutrina citada seja considerada a mais apropriada, diante da resistência do Judiciário em aceitar a aplicabilidade da teoria do *forum non conveniens*, pode ser aplicado, em caso de grave prejuízo ao direito de defesa do réu, o disposto no art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil, para separar as ações, incidindo o foro territorial do domicílio do agente público na demanda em que figure como parte, enquanto remanescerá o foro do domicílio do autor na demanda em face da União. Nessa hipótese, porém, dá-se mais atenção à conveniência das partes que ao aspecto objetivo, de otimização das condições para a adequação do julgamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I. 7ª Ed., rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406. 2002. DOU 11/1/2002, p. 1.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869. 1973. DOU 17/01/1973, P. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. DOU 05/10/1988, p. 1 (ANEXO).

BRASIL. **Lei da Ação Civil Pública**. Lei nº 7.347. 1985. DOU 25/07/1985, P. 10649.

BRASIL. **Lei da Ação Popular**. Lei nº 4.717. 1965. DOU 05/07/1965.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 113.130 – SP. TERCEIRA SEÇÃO**. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 3/12/2010. Revista Eletrônica de Jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 31/5/2011, às 9h25min.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 19ª Ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

COELHO JR., Sérgio. O processo justo e a Constituição de 1988: Breve reflexão sobre a Cláusula do Devido Processo Legal. IN: GRECO, Leonardo. NETTO, Fernando

Gama de Miranda (org.). **Direito Processual e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1. 10ª edição. Salvador, JusPodium, 2008.

DIDIER JR., Freddie. **Editorial 67 (27/7/2009)**. Disponível em http://www.frediedidier.com.br/main/_noticias/detalhe.jsp?Cid=337. Acesso em 30/5/2011, às 20h.

FLEMING JAMES, Jr. **Civil Procedure**. Boston: Little, Brown and CO, 1965.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no Direito Civil Constitucional: Novos paradigmas para os contratos. IN: **Revista Virtual da AGU**. Ano VIII, nº 77, de junho de 2008. Fonte: <http://www.escola.agu.gov.br/>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 6ª Ed., rev, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAXTON BLAIR. The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law. IN: **Columbia Law Review**. 29 Colum. L. Rev. 1 1929.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Artigo publicado em <http://www.miguelreale.com.br>. Acesso em 31/5/2011, às 10h.