



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

MARIANA SILVA CAMPOS DUTRA

DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI
EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

BRASÍLIA

2007

Mariana Silva Campos Dutra

**DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI
EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-
requisito para obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso
de Pós-Graduação *Lato Sensu* na
área de Direito processual Civil,
sob a orientação do Professor
Mestre Adriano da Nobrega Silva

Brasília

2007

Mariana Silva Campos Dutra

**DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI
EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-
requisito para obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso
de Pós-Graduação *Lato Sensu* na
área de Direito processual Civil.

Orientador: Adriano da Nóbrega
Silva

Brasília, 28 de junho de 2007.

Banca examinadora

Prof. Dra. Tânia Cristina Cruz

Prof. José Augusto Pinto da Cunha Lyra

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de juiz com competência não-constitucional de declarar a inconstitucionalidade de lei em uma ação civil pública como questão incidental. Nessa espécie de ação, a sentença possui efeitos *erga omnes* e tal declaração poderia impedir que outros tribunais viessem a apreciar tal questão no futuro, o que parece ferir a competência do Supremo Tribunal Federal, instância máxima do controle de constitucionalidade brasileiro.

Palavras-chaves: Ação Civil Pública. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present study intends the analysis of the following question: one judge with non-constitutional jurisdiction may declare that one law is unconstitutional in the decision of one Public Civil Action (Ação Civil Pública – one kind of process in the Brazilian System of Law that protects collective rights)? That is a relevant question because this kind of decision has *erga omnen* effects and – if this is the case – this judge may be violating the possibility of the Supremo Tribunal Federal (the Supreme Court of Brazil, which has the final word in the judicial review in the Country to review the sentence of this judge).

Palavras-chaves: Public Civil Action (Ação Civil Pública). Constitutionality Control. Judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA	9
1.1. Natureza jurídica	9
1.2. Terminologia	10
2.3. Objeto e bens protegidos	11
2.3.1 Meio ambiente.....	11
2.3.2 Direitos do consumidor.....	12
2.3.3 Ordem urbanística e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.....	15
2.3.4 Interesses difusos e coletivos.....	16
2.3.5 Interesses individuais homogêneos.....	18
2.3.6 Ordem econômica e economia popular.....	20
2.3.7 Pedido imediato.....	21
2.4 Legitimidade de agir	22
2.4.1 Ministério Público.....	23
2.4.2 Defensoria Pública.....	23
2.4.3 União, Estados, Distrito Federal e Municípios.....	24
2.4.4 Autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação.....	24
2.4.5 Entes despersonalizados.....	26
2.5 Coisa julgada	27
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	32
2.1. Conceito	32
2.2. Origem histórica	33
2.3. O controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil	36
2.3.1. Sistema difuso.....	37
2.3.2. Sistema concentrado.....	39
3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	50
3.1. Da impossibilidade de se argüir inconstitucionalidade de lei, por intermédio do sistema difuso, em sede de ação civil pública.....	51
3.2. Da possibilidade de se argüir inconstitucionalidade de lei, por intermédio do sistema difuso, em sede de ação civil pública.....	55
3.3. Análise crítica quanto ao tema.....	58
CONCLUSÕES	66

INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Moderno e a consolidação do capitalismo como ordem econômica vigente, instaurou-se uma nova sociedade na qual os costumes foram, ao longo dos anos, assumindo feições diferentes das até então vistas. Os capitalistas no afã de aumentar seus lucros desenvolveram práticas que proporcionavam o aumento das desigualdades sociais e, em quase todas as relações, passou a ser notória a existência de vulnerabilidade da classe trabalhadora em face dos detentores do capital, o que fez com que os trabalhadores viessem a lutar pela conquista de novos direitos, que os protegesse dessa vulnerabilidade.

Associando-se a isso, nasceram novas demandas, a exemplo da defesa do meio ambiente, do consumidor, da infância e da juventude, a dos idosos, dentre outras. Fica evidente, assim, que surgiu uma terceira geração de direitos cuja titularidade já não cabia ao indivíduo isoladamente, nem regiam uma relação entre este cidadão e o Estado. Com essa nova gama de direitos buscava-se proteger objetos jurídicos de interesse comum e que diziam respeito à sociedade como um todo.

Um dos mecanismos criados para não deixar à míngua esta nova sorte de direitos foi a ação civil pública, instrumento que visa a tutelar e garantir a efetivação e cumprimento dos chamados direitos difusos e coletivos.

Tendo em conta a importância da Lei n.º 7.347/85, este trabalho busca, em linhas gerais, discutir um dos pontos mais polêmicos que envolve a ação civil pública: a possibilidade de juiz de primeira instância ou tribunal infraconstitucional declarar a inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública, ou seja, a admissibilidade de,

incidentalmente, prolatar-se uma sentença que declare que uma lei ou ato normativo fere a Carta Magna de 1988.

No primeiro capítulo, busca-se traçar as principais características da ação civil pública, apresentando-se seu conceito, os objetos jurídicos por ela tutelados, a legitimidade ativa para ajuizá-la e os efeitos que a decisão dessa espécie de ação pode obter.

No segundo capítulo, tendo em vista que não se pode introduzir a discussão da declaração de inconstitucionalidade de lei em ação civil pública sem analisar as formas de controle judicial adotados pelo ordenamento pátrio, busca-se, em linhas gerais, traçar os principais contornos do controle difuso e do controle concentrado, apresentando-se as características mais relevantes da ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, no terceiro capítulo, ingressa-se no objeto específico desta monografia, trazendo os entendimentos dos doutrinadores mais expressivos na matéria, bem como a forma pela qual o assunto é tratado pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1.1. Natureza jurídica

A matéria concernente à ação civil pública está regulada pela Lei n.º 7.347, de 24 de setembro de 1985, diploma de iniciativa do Poder Executivo. Trata-se de estatuto de natureza essencialmente formal, ou seja, busca a regular questões processuais, sendo a doutrina uníssona a respeito deste ponto. Carvalho Filho, sobre este tema, traz o seguinte ensinamento (1999, p. 02):

Diante da classificação que as leis são materiais ou formais, pode afirmar-se que a Lei n.º 7.347/85 é de natureza eminentemente formal, visto que se destina a regular a ação protetiva dos vários direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses coletivos e difusos. Na verdade, só acidentalmente a lei exhibe normas de direito material.

Mancuso (2004, p. 32) também sustenta a mesma tese, *in verbis*:

Também nos parece que a lei em questão é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela são interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos. Ainda que nos dois aspectos antes ressalvados (arts. 10 e 13) a Lei 7.347/85 apresente colocação de direito material, estamos em que, no mais, trata-se de lei de natureza processual.

Em resumo, a Lei n.º 7.347/85 é formal, sendo, além disso, lei de aplicação nacional, mas de caráter ordinário¹. Não poderia ter natureza jurídica diversa. Embora por vezes verse sobre direito material, a sua essência é servir como instrumento processual e a esta função dedica-se quase todo diploma. Evidentemente, também não poderia ter aplicação local porque os direitos por ela tutelados - e que serão estudados em tópico específico - são de suma importância. Se a lei fosse local, não se conseguiria êxito na tutela de tais direitos. Por fim, é ordinária pelo rito legislativo de criação que seguiu.

¹ No direito brasileiro, há duas espécies de leis: as complementares, que visam a regular matérias especificamente a elas destinadas pela Constituição Federal, e as ordinárias, que regulam qualquer outra matéria que não tenha sido objeto de reserva por parte da Carta Magna.

1.2. Terminologia

O termo ação civil pública não revela a pretensão deduzida nesta espécie de ação, ao contrário do que ocorre com boa parte das constantes no Código de Processo Civil. Assim, quando em contato com o termo ação civil pública, não se deve esperar uma ação cujo *petitum* seja para assegurar exclusivamente um direito público, sob pena de ingressar-se em erro grosseiro. Por vezes, pode ocorrer da ação civil pública versar sobre direito privado, por exemplo, quando seu objeto seja a tutela de interesses individuais homogêneos. Assim, o sentido atribuído ao vocábulo “pública” no *nomen juris da ação* revela apenas a sua natureza, ou seja, é uma ação cuja titularidade, na quase totalidade das hipóteses de legitimação ativa, cabe ao Poder Público², além do fato de que não são apenas os titulares dos interesses particulares os legitimados para a deflagração desta espécie de ação (CARVALHO FILHO, 1999, p.2-3). Além disso, é importante destacar não ser objeto único do processo a tutela exclusiva de interesses públicos, pois é cabível a tutela, por meio desta ação, dos direitos individuais homogêneos como se analisará em tópico específico (MANCUSO, 2004, p. 21-23). Já o vocábulo “civil”, constante do *nomen juris*, pretende apenas identificar que este tipo de ação possui natureza não penal e, por conseguinte, não terá por escopo a condenação pela prática de ilícito penal.

Interessante notar que os bens tutelados quando da criação da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP) eram mais restritos, isto é, não era abarcada por tal ação uma gama tão extensa de direitos. Contudo, como na prática esta ação revelou-se instrumento hábil no combate às práticas que atormentavam a sociedade e que não encontravam na legislação processual instrumento de defesa correspondente, aos poucos, foi crescendo o rol de direitos tutelados. Esse foi um fenômeno bastante interessante, sobretudo ao se levar em conta que o texto da LACP da forma como foi publicado em 1985 não contemplava os

² Observa-se que são legitimados para propor a ação civil pública não só o Ministério Público, como também outros órgãos públicos e mesmo entidades de natureza privada.

interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, a ordem econômica nem a economia popular.

2.3. Objeto e bens protegidos

Obtém-se a tutela do objeto, ou seja, do bem jurídico pretendido, por intermédio do pedido constante na inicial da ação. Na lição de Santos estes podem ser classificados em duas espécies que interessará neste trabalho:

o pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor. Aqui será o recebimento de um crédito: ali, a entrega de uma coisa, móvel ou imóvel ou o preço correspondente (Apud MANCUSO, 2004, p. 33).

Carvalho Filho expõe que:

O pedido divide-se em duas partes, sendo uma relativa à providência jurisdicional que busca do órgão julgador para proteger o seu direito (pedido imediato), e a outra pertinente à utilidade que a parte intenta obter com a decisão (pedido mediato). Este último é o que consiste no bem material ou imaterial pretendido pelo autor.

A ação civil pública também não poderia deixar de servir à tutela de determinada categoria de direitos, razão por que constituirá sempre objeto mediato da ação a utilidade decorrente da proteção ao direito invocado, a ser alvo de desfrute pelo autor. Esses bens jurídicos protegidos pela Lei nº 7.347/85 se encontram nos incisos I a V do art. 1º (1999, p. 14).

No caso da ação civil pública, esta tem por objeto, conforme arrolado no art. 1º de referida lei, a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística à ordem econômica e à economia popular, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

2.3.1 Meio ambiente

O art. 3º, I, da Lei n.º 6.938/81 traz conceito amplo para meio ambiente, definindo-o como: “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Mazzilli (2006, p. 145) distingue o meio ambiente de três formas:

- a) meio ambiente natural (os bens naturais, como o solo, a atmosfera, a água, qualquer forma de vida);
- b) meio ambiente artificial (o espaço urbano construído);
- c) meio ambiente cultural (a integração do homem ao ambiente, como o urbanismo, o zoneamento, o paisagismo, os monumentos históricos, assim como os demais bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, históricos, arqueológicos etc), neste último incluído o próprio meio ambiente do trabalho.

A Constituição Federal assegura a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Reserva a esta matéria um capítulo inteiro (Capítulo VI, artigo 225), disciplinando, até mesmo, as incumbências do Poder Público.

A Constituição atribuiu competência concorrente para União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VI, CF) legislarem sobre a matéria. Sendo assim, compete à União estabelecer normas gerais e amplas de preservação do meio ambiente (art. 24, § 1º, CF) enquanto aos Estados e ao Distrito Federal está reservada competência suplementar (art. 24 § 2º).

A Constituição é omissa no que tange à competência legislativa dos Municípios para tratarem da matéria. Todavia, não se pode olvidar que a Carta Magna atribuiu competência aos Municípios para legislarem sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF) e sobre matéria suplementar a legislação federal e municipal no que couber (art. 30, II, CF).

Sendo assim, conclui-se que é de responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e também dos Municípios criarem normas de proteção ao meio ambiente e zelarem pela sua proteção e preservação. É nesta perspectiva que surge a ação civil pública. Esta veio como meio de instrumentalizar esta tutela ao meio ambiente.

2.3.2 Direitos do consumidor

A proteção ao consumidor está inserida na Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII). Apesar de o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecer o prazo de 120 dias para a

elaboração do Código de Defesa do Consumidor, este só foi instituído em 11 de setembro de 1990, com o advento da Lei n.º 8.078.

Os direitos do consumidor não estão inseridos apenas no rol dos direitos fundamentais dentro do texto constitucional. Também estão inseridos dentro dos princípios da ordem econômica e financeira. É o que revela o art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

Há compatibilidade entre o artigo 170 e artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, pois as relações de consumo estão dentro do campo da ordem econômica, constituindo-se em pilar desta (CARVALHO FILHO, 1999, p.20).

Não se pode olvidar que o art. 150, § 5º, da CF impõe o esclarecimento dos consumidores no que concerne aos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços. Este não deixa de ser mais um direito do consumidor amparado pela Carta Magna.

Neste caso, a competência legislativa é concorrente. À União compete a produção de normas gerais e amplas, ao passo que aos Estados e Distrito Federal está reservada a competência suplementar ao moldes do ditado no art. 24, VIII e art. 24, § 2º, ambos da CF.

O Código de Defesa do Consumidor conceitua consumidor como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Todavia, para corrente doutrina, esta definição é insuficiente, sendo necessária a observação de outros critérios. Filomeno esclarece: “Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços como destinatário final, pressupondo-se que assim age

com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial” (GRINOVER, *et al*, 2005, p. 27). Para o mesmo autor (*idem*, p. 31-32):

Abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendemos por ‘consumidor’ qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.

omissis

Prevaleceu, entretanto, a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como ‘consumidores’ de produto e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.

Segundo o CDC, fornecedor, por seu turno, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, conclui Filomeno (GRINOVER, *et al*, 2005, p. 43):

“Tem-se, por conseguinte, que fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual”.

O CDC surgiu com o escopo de reestruturar a relação entre consumidor e fornecedor de tal forma que pudesse reequilibrá-la já que, até então, o consumidor era vítima de constantes abusos, dada sua hipossuficiência na relação consumerista. A partir desta concepção, o CDC buscou formas de proteção aos consumidores - parte mais frágil na relação – e de institutos que pudessem assegurar seus direitos.

Um desses institutos foi a ação civil pública³ que, após o advento do CDC, passou a ser ainda mais utilizada como instrumento processual para se assegurar a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁴.

³ Embora a Lei de Ação Civil Pública – Lei n.º 7.347/85 – seja anterior a publicação do Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90, este reafirmou a utilização da ação civil pública como forma de tutela dos direitos do consumidor na medida em que não revogou o art. 1.º, II, da LACP, tendo, tão somente, ratificado este artigo.

2.3.3 *Ordem urbanística e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*⁵

A Constituição Federal, ao tutelar esta espécie de bens e direitos, utilizou-se de expressão mais genérica da qual estes são apenas espécies. Assim, em seu art. 129, III, a Carta Magna empregou a expressão “patrimônio público e social” enquanto a Lei n.º 7.347/85, quando de sua publicação, recorreu a termos mais particulares: valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Entende-se acertada a terminologia utilizada pelo constituinte quando da elaboração da Constituição Federal, porque a noção de patrimônio público e social é mais ampla do que a de patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esta imperfeição do texto da LACP foi corrigida, com o advento da Lei n.º 10.257, de 10/07/01. O Estatuto da Cidade, como esta lei é conhecida, alterou o inciso III do art. 1º da Lei n.º 7.437/85, dando nova redação. Agora ao invés de “valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, a proteção é dado à “ordem urbanística”, termo mais genérico, que tem alcance mais apropriado aos propósitos da lei.

No contexto em que patrimônio público e social é empregado do texto constitucional, não se deve entender patrimônio em sua definição clássica do direito civil, uma vez que na Constituição Federal dá-se a este termo também o cunho não-econômico. Logo, constitui patrimônio não só os bens que possam ser convertidos em pecúnia, mas também aqueles que não possam representar expressão monetária e exteriorizem alguma forma de interesse quer por seu valor de estimação, quer por seu valor científico, quer por seu valor histórico etc. Mazzilli (GRINOVER, *et al*, 2005, p. 43) ensina:

Patrimônio público é o conjunto dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, arqueológico ou turístico, ou ainda de caráter ambiental. O próprio meio ambiente é considerado patrimônio público de uso coletivo.

⁴ A distinção entre interesse ou direito difusos, coletivos e individuais homogêneos será dada mais adiante quando estivermos analisando o inciso V do art. 1º da LACP.

⁵ Ainda que a Lei n.º 10.257/01 tenha dado nova redação ao inciso III da Lei n.º 7.347/85, será explicado, neste tópico, a acepção dos termos “valor estético cultural, histórico e paisagístico”, para que se possa ter noção do que a ordem urbanística abrange, já que é gênero do qual aqueles são espécies.

A competência para legislar sobre a matéria é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VII e VIII, CF). Já para os Municípios, ao contrário do verificado sobre meio ambiente e direito do consumidor, a competência é expressa, estando assegurada no art. 30, IX, CF.

2.3.4 Interesses difusos e coletivos

O inciso V do art. 1º da LACP dispunha sobre a proteção de “qualquer outro interesse difuso”. Contudo, tal dispositivo foi vetado. Observou-se aqui grande equívoco do Presidente da República porque importantes interesses ficaram sem a tutela da ação civil pública como, por exemplo, a defesa do contribuinte, os direitos dos participantes de programa habitacional em massa, minorias étnico-sociais, pequenos acionistas em sistemas populares de captação de poupança e pessoas lesadas por grandes conglomerados financeiros (MANCUSO, 2004, p. 44-45).

Esta situação modificou-se com a Constituição Federal de 1988, pois o constituinte fez inserir no texto maior (art. 129, inciso III) que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, promover ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O art. 1º da LACP só teve sua redação alterada com o advento do Código de Defesa do Consumidor, ocasião em que o art. 110 deste diploma deu nova redação ao art. 1º daquele. Importante destacar que referido artigo foi alterado novamente pela Lei 10.257/01, tendo sido este inciso renumerado.

Apesar das definições de direitos difusos e coletivos estarem insertas no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, sua aplicação não se restringe às lides consumeristas, sendo recorrente seu emprego em outras áreas. Assim, consideram-se interesse ou direitos difusos aqueles de natureza indivisível e que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas

por circunstâncias de fato. São interesses ou direitos coletivos, os de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por fim, são interesses ou direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum. Sobre a matéria, Grinover (1984, p. 30-31) leciona:

É metaindividual também o interesse público, exercido com relação ao Estado. Mas esse interesse (à ordem pública, à segurança pública) constitui interesse de que todos compartilham. E o único problema que pode suscitar ainda se coloca na perspectiva clássica do conflito indivíduo contra Estado.

Já por interesse coletivo entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregar todos os empregados de uma determinada categoria profissional. Mas ainda não estamos no plano dos interesses difusos.

O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos interesses difusos propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida. E essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massa, contrapondo grupo versus grupo, em conflito que se coletivam em ambos os pólos.

Ressalta-se que os interesses coletivos são próprios de um número amplo de pessoas, contudo, este número é determinável, e, ademais, estes indivíduos estão unidos por um vínculo jurídico comum que os envolve. Embora os interesses difusos também tratem de direitos de natureza indivisível, seus titulares constituem número indeterminável de pessoas que estão ligadas por mera relação de fato, ou seja, por um acidente do acaso. Não há aqui relação jurídica que sirva de elo entre elas o que torna os interesses difusos mais amplos que os coletivos.

Assim, a pretensão ao meio ambiente hígido, por exemplo, é interesse difuso, na medida em que, compartilhado por número indeterminado de pessoas, não pode ser, entre estes, dividido. Nem mesmo a indenização aferida a partir da reparação a eventual dano pode

ser repartida entre os habitantes de uma localidade. Estariam incluídos no rol de indivíduos lesados pela degradação ambiental os futuros moradores e gerações futuras. Já como exemplo de interesse coletivo, tem-se a nulidade de cláusula de contrato de trabalho, acordo coletivo ou convenção coletiva. Os atuais trabalhadores formam um grupo determinado de pessoas que se unem por um vínculo jurídico comum: o contrato de trabalho, acordo coletivo ou convenção coletiva (MAZZILLI, 2006, p. 51-53).

2.3.5 *Interesses individuais homogêneos*

A LACP não prevê os interesses individuais homogêneos como objeto da ação civil pública. Contudo, o art. 91 do CDC, ao utilizar a expressão “ação coletiva” possibilitou a utilização da ação civil pública – que em verdade, não deixa de ser uma ação civil coletiva – para instrumentalizar esta proteção.

O art. 81 do CDC explica que os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum. Neste ponto, tal conceituação deixou a desejar, considerando-se que os interesses difusos e os coletivos também têm origem comum. Nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis e o objeto é divisível. Como exemplo, têm-se os compradores de veículos com o mesmo defeito de série. Há uma relação jurídica comum, o grupo é ao menos determinável, pois será possível identificar quais os consumidores que adquiriram veículo com defeito, e a indenização resultante também será divisível entre eles. (MAZZILLI, 2006, p. 53-55)

Carvalho Filho (1999, p. 30-31) faz importante distinção entre os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos e coletivos:

A categoria dos interesses individuais homogêneos guarda distinção fundamental em relação aos interesses coletivos e difusos: enquanto estes são transindividuais, porque o aspecto de relevo é o grupo, e não seus componentes, aqueles se situam dentro da órbita jurídica de cada indivíduo. Por outro lado, os direitos transindividuais são indivisíveis e seus titulares são indeterminados ou apenas determináveis, ao passo que os individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares são determinados.

No que toca aos direitos individuais homogêneos, muito embora haja muitos indivíduos no grupo, cada um deles tem direito próprio, que pode variar sob os aspectos qualitativo e quantitativo. Nesse grupo, por exemplo, é possível que do fato-origem comum surja para A o direito indenizatório de 100 por dano patrimonial, e para B o direito de 200 por dano patrimonial e 50 por dano moral, hipóteses em que este último direito é quantitativa e qualitativamente diverso do primeiro.

Assim, pode-se pensar que esta categoria de interesses seria incompatível com o próprio espírito da ação civil pública, a qual tem por escopo proteger direitos de uma coletividade. Todavia, ela pode buscar uma condenação genérica para os integrantes do grupo de modo a que estes, *a posteriori*, venham a buscar a individualização da sentença específica. Desta forma, a ação civil pública estaria tutelando os direitos de um grupo e não exclusivamente os de um integrante deste.

Portanto, retornando ao exemplo trazido por Carvalho Filho, a ação civil pública, buscaria a condenação pura e simples, cabendo aos membros do grupo buscarem separadamente, na liquidação, o valor que lhes concerne, ou seja, A o montante de 100 por dano patrimonial e B 200 por dano patrimonial e 50 por dano moral.

É neste contexto que é possível a utilização da ação civil pública, tendo como objeto os interesses individuais homogêneos, uma vez que se preserva a natureza daquela sem se desvirtuar a essência destes.

Apesar da possibilidade de aplicação de ação civil pública para a tutela de interesses individuais homogêneos, a mesma não é cabível como veículo de pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, por força de alteração promovida na LACP pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.01.

2.3.6 Ordem econômica e economia popular

A Constituição de 1934, recebendo influência alemã, foi a primeira a trazer em seu bojo a idéia de ordem econômica ao tratar de normas e princípios que regulamentam e servem de fundamento a esta.

A necessidade de tornar constitucional este tema adveio da tentativa de ordenar-se a economia que sofria efeitos negativos gravíssimos atribuídos ao liberalismo econômico clássico. Pregava este, como já é cediço, que a economia não devia sofrer influência estatal, fluindo e crescendo sem intervenção alguma, regulando-se apenas pelos princípios básicos da livre concorrência, da lei da oferta e da procura.

Silva (2006, p. 787) apropriadamente trata deste tema, ensinando que:

Esse embate entre o liberalismo [escrevemos em outro livro] com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos.

A ordem econômica foi introduzida no universo de proteção da ação civil pública por intermédio da Lei n.º 8.884, de 11/06/1994 – conhecida como Lei do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Esta dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Posteriormente, a Medida Provisória n.º 1.984-18, de 01/06/2000, alterou novamente o inciso V da Lei de ação civil pública, inserindo neste a expressão economia popular. Com isso, quis o legislador ampliar o âmbito de incidência desta ação. A expressão economia popular refere-se à condição econômica do indivíduo isoladamente, enquanto a expressão ordem econômica é utilizada para designar o sistema econômico global, fiscalizado pelo Poder Público. A primeira é integrante da segunda, mas dela se distingue (CARVALHO FILHO, 1999, p. 34-35).

Nos arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94 estão previstas várias práticas que constituem infração à ordem econômica. Mister destacar que as condutas tipificadas em tais artigos não

prescindem do elemento culpa, o que representa verdadeiro avanço nesta espécie de legislação e na repressão destas práticas abusivas.

Reprimir estes tipos de conduta é dever do Estado que precisa manter o equilíbrio entre os fornecedores e consumidores para assegurar a própria ordem social. Isto só é possível na medida em que o Estado procura medidas efetivas para coibir a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Infelizmente, o Estado brasileiro não tem se mostrado eficiente nesta árdua missão. Ao contrário, mostra-se cada vez mais dependente de grupos econômicos internacionais, sujeitando os interesses sociais aos interesses estrangeiros, o que tem acarretado o aumento das mazelas sociais.

2.3.7 *Pedido imediato*

O art. 3º da Lei n.º 7.347/85 revela que o pedido imediato da ação civil pública é condenatório, *in verbis*: “A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação”.

Sendo assim, o requerido, que figura como sujeito passivo na relação processual, pode ser condenado, em sede de ação civil pública, a uma obrigação positiva – fazer ou pagar determinada importância – ou, ainda, a uma obrigação negativa – obrigação de abster-se de determinado ato.

Mister esclarecer que, apesar da obrigação à primeira vista parecer alternativa pela redação dada ao art. 3º da LACP, em verdade, pode haver cumulatividade. Assim, pode haver condenação ao pagamento de multa e o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer algo. Desta forma ensina Carvalho Filho (1999, p. 68):

Reza o artigo sob comento que a ação civil pública pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. No texto parece estar, à primeira vista, uma alternativa a ser enfrentada pelo autor: ou formula pedido de condenação em dinheiro, ou pleiteia seja cumprida obrigação de fazer ou não fazer. A alternativa da lei, todavia, não impede a **cumulatividade** desses tipos de pedido. Dependendo da situação ofensiva ao interesse difuso ou coletivo que o autor pretenda coibir, pode ele pleitear o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer cumulado com o pedido indenizatório.

Portanto, pode haver a cumulação de uma obrigação de fazer ou não fazer, com o pagamento de dinheiro.

2.4 Legitimidade de agir

A legitimidade *ad causam* é uma das condições da ação, mediante a qual se busca a demonstração da pertinência subjetiva da parte para a causa. A sua ausência acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito (CÂMARA, 2004, p. 122-124)

Todavia, tal conceituação é insuficiente para se precisar os legitimados para a ação civil pública. Isto porque, como visto anteriormente, esta espécie de ação tem como objeto direitos metaindividuais, tornando-se quase impossível determinar quem exercerá o direito de ação e estará devidamente legitimado para isso, dado o caráter indivisível do direito e, muitas vezes, dos titulares. Apropriadas para o tema, as palavras de Mancuso (2004, p. 130-132):

Esse esquema, porém, não pode ser trasladado perfeitamente à legitimação para agir nas ações ‘coletivas’, onde o objeto tutelado é metaindividual, como se dá na ação civil pública da Lei 7.347/85. E isso porque, simplesmente, não se vai encontrar o ‘titular’, o ‘dono’, do interesse objetivado, dada a inviolabilidade de sua ‘partição’ ou ‘fracionamento’ (a chamada ‘indivisibilidade do objeto’) e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos ‘titulares’ (a chamada indeterminação dos sujeitos) Basta pensar, v.g., nos consumidores de certo produto (lei 7.347/85, art. 1º, II; do CDC, art. 2º) quantos são? Quais são? Ou ainda, no caso da tutela ao meio ambiente a quem concerne o interesse pela preservação do pantanal matogrossense: aos ‘pantaneiros’ somente? Aos habitantes do Estado? Aos brasileiros? Ou já a toda a humanidade, já que se trata de um santuário ecológico cuja defesa extravasa os lindes meramente geográficos?.

Assim, já antevendo as possíveis complicações no campo doutrinário e antecipando a sua solução, o legislador fixou a legitimação ativa na ação civil pública no próprio corpo da lei. Pela própria intenção do instituto da ação civil pública não se pode conceber que aqui haveria um único interessado, um único titular da pretensão deduzida, já que originalmente tal instituto foi criado para proteger interesses amplos, pertencentes a toda uma coletividade, interesses sociais.

2.4.1 Ministério Público

Além do artigo 5º da LACP, a legitimação do Ministério Público para propor a ação está prevista nos artigos 129, III, da Constituição Federal, 25, IV, Lei n.º 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - e 6º, VII, Lei Complementar n.º 75, de 20/5/93.

O Ministério Público tem organizado os seus membros em promotorias especializadas para a tutela dos interesses protegidos na LACP. No caso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foram criadas promotorias de defesa do meio ambiente e patrimônio cultural (PRODEMA); promotoria de defesa do patrimônio público e cultural (PRODEP); promotoria de defesa da ordem urbanística (PROURB); promotoria de defesa do consumidor (PRODECON) etc. Já o Ministério Público Federal divide a atuação dos procuradores em grupos temáticos. Logo, determinados procuradores atuam exclusivamente em área relativa ao meio ambiente e proteção dos povos indígenas; outros, no combate à improbidade e à fraude em procedimentos licitatórios etc.

O que se pretende com a especialização do serviço é habilitar profissionais cada vez mais capacitados e com áreas de atuação específica, viabilizando, desta forma, a melhor tutela dos interesses metaindividuais.

Imperioso ressaltar, todavia, que o Ministério Público não detém legitimidade exclusiva para propor a ação civil pública, pois a legitimação é concorrente podendo ajuizá-la qualquer das pessoas tratadas a seguir.

2.4.2 Defensoria Pública

A Lei n.º 11.448/07 inovou ao acrescentar a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Entende-se acertada a alteração legislativa na medida em que referida instituição é essencial à função jurisdicional do Estado, com previsão constitucional nos artigos 134 e 135 da Carta Magna. Somado a isso, destina-se ela à

orientação jurídica e defesa dos necessitados na forma do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal o que coincide muitas vezes com as pessoas atingidas pelas violações aos objetos jurídicos tutelados pela Lei n.º 7.347/85, viabilizando, por conseguinte, o efetivo acesso ao Judiciário.

2.4.3 União, Estados, Distrito Federal e Municípios

O legislador atribuiu à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legitimidade para, em juízo, ingressar com a ação civil pública. Por serem integrantes da federação, têm interesse na tutela de direitos coletivos e difusos da coletividade que representam. Além disso, tais entidades são dotadas de capacidade de auto-administração, razão porque podem dedicar-se à proteção dos interesses de toda a coletividade (CARVALHO FILHO, 1999, p. 130). Acertada a lei quando coloca os entes da federação como legitimados para a ação civil pública porque estes podem representar a coletividade de pessoas que os integram quando o direito é claramente de interesse de todos. Mais do que figurarem como legitimados ativos ou meramente passivos, há, ainda, a possibilidade de um ente figurar no pólo ativo enquanto o outro figurará no pólo passivo em uma mesma lide, ainda que a população interessada pertença a ambos. Assim, o Estado pode ajuizar ação civil pública contra a União porque um prédio federal foi construído em área estadual em desacordo com a ordem urbanística local.

2.4.4 Autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação

As autarquias, as empresas públicas, as fundações públicas e as sociedades de economia mista integram a Administração indireta. Realizam atividades de interesse do Estado e, por isso, o Estado ainda detém certa participação nestas instituições quer na sua administração interna ou mesmo na sua criação. Contudo, estas atuam no mercado de forma indireta e descentralizada.

Já as fundações privadas e as associações têm natureza essencialmente privada e pertencem à iniciativa particular. A grosso modo, são formas de particulares organizarem-se.

Assim, o art. 5º da Lei. 7.347/85 assegurou aos entes da Administração indireta legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, sem condicionar tal exercício. Estes entes podem propor referida ação, ainda que atuem exclusivamente em interesse próprio, desde que o litígio verse sobre direitos tutelados pela ação civil pública.

Antes da alteração promovida pela Lei n.º 11.448/07, parte da doutrina entendia que mesmo os entes da Administração indireta deveriam obedecer ao requisito institucional, ou seja, para propor ação civil pública deveriam provar finalidade institucional compatível com o objeto da ação. A jurisprudência, contudo, havia firmado entendimento em sentido contrário, como se percebe a partir de decisão, por maioria, do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema: “Processual - Legitimidade - Ação civil pública - Requisitos – Lei 7.347/85 (art. 5º, I, e II). A empresa pública está legitimada para o exercício de ação civil pública. Para tanto, não necessita adimplir os requisitos enunciados no art. 5º, I e II da Lei 7.347/85”⁶.

⁶ Superior Tribunal de Justiça, RESP 236499/PB; Recurso Especial (1999/0098554-0), Fonte DJ data: 05/06/2000, pg: 00125, Relator Min. Garcia Vieira (1082), Relator p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros (1096), Data da Decisão: 13/04/00, Órgão Julgador: T4, Quarta Turma, Por maioria (3 x 2). Merece destaque o seguinte trecho do voto do Exmo. Sr. Min. Humberto Gomes de Barros: “Parece-me que o *caput* faz duas referências autônomas. A primeira delas é relativa à autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista. E vem um *ou*; essa conjunção é alternativa, refere-se à associação e, continuando esse complemento – referindo-se somente à associação – dispõe: *que seja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil*. A outra referência coloca as duas condições para o exercício da ação civil pública. Estas condições referem-se estritamente às associações, não inseridas no arrolamento anterior, quais sejam, as autarquias, as sociedades de economia mista e fundações, ou empresas públicas. Para as empresas públicas, estas duas exigências – de serem constituídas há pelo menos um ano e de inserir entre as suas finalidade de proteção ao meio ambiente, etc -, não se aplicam: basta que a empresa pública, como no caso, tenha acesso à ação civil pública e à ação cautelar, independentemente de estar constituída há pelo menos um ano, ou de incluir entre as suas finalidade institucionais, especificamente a proteção a esses bens de vida”. O Exmo Sr. Min. José Delgado (presidente) acrescenta que: “A meu ver, há um choque, se interpretarmos que só será possível interpor ação principal e ação cautelar para a defesa desses direitos aqui mencionados: autarquias, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista, por exemplo, que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil. Primeiramente, as autarquias e empresas públicas não são constituídas nos termos da lei civil, mas sim, no termos da lei de direito público. Aqui também não se estabelece se fundação de direito público ou privado, mas percebe-se, pela mensagem da lei, tratar-se de fundação de direito público porque está dentro de um conjunto. Peço vênua ao Sr. Ministro Garcia Vieira para entender que, neste caso, os incisos I e II só estão se referindo à associação. Se o legislador pretendesse dar esta interpretação, primeiramente, ele não teria colocado nos termos da lei civil no inciso I e, no lugar do ‘ou’ teria colocado ‘e’ e poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação que esteja constituída há pelo menos um ano’ teria parado aí”.

Nesse sentido foi a alteração legislativa, restando claro não haver necessidade de as autarquias, as empresas públicas, as fundações e as sociedades de economia mista demonstrarem finalidade institucional compatível com o objeto da ação.

No que tange à legitimidade das associações, mister esclarecer que esta é condicionada à presença dos requisitos contidos nas alíneas “a” e “b”, do inciso V do art. 5º da Lei n.º 7.347/85, quais sejam: estarem constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei e terem por finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Logo, é necessário preencher uma condição formal – estar constituída nos termos da lei, uma condição temporal – estar constituída, no mínimo, há um ano – e uma condição institucional – ter finalidade conforme com o estabelecido na alínea b.

Imperioso acrescentar que o interstício mínimo de um ano pode ser dispensado pelo magistrado quando houver manifesto interesse social, em razão da dimensão ou característica do dano, ou, ainda, se o bem jurídico protegido for relevante, consoante parágrafo 4º do artigo 5º da Lei n.º 7.347/85 e entendimento jurisprudencial⁷.

2.4.5 *Entes despersonalizados*

É regra no Código de Processo Civil que, para postular em juízo, a parte deva possuir capacidade processual e, para tanto, deve ter personalidade jurídica. Excepcionalmente, foi atribuída a entes despersonalizados a capacidade processual, como

⁷ Neste sentido: Superior Tribunal de Justiça, RESP 121067/PR; Recurso Especial (1997/0013320-6), Fonte DJ data: 25/06/2001, pg: 00182, Relator Min. Barros Monteiro (1089), Data da Decisão: 17/04/2001, Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma, Por Unanimidade, Ementa: Caderneta de poupança. Diferença de rendimentos. Legitimidade de parte ativa de associação de defesa do consumidor. Dispensa do requisito da pré-constituição. Relação de consumo. Defesa dos direitos individuais homogêneos. Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação. O código de defesa do consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes. A ação civil pública é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores. Orientação imprimida pela C. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (RESP Nº 106.888-PR). Recurso Especial conhecido e provido para afastar a extinção do processo sem conhecimento do mérito.

acontece com a massa falida, o espólio, a herança jacente e o condomínio. Mas estes casos constituem verdadeiras exceções à regra processual.

O CDC inovou ao contemplar em seu art. 82, III a possibilidade de órgãos da Administração direta ou indireta, sem personalidade jurídica, ajuizarem ação em defesa de direitos dos consumidores.

Como o art. 82 do CDC está inserido dentro do Título III que deve ser usado como legislação complementar à LACP (art. 24 da Lei n.º 7.347/85), entende-se que, por força do CDC, os órgãos despersonalizados da administração estão legitimados a ajuizar a ação civil pública. Assim, por exemplo, pode um departamento de proteção ao consumidor ou de defesa do meio ambiente, integrantes de determinada secretaria de governo estadual, ajuizar ação civil pública (CARVALHO FILHO, 1999, p. 138-139).

Acrescente-se, ainda, que não estarão legitimados apenas para ir a juízo defender direitos do consumidor, mas todos os bens tutelados pela ação.

A atribuição de legitimidade ativa para órgãos despersonalizados da Administração representa grande avanço na legislação pertinente a ação civil pública. Desta maneira, desburocratizou-se o acesso de órgãos que por estarem mais próximos das dificuldades dos cidadãos podem, com mais eficiência e celeridade, combater as infrações ao meio ambiente, à legislação consumerista e à ordem econômica.

2.5 Coisa julgada

A Lei nº 9.497/97 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.570/97)⁸ deu nova redação ao art. 16 da LACP, fazendo inserir neste a expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

⁸ Foi ajuizada a ADIN 1.576-1 contra a Medida Provisória 1.570/97, onde o Rel. Min. Marco Aurélio negou medida liminar. Contudo, houve perda de objeto em tal ADIN.

Parte da doutrina critica tal alteração. Neste sentido Nery Junior e Nery (*Apud* MAZZILLI, 2006, p. 249) ensinam:

Confundiram os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes*, isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada têm a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é divorciada no Rio de Janeiro. Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar o seu território, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista.

Excessiva foi a intervenção do Poder Executivo na redação do art. 16 da LACP.

As críticas devem ser severas e incisivas para que se possa evitar a perpetuação de equívocos desta categoria.

É absurdo imaginar que se pretendia limitar os efeitos de uma decisão judicial.

Não se trata de limitar a competência do ajuizamento, nem a competência para conhecer da matéria. A questão é relativa aos efeitos da decisão prolatada. Se não se pode conceber que em lides “convencionais”, onde o efeito é apenas entre as partes envolvidas no litígio, este seja limitado, muito menos nas demandas coletivas, sob pena de se legitimar decisões incongruentes e absurdas.

Assim, por exemplo, se uma determinada área de preservação ambiental está localizada em dois municípios limítrofes e está sendo degradada, eventual decisão do Juízo do município A só produzirá efeitos sobre a parte da área ambiental que ocupar estritamente o território de A e não toda a área da reserva. Concordar com isso é equivocado porque o provimento judicial seria, na prática inócuo, haja vista que a área sofreria dano sério e irreversível que se estenderia ao território do município A. Isto ocorreria porque o art. 16 da LACP prescreve que os efeitos serão produzidos apenas na extensão onde incide a competência territorial do órgão. Logo, pode-se concluir que a alteração realizada pelo legislador foi bastante infeliz, representando verdadeiro atraso na matéria.

A coisa julgada tem o condão de tornar imutável a parte dispositiva da decisão.

Nery Junior e Nery definem a coisa julgada material como sendo “a qualidade que torna

imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LICC 6.º §3.º), nem à remessa necessária do CPC 475” (2006, p. 593).

A regra no processo civil é que a coisa julgada atinja exclusivamente as partes que estão envolvidas na lide, tendo força de lei entre as partes – art. 468 e 472 do CPC. Todavia, na ação civil pública, em função da natureza dos direitos tutelados, o legislador ampliou o efeito da coisa julgada que não mais atingirá apenas as partes envolvidas na questão, pois passou a atribuir à coisa julgada efeito *erga omnes*. Significa dizer que a coisa julgada incidirá não só sobre as partes, mas também atingirá terceiros que não figuram como partes no processo.

Segundo a regra do art. 16 da Lei nº 7.347/85, a coisa julgada *erga omnes* não incidirá quando o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas.

Contudo, necessário esclarecer que a regra não é tão simplória, pois se deve lê-la em consonância com o art. 103 do CDC. Assim, se for interesse difuso, a sentença transitada em julgado será abarcada com efeitos *erga omnes*, já que o direito tutelado pertence a um número indeterminado de pessoas, é indivisível e referidas pessoas estão ligadas por um vínculo fático. Se houver improcedência por falta de provas, a sentença não será abarcada pelo efeito *erga omnes* quando do trânsito em julgado, viabilizando o ajuizamento de nova ação quando se reunir material probatório suficiente para tal. De outro modo não poderia ser, pois pertencendo o interesse difuso a pessoas indetermináveis, os efeitos externos da coisa julgada naturalmente beneficiarão qualquer terceiro e não apenas as partes do processo.

Se for interesse coletivo, a sentença terá efeitos *ultra partes*, isto é, os efeitos só atingirão o grupo, categoria ou classe, pois neste caso o interesse pertence a um número determinável de pessoas, integrantes de um mesmo grupo, categoria ou classe que se encontram unidas com a parte contrária ou entre si por um vínculo jurídico. Neste caso, os

efeitos externos da coisa julgada estarão restritos ao grupo, categoria ou classe, pois a este pertence o interesse tutelado. Apesar de não atingirem exclusivamente as partes processuais, também não atingirão número indeterminável de pessoas como ocorre no interesse difuso, podendo-se identificar quem serão os terceiros afetados pela coisa julgada.

Todavia, se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, a decisão não produzirá efeito *ultra partes*. Já se a improcedência for amparada em qualquer outro motivo, a sentença também será atingida pela eficácia *ultra partes*, mas em razão do disposto no art. 103, § 1º, do CDC, entende-se que apenas os legitimados para a propositura da ação civil pública é que sofrerão o efeito *ultra partes* e, assim, não poderão ajuizar nova ação. A eficácia externa, seja *ultra partes*, seja *erga omnes*, não pode prejudicar interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe.

Se for interesse individual homogêneo, a sentença produzirá efeitos *erga omnes* somente se for procedente. Assim, os lesados poderão ajuizar ação individual por dano mesmo em havendo improcedência do pedido na ação civil pública.

A sentença que julgar procedente o pedido formulado na ação civil pública, quer gere efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo do interesse coletivo tutelado, facilitará o acesso do particular à postulação de seu direito individual que tenha sido lesionado em decorrência do evento comum. Isto porque este não precisará ingressar em juízo movendo um processo de conhecimento com o escopo de ter seu direito reconhecido, pois tal desiderato já terá sido ultimado por meio da sentença obtida em ação civil pública. Caberá ao particular mover a devida liquidação, se necessária, e a execução (SOUZA, 2003, p. 209).

Se, por exemplo, for ajuizada ação civil pública para retirar do mercado produto nocivo à saúde pública e esta for julgada procedente, reconhecendo a sentença os danos, reais ou potenciais, decorrente do fato do produto, as vítimas poderão obter a devida reparação ingressando em juízo apenas para liquidar ou executar o julgado, sem necessidade de mover

um processo de conhecimento em que se teria que rediscutir a conduta lesiva, o nexo de causalidade etc (GRINOVER, 2005, p. 827).

Ocorre na ação civil pública, em razão dos efeitos previstos no art. 103 do CDC, a extensão subjetiva do julgado e a ampliação do objeto do processo *ope legis*. Assim, o dever de reparar as vítimas passa a integrar o pedido, tal como ocorre na ação civil *ex delicto*.

Percebe-se que o legislador inovou sobre as características da coisa julgada para as ações civis públicas. O Código de Processo Civil estatui no artigo 472 que a coisa julgada dá-se apenas entre as partes do processo – fenômeno *inter partes* – quer seja o pedido julgado procedente, quer improcedente. Todavia, o CDC passou a condicionar o efeito atribuído à sentença de acordo com o resultado obtido na sentença, passando a subordinar a eficácia da coisa julgada segundo o evento da lide – *secundum eventum litis*.

Por conseguinte, pode-se concluir que em caso de direito difuso, a sentença de procedência terá eficácia *erga omnes*. Se o pedido for improcedente por falta de provas, não terá tal eficácia, mas se for improcedente por qualquer outro motivo terá eficácia *erga omnes*. Em sendo o direito coletivo, a sentença de procedência terá eficácia *ultra partes* - limita-se ao grupo, classe ou categoria. Se a sentença for improcedente por falta de provas, não haverá eficácia *ultra partes*. Contudo, se for improcedente por qualquer outro motivo terá tal eficácia. Por fim, versando sobre direito individual homogêneo, a sentença de procedência terá eficácia *erga omnes*, enquanto que a sentença de improcedência não terá.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Conceito

A razão da existência do controle de constitucionalidade reside na adoção da Constituição como a lei suprema do Estado. Entende-se que a Constituição, como fruto dos anseios populares, deve ocupar posição hierarquicamente superior às demais legislações e, por isso, esta supremacia deve ser protegida.

Moraes (2005, p. 625-626) explica que:

a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

[Omissis]

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Silva (2006, p. 46) sustenta:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Assim, ao adotar o modelo proposto por Kelsen de escalonamento das normas, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo mecanismos para assegurar a supremacia da norma constitucional e, por consentâneo, abolir as normas com ela incompatíveis.

2.2. Origem histórica

A origem mais remota do controle de constitucionalidade remonta à Grécia antiga (POLETTI, 2000, p. 9-12). Acreditava-se até então em Atenas que as leis tinham origem divina e que cabia ao Areópago, tribunal com atribuições religiosas, a guarda e preservação de tais leis. Em 462 a.C., o sistema político instaurado em Atenas foi modificado por intermédio de uma reforma chefiada por Efialtes, chefe do partido democrático. Os poderes conferidos ao Areópago foram transferidos para a Assembléia popular e para os tribunais.

Contudo, referida reforma trouxe, em verdade, um grave perigo: a instabilidade das normas. Com a mudança do sistema e a transferência de poderes de um órgão para o outro, surgiu uma grande instabilidade. Pairava a idéia de que as leis haviam perdido seu caráter permanente, podendo sofrer mudanças a qualquer hora, de acordo com a opinião popular, extremamente volúvel, já que o Areópago não mais velava pela proteção das leis.

Percebendo o perigo iminente, Péricles, sucessor de Efialtes, na ocasião já falecido, criou o *graphé paranomón* para assegurar a estabilidade das normas e preservar a nova ordem surgida.

Segundo tal instituto, cabia a qualquer cidadão a guarda das leis, bastando deduzir, por escrito, sua pretensão e indicar o dispositivo que estava sendo infringido. Sua intenção devia, ainda, ser anunciada na Assembléia do povo antes ou depois da votação do dispositivo a seu ver ilegal. A simples declaração ante a Assembléia era suficiente para suspender a eficácia da norma e o pedido era julgado no tribunal composto por, no mínimo, mil jurados. A ilegalidade suscitada podia ser relativa a algum aspecto formal – vício no processo adotado para a criação do dispositivo – ou material – vício no conteúdo da norma. Se fosse comprovado que o vício era material, o autor da moção, e todos que tivessem votado de forma favorável a esta ficavam sujeitos a graves sanções e, uma vez condenado pela terceira vez, o cidadão perdia o direito de propor moção. Interessante notar que o prazo prescricional

para punição do autor da moção ilegal era de um ano, mas para anular-se a moção não havia prazo.

Após a experiência ateniense, merece destaque o controle experimentado no ordenamento inglês. Na Inglaterra, o controle de constitucionalidade surgiu como forma de limitar o poder do Parlamento e da Monarquia. Merece destaque a atuação do jurista Sir Edward Coke⁹, procurador público, quando em 1610, no caso Bonham¹⁰ emitiu pronunciamento no sentido de que o *common law* controla os atos do Parlamento, pois quando um destes atos vai contra o direito comum, torna-se impossível sua execução, dada a sua nulidade. Outros juristas também se posicionaram neste sentido em outras oportunidades. Todavia, a experiência parece constituir exceção no sistema inglês, ou seja, a iniciativa foi pouco prestigiada e o controle no direito inglês mostrou-se fraco e ocasional (POLETTI, 2000, p. 19).

Apesar destas duas ocorrências históricas, uma em Atenas e a outra na Inglaterra, foi no sistema americano que o constituinte brasileiro buscou inspiração. Baseado em julgados americanos que defenderam a tese do controle de constitucionalidade, o constituinte brasileiro de 1891 fez introduzir no ordenamento pátrio o controle. Frise-se que nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade surgiu a partir de construção jurisprudencial, onde havia a discussão exaustiva do instituto sem haver a positivação deste¹¹, enquanto que no Brasil o controle ocorre por força normativa, uma vez que o constituinte fixou no texto da Carta Magna tudo aquilo que importou do aclamado precedente americano.

A tese de que as Cortes Federais deveriam examinar a constitucionalidade dos atos do Congresso é anterior ao célebre caso *Marbury v. Madison*, origem do controle

⁹ Nascido em 1552 e falecido em 1634.

¹⁰ No original por Coke: “it appears sometimes in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them utterly void.” (*Apud* POLLETTI, Ronaldo. Ob. Cit., p. 18)

¹¹ Isto ocorre em função da herança inglesa de construir o direito de forma não-escrita.

brasileiro. Já em Convenções como a realizada em 1787 e mesmo em artigos como o Federalista, anterior à decisão do Juiz Marshall cerca de quinze anos, já se defendia a tese do controle de constitucionalidade consagrada na decisão de 1803 (POLETTI, 2000, p. 23-30).

Entretanto, o controle de constitucionalidade das leis só deixou de habitar o mundo das idéias a partir do caso *Marbury v. Madison* e, por isso, a importância da decisão prolatada nos autos deste processo. Para entendê-la, mister se faz a análise do contexto histórico. Adams era o Presidente dos Estados Unidos e acabara de ser derrotado nas eleições por Jefferson. Adams decidiu nomear seus correligionários para os cargos do Judiciário, como meio de lhes assegurar vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. John Marshall, então Secretário de Estado, foi nomeado Presidente da Suprema Corte. Marshall exerceu seu cargo de Secretário até as vésperas da posse do novo governo e, enquanto isso, entregou o maior número possível de títulos de nomeação dos correligionários, não tendo, contudo, conseguido entregar todos, dentre eles o que dava a William Marbury o direito ao cargo de Juiz de Paz no condado de Washington. Quando Jefferson assumiu a Presidência, determinou a James Madison, seu Secretário, que estes títulos, embora assinados e selados com o selo dos Estados Unidos, não fossem mais entregues.

Marbury notificou Madison para que apresentasse as razões pelas quais não fizera a entrega do título, tendo este se quedado inerte. Marbury, então, impetrou *writ of mandamus*. A Suprema Corte omitiu-se no julgamento da causa durante dois anos, o que desencadeou forte reação popular, chegando-se a cogitar em *impeachment* dos juizes daquele tribunal.

Marshall decidiu o causa reconhecendo o direito de Marbury a assumir o cargo de Juiz de Paz e, assim, tornando pública a opinião da Suprema Corte sobre o ato ilegal de Jefferson. Contudo, com receio de que o Presidente não cumprisse a ordem e desmoralizasse as decisões da Suprema Corte, Marshall não concedeu a ordem em face de uma preliminar: a incompetência da Corte para conhecer da causa. Segundo ele, a lei que dava suporte jurídico

ao *mandamus* era inconstitucional, porque atribuía competência à Suprema Corte para conhecer do *mandamus*, mas, tendo em vista que a competência da Corte fora fixada pela Constituição, só por ela poderia ser alterada, sendo inconstitucional a atribuição prevista na lei, mas não na Constituição.

Ronaldo Poletti explica que, com isso, Marshall “denegava o *mandamus*, pela preliminar de incompetência, ao mesmo tempo em que cristalizava uma doutrina incômoda para o Governo e favorável para os federalistas, que, afinal, estavam no Poder Judiciário” (POLETTI, 2000, p. 33).

Marshall, em tradução feita por Rui Barbosa (Apud POLETTI, 2000, p. 36), argumenta que:

Não há meio-termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modifica-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideram tais instrumentos como lei fundamental predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, se resume em que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível.

Assim, Marshall resolveu o problema sem ventilar a hipótese de a Suprema Corte ficar desprestigiada com o descumprimento de uma decisão sua e, por fim, abriu precedente histórico para o Judiciário americano, que acabou inspirando também o direito brasileiro.

2.3. O controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil

O controle de constitucionalidade brasileiro é considerado misto porque envolve tanto a forma difusa de apreciação de inconstitucionalidade, quanto à forma concentrada. Aquela esta prevista no art. 97 da Carta Magna e traz no próprio texto do artigo uma ressalva sobre a apreciação no sistema difuso. Esta, inscrita no art. 102, I, “a” e art. 125, ambos da

Constituição Federal, é de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça.

2.3.1. Sistema difuso

É conhecido também por controle incidental, por via de exceção ou defesa. Tem sua origem na célebre decisão no caso *Madison v. Marbury* estudada anteriormente. Nesta via, qualquer membro do Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Moraes (2005, p. 635-637) assim ensina:

Na via de exceção a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

[Omissis]

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação

A inconstitucionalidade só poderá ser declarada por voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial se houver, por força do art. 97 da CF. Esta é a regra que encontra exceção em recente decisão do Plenário do STF, publicada na RTJ 162/765:

versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo (*Apud* MORAES, p. 638-639).

De forma diversa não poderia ser o entendimento do STF, já que se tem buscado uma Justiça célere e dinâmica que atenda os clamores populares pelo restabelecimento da paz social de forma imediata. Daí o advento do novo parágrafo único do artigo 481 do CPC,

acrescentado pela Lei n.º 9.756, de 1998. O Professor Bernardo Pimentel Souza (2000, p. 342), expõe em sua obra:

Com efeito, os órgãos fracionários dos tribunais pátrios – até mesmo os do Supremo Tribunal Federal, por força do § 1º do artigo 176 do Regimento Interno de 1980 – não podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, salvo quando já existente precedente do órgão jurisdicional máximo do próprio tribunal ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal tratando do tema. Em suma, tirando a exceção prevista no parágrafo único do artigo 481 do Código, só o órgão jurisdicional máximo das cortes judiciárias pode declarar a inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo.

Uma vez decidida pelo STF, no caso concreto, a inconstitucionalidade, oficiará o Senado Federal para que este suspenda a execução, em todo ou em parte, da lei ou ato normativo do Poder Público tido como inconstitucional, por intermédio de uma resolução (art. 52, X, CF).

A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF está sujeita a dois efeitos: *ex tunc* e *ex nunc*. O primeiro surge quando o STF declara a inconstitucionalidade no caso concreto e, assim, desfaz a lei ou ato desde a sua origem, por ser ele nulo de pleno direito. Tal nulidade alcança, até mesmo, os atos praticados com base na tal lei ou ato porque a declaração de inconstitucionalidade retroage. O segundo, com eficácia *erga omnes*, surge quando o Senado Federal edita a resolução e só terá aplicação deste momento em diante, porque não tem o condão de retroagir. Silva (2006, p. 53-54) ensina:

Em primeiro lugar, temos que discutir a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via da exceção, e que se resolve pelos princípios processuais. Nesse caso, a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento incidenter tantum, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade, como já vimos.

O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.

Em resumo, o sistema difuso é a apreciação que qualquer membro do Poder Judiciário faz acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, quando, em um caso concreto, depara-se com uma afronta à Carta Magna. Uma vez declarada a inconstitucionalidade por maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial, a declaração produz efeitos *ex tunc* entre as partes envolvidas no litígio e *ex nunc* de caráter *erga omnes* quando publicada a resolução do Senado que retira a executoriedade da lei ou do ato normativo. A argüição da inconstitucionalidade, no sistema difuso, atua como questão prejudicial da lide.

2.3.2. Sistema concentrado

Este sistema de controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil tendo como inspiração o modelo construído nas Cortes constitucionais européias. É exercido no molde concebido e construído por Hans Kelsen e aplicado pela primeira vez na Constituição Austríaca de 1921. Também é chamado de controle abstrato ou por via de ação. O processo é objetivo e dispensa a existência de caso concreto para invocar pronunciamento jurisdicional acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Em verdade, busca trazer segurança às relações jurídicas na medida em que estas não podem estar embasadas em normas inconstitucionais (MORAES, 2005, p. 655).

A doutrina ensina que tal controle é exercitado sob cinco modalidades: 1) ação direta de inconstitucionalidade genérica; 2) ação direta de inconstitucionalidade interventiva; 3) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 4) ação declaratória de constitucionalidade; 5) argüição de descumprimento de preceito fundamental.

2.3.2.1. Ação direta de inconstitucionalidade - ADIn

A finalidade desta espécie de ação é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que afronte a Constituição e, assim, preservar sua supremacia, tal como no sistema

difuso. Entretanto, nesta modalidade de controle, não se analisa o caso em concreto, mas apenas se a questão é constitucional em tese.

O art. 102, I, “a”, da Carta Magna prevê a admissibilidade desta ação para impugnar lei ou ato normativo federal ou estadual se em desacordo com a Constituição Federal. Por analogia, entende-se que os atos normativos distritais também podem ser objeto da ADIn, desde que tenham sido realizados no exercício de alguma atividade estadual, já que o Distrito Federal reúne competência para atos municipais e estaduais, nos termos do art. 32 da Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para julgar este tipo de ação, que não está sujeita a prazo decadencial nem prescricional em razão de sua natureza, consoante o enunciado n.º 360 da Súmula da Corte, mas pode ter medida liminar concedida em seu bojo. O Pretório Excelso tem entendido que não cabe ADIn contra lei ou ato normativo já revogados¹² e em caso de superveniência de lei ou outro ato que cesse a eficácia dos impugnados por intermédio da ADIn, haverá perda de objeto¹³. Por oportuno, Moraes (2005, p. 656) discorre sobre o tema:

Haverá cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros (cf. item 10.2.5.), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal (cf. item 10.2.6) e, que ainda estejam em vigor.

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurido (por exemplo:

¹² Neste sentido: “Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de ordem. – Esta Corte já firmou o entendimento de que, revogado o ato normativo atacado por ação direta de inconstitucionalidade em curso, esta fica prejudicada. – No caso, a Resolução n.03/97 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia impugnada como inconstitucional foi revogada pela Resolução n.º 01, de 09 de março de 1998, como se vê a fls. 60 dos autos. – Questão de ordem que se resolve julgando prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade. (Informativo STF n. 113 – J de 5.6.98)”.

¹³ Neste sentido: “Com a superveniência de decreto estadual, disciplinando a matéria versada no ato normativo impugnado, e a conseqüente cessação de eficácia deste, desapareceu o objeto da ação direta movida pela Associação de Notários e Registradores do Brasil – ANOREG contra ato expedido pelo Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, dispensando a parte beneficiária da justiça gratuita do pagamento de custas e emolumentos de atos concernentes ao registro civil das pessoas naturais. Com base nesse entendimento, o Tribunal julgou extinta a ação direta e prejudicado o pedido de liminar. ADIn 1.367-SP, rel. Min. Moreira Alves, 29/02/96. (Informativo STF n. 21)”.

medida provisória não convertida em lei) entendendo ainda, a prejudicialidade da ação, por perda de objeto, na hipótese da lei ou ato normativo impugnados vierem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe, transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.

Estão legitimados para ajuizar a ADIn todos aqueles insertos no rol do art. 103 da CF. São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional¹⁴.

A Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional precisam demonstrar prova de pertinência temática para propor a ADIn¹⁵. A propósito, Mendes (1999, p. 330) ensina:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem identificado a necessidade de que o Governador de um Estado que impugna ato normativo de outro demonstre a relevância, isto é, a relação de pertinência da pretensão formulada – da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei.

Essa questão foi discutida na Alemanha sob o império da Constituição de Weimar, verificando-se uma controvérsia doutrinária sobre a admissibilidade ou não de uma ação proposta pelo Estado da Baviera contra a lei da Turíngia.

Entendimento semelhante vem sendo adotado em relação ao direito de propositura das mesas das Assembléias Legislativas.

¹⁴ Neste sentido: Informativo STF n.º 231 “ADIn 2.353-SE, rel. Min. Moreira Alves, 6.6.2001, ADIn: Ilegitimidade Ativa. Por falta de legitimidade ativa *ad causam*, o Tribunal, por maioria, não conheceu de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas por não se tratar de entidade de classe de âmbito nacional para efeito do art. 103, IX, da CF (“*Podem propor a ação de inconstitucionalidade: ... IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*”), mas sim de instituição integrada por servidores públicos que constituem fração de determinada categoria funcional. Vencido o Min. Marco Aurélio, que reconhecia a legitimidade ativa da requerente. Precedentes citados: ADInMC 846-MS (DJU de 17.12.93) e ADInMC 832-PA (DJU de 12.11.93)”.

¹⁵ Neste sentido: Informativo STF n.º 243 “ADInMC 2.396-MS, rel. Ministra Ellen Gracie, 26.9.2001, ADIn: Governador e Pertinência Temática. O Tribunal, julgando o pedido de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Goiás contra a Lei 2.210/2001, do Estado do Mato Grosso do Sul — que veda a fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, no território do Estado de Mato Grosso do Sul —, preliminarmente, afastou a alegada falta de pertinência temática para a propositura da ação, uma vez que o Estado de Goiás é um dos maiores produtores de amianto e seu interesse reside na necessidade de preservar sua economia, inclusive no que tange à arrecadação tributária estadual”.

A falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposados pelo Supremo Tribunal Federal.

Pareceria mais ortodoxo, pois, tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, que, nas espécies, fosse admitida a ação direta independente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência.

Importante destacar que o partido político deverá possuir representação no Congresso Nacional quando da propositura da ADIN e, caso haja a perda superveniente desta representação, o partido político não será desqualificado como legitimado ativo¹⁶.

Não é possível o controle concentrado, por meio de ADIn, de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal por falta de previsão constitucional¹⁷ ¹⁸. Há, todavia, a possibilidade de controle concentrado das leis e atos normativos municipais frente às Constituições Estaduais nas Cortes de Justiça Locais, consoante o disposto no art. 125 da Constituição Federal.

A Constituição Federal ainda faz menção a possibilidade de ser argüir inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais ou municipais face à Constituição Estadual no art. 125, § 2º, CF¹⁹.

¹⁶ Neste sentido: Informativo STF n.º 356.

¹⁷ Neste sentido: “ADIn n.º 1.803-0 – Relator: MIN. MOREIRA ALVES. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal proposta, perante este Supremo Tribunal Federal, por Mesa de Câmara Municipal. – Dois são os óbices para o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade: o de que a Mesa de Câmara Municipal não tem legitimidade ativa para propor ação dessa natureza por não estar arrolada no *caput* do artigo 103 da Constituição Federal, e o de que há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que, em face do disposto no artigo 102, I, a, da Carta Magna, só cabe ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual, e não de lei ou ato normativo municipal. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida (Informativo STF n.º 107 – DJ de 24.04.98)”.

¹⁸ Ainda neste sentido: Informativo STF n.º 190 “RE 251.470-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 24.5.2000, ADIn Estadual e Confronto com Lei Federal. É inadmissível a propositura, perante Tribunal de Justiça, de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face de lei federal. Com esse entendimento, o Tribunal, por ofensa ao art. 125, § 2º, da CF, deu provimento a recurso extraordinário para, em face da impossibilidade jurídica do pedido da inicial, julgar extinta, sem apreciação do mérito, representação de inconstitucionalidade em que se impugnava a Lei 2.307/95, do Município do Rio de Janeiro, dado o seu confronto com a Lei federal 9.093/95 (CF, art. 125, § 2º: ‘*Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual...*’).

¹⁹ Neste sentido: Informativo STF n.º 192 RE 176.484-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 6.6.2000, ADIn Estadual: Cabimento. Admite-se o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante tribunal de justiça estadual contra lei municipal frente a dispositivos da Constituição local (CF, art. 125, § 2º), ainda que estes

Com relação aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, Mendes (1999, p. 432) esclarece:

os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Enfim, uma vez declarada inconstitucional a lei ou o ato normativo, a decisão terá efeito *ex tunc e erga omnes*. Esta decisão, diferentemente da prolatada no sistema difuso, não está sujeita à apreciação do Senado Federal.

2.3.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A Constituição de 1988 consagrou a forma federativa de organização de seus Estados-membros que possuem autonomia para se autogerir. Logo, os Estados não devem sofrer intervenção da União via de regra.

Entretanto, esta não é uma regra absoluta. Toda vez que ocorrer uma das hipóteses do art. 34 da CF, a intervenção estará autorizada em caráter excepcional. Nos casos contemplados nas alíneas do inciso VII da Carta Magna, a intervenção deverá ser autorizada pelo STF ante o ajuizamento, pelo Procurador Geral da República, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

A intervenção justifica-se porque o Estado-membro infringiu um dos princípios sensíveis da Constituição. São eles: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida e proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

dispositivos sejam de reprodução obrigatória de normas da Constituição Federal. Com base nesse entendimento, a Turma, reconhecendo a eficácia jurídica das normas constitucionais estaduais, deu provimento em parte a recurso extraordinário, para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ressaltando a competência privativa do STF, julgara extinto o processo de ação direta de inconstitucionalidade sem julgamento do mérito. Precedente citado: Rcl 383-SP (RTJ 147/404).

Esta ação tem por escopo obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo estadual e a decretação da intervenção. A intervenção, depois de autorizada pelo STF, é realizada pelo Presidente da República (art. 84, X, CF) que fixará a duração da medida.

2.3.2.3. Ação de inconstitucionalidade por omissão

Esta modalidade de controle está prevista no art. 103, § 2º, da CF. Trata-se de inovação da Carta Magna de 1988 que tem por objetivo forçar o legislador ou o poder público, dependendo do caso, a adotar as medidas necessárias para tornar efetiva a norma constitucional que depende da criação de legislação para tornar-se efetiva.

Tal modalidade de controle foi inspirada no artigo 284 da Constituição de Portugal e decorre da omissão legislativa que deixa de executar programa ou não produz norma estabelecidos.

Se o Poder Legislativo for o competente para tomar as providências necessárias não lhe será imposto o prazo de trinta dias, pois a edição de ato normativo está relacionado à conveniência e oportunidade de legislar, não podendo o Judiciário imiscuir-se em atividade tipicamente legislativa, sob pena de violar-se a separação do poderes.

São legitimados para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Urge esclarecer que, assim como a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, esta modalidade de controle não admite a possibilidade de concessão de medida liminar.

2.3.2.4. Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade está prevista no art. 102, I, a, 2ª parte, CF. Foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 03, de 17/03/93, que atribuiu a competência para julgá-la e processá-la ao Supremo Tribunal Federal.

A finalidade de prever-se esta espécie de controle reside no interesse de transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes, transferindo à Corte Constitucional a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma legal que esteja sendo atacado pelos órgãos jurisdicionais inferiores (MORAES, 2005, p. 689-690).

Logo, percebe-se que o intuito do legislador, quando da criação deste dispositivo, era possibilitar a intervenção do STF, guardião da Constituição Federal, para que este dirimisse controvérsia existente, manifestando-se pela constitucionalidade de uma norma ou não.

Parte da doutrina critica a ação declaratória de constitucionalidade por ferir o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e da dupla jurisdição, e por converter o Judiciário em legislador. Já os seus defensores ponderam que ela configura processo objetivo contra a insegurança jurídica ou a incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal (CARVALHO, 1999, p. 139-140).

Em que pese os argumentos da corrente contrária à ação declaratória, *data venia*, não prospera tal argumentação. Esta ação não elimina o contraditório porque, em verdade, é espécie de controle de constitucionalidade concreto, onde inexiste um caso concreto. A apreciação das questões controvertidas dá-se para solucionar divergências existentes na jurisprudência, divergências que só contribuem para decisões díspares e para o descrédito do Judiciário. Não fere, também, o devido processo legal, uma vez que segue o rito que a própria Constituição prevê.

Os entes legitimados para propor a ação estão insertos no art. 103 da CF e são: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do DF, o Procurador-Geral da República, o Conselho federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É pressuposto para o ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade a lei ou ato normativo federal a demonstração, juntamente com a petição inicial, de comprovada controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame. A mera existência de controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para a demonstração de relevante controvérsia judicial.

Mendes (1999, p. 336) ensina:

Ao lado do direito de propositura, há de se cogitar aqui, também, de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei.

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma.

A decisão definitiva de mérito proferida em ação declaratória de constitucionalidade, quer seja pela procedência, ou não, retroagirá e será oponível contra todos. Ademais, produzirá efeito vinculante com relação ao Poder Executivo e demais órgãos do Poder Judiciário como dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Isto significa que, mesmo tendo entendimento diverso da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, estes órgãos terão que aplicar necessariamente a interpretação conferida pelo Pretório Excelso quando da prolação de julgados ou emissão de atos normativos porque desta forma determina o dispositivo constitucional acima mencionado.

Quando o Supremo Tribunal Federal julgar parcialmente procedente a norma, declarando apenas em parte a constitucionalidade da norma, a parte considerada inconstitucional será retirada do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*. Se, no entanto, conferir interpretação conforme à constituição, declarando a constitucionalidade da norma desde que interpretada de determinada maneira, tal interpretação tornar-se-á vinculante para os demais órgãos judiciais e para as autoridades administrativas em geral (MORAES, 2005, p. 696).

Sem prejuízo do exposto, cabe esclarecer que a eficácia da decisão, nesta espécie de controle concentrado, é *ex tunc, erga omnes* e terá efeito vinculante para o Poder Executivo e demais órgãos do Poder Judiciário.

2.3.2.5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental

O art. 102, § 1º, da Constituição de 1988 instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tal norma só foi regulamentada com o advento da Lei n.º 9.882/99 e, portanto, tal ação judicial passou onze anos sem ser utilizada, considerando-se que a norma constitucional em comento é de eficácia limitada.

Este instituto tem origem remota na Constituição do Império de 1824 que estabelecia nas suas ‘Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros’ art. 179, inciso XXX, a possibilidade de todo cidadão apresentar por escrito ao Poder Legislativo, e ao Executivo, reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição (GARCIA, 2000, p. 105).

Tem por escopo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, o que revela largo âmbito de incidência em razão da amplitude dos conceitos envolvidos. Frise-se não ser qualquer norma constitucional passível de proteção

pela ação de descumprimento de preceito fundamental, mas somente aquelas cuja transgressão resultar em violações dos preceitos mais valorosos e mais sagrados ao ordenamento jurídico (BASTOS e VARGAS, 2000, p. 69).

Entretanto, precisar o que é fundamental dentro da Constituição Federal é tarefa árdua, dada à extensão da mesma e requererá longa construção jurisprudencial da Corte. É imprescindível ressaltar que não se pode admitir serem todos os dispositivos constantes na Carta Magna fundamentais, pois isto tornaria impossível o trabalho do Supremo Tribunal Federal, pois se estaria criando mais uma via de abrangência quase ilimitada.

A delimitação da matéria fundamental é essencial. A doutrina cita como exemplo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (BASTOS e VARGAS, 2000, p. 75).

Assim, percebe-se que apenas os preceitos constitucionais de alta relevância, aqueles que constituem a verdadeira base do ordenamento constitucional brasileiro, serão objetos da argüição de descumprimento. Qualquer outra matéria, ainda que constitucional, se não for fundamental não ensejará esta espécie de controle de constitucionalidade.

A titularidade desta ação compete às mesmas pessoas que podem ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade e estão listadas no artigo 103 da Constituição Federal.

Há que se destacar, ainda, o caráter subsidiário da argüição de descumprimento, pois a lei expressamente veda a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Esta espécie de controle de constitucionalidade terá efeito *erga omnes* e efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Público. O STF poderá, com fulcro no

art. 11 da Lei n.º 9.882/99, restringir os efeitos da declaração ou, ainda, decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou qualquer outro momento por eles fixados, desde que aprovado por dois terços de seus membros. Tal decisão deve ter por fim garantir a segurança jurídica ou excepcional interesse público.

Por fim, importante esclarecer que a decisão proferida na arguição de descumprimento é irrecorrível e não poderá ser objeto de ação rescisória.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Após uma breve análise do instituto da ação civil pública e das espécies de controle de constitucionalidade, considerando-se os efeitos que ambos produzem no mundo jurídico, cabe agora questionar se é possível que o órgão jurisdicional declare a inconstitucionalidade de lei, recorrendo-se ao sistema difuso, em sede de ação civil pública? Esclarecendo melhor: como visto, o magistrado deve, ao se deparar com questão de possível inconstitucionalidade de lei, submeter o feito à Câmara ou Turma que, entendendo pertinente a arguição, submeterá a matéria ao Plenário do Tribunal. A inconstitucionalidade da lei, apesar de não ser o objeto principal da ação civil pública, pode ser argüida como questão incidental, e tal questão adquire gravidade na medida em que as sentenças, nessa espécie de ação, possuem efeitos *erga omnes*.

Existem duas correntes doutrinárias que buscam resposta para o tema: a primeira delas defende a impossibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento para obter-se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que afronte dispositivo constitucional; a segunda defende a possibilidade, desde que preenchidos alguns requisitos.

A jurisprudência não é uníssona ao dar resposta ao tema, tendo os Tribunais oscilado entre as duas orientações freqüentemente. Os mais conservadores têm adotado a primeira corrente, mas alguns já vislumbram a possibilidade defendida pela segunda corrente.

Por conseguinte, mister se faz a análise mais apurada das duas teses ventiladas.

4.1. Da impossibilidade de se argüir inconstitucionalidade de lei, por intermédio do sistema difuso, em sede de ação civil pública

Os adeptos desta corrente acreditam que, em razão do efeito *erga omnes* produzido pela sentença da ação civil pública, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no bojo desta ação, o juiz estaria atribuindo efeito *erga omnes* também à declaração de inconstitucionalidade.

Todavia, só é atribuído efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no sistema concentrado, ou seja, em sede de ADIn. Logo, a ação civil pública configuraria sucedâneo de ADIn e, por conseqüência, estaria usurpando a competência originária do Supremo Tribunal Federal para proferir decisão em tais casos e dos legitimados ativos da ADIn (art. 103 da CF).

Assim, se ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo municipal, estadual, distrital ou federal em face da Constituição Federal, a decisão do juiz ou tribunal infraconstitucional produz efeito *erga omnes*, haveria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois este é o único tribunal constitucionalmente competente para realizar a interpretação concentrada da Constituição Federal. Desta forma, a ação civil pública não poderia ser utilizada com a finalidade de perquirir a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, pois seria mero sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade (Moraes, 2005, p. 642).

Para Moraes, haveria vedação de obter-se efeito *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública independentemente de tal declaração constar como pedido principal ou como pedido *incidenter tantum* porque ainda nesta última hipótese a declaração de inconstitucionalidade não se restringirá somente às partes, haja vista que a decisão possui efeitos *erga omnes*, nos

limites da competência territorial, produzidos pela coisa julgada nas decisões em sede de ação civil pública (2005, p. 642).

Neste mesmo sentido é a lição de Carvalho Filho (1999, p. 86) para quem há vedação na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo mesmo que de forma incidental:

O art. 16 da Lei nº 7.347, com a redação dada pela Lei nº 9.494, de 10/9/1997, estabelece que a sentença civil fará, como regra, coisa julgada **erga omnes**, nos limites da competência territorial do órgão julgador, o que significa que o legislador reduziu o âmbito de eficácia da decisão. Mesmo assim, porém, a eficácia é **erga omnes** e alcança todas as pessoas dentro dos referidos limites.

Ora, se a sentença decide a controvérsia trazendo como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estará ela, **ipso facto**, irradiando efeitos **erga omnes** não somente do capítulo decisório em si, mas também da própria declaração de inconstitucionalidade que, incidentalmente, constitui fundamento da decisão. Em consequência, **o controle difuso da inconstitucionalidade se estaria convertendo, de forma oblíqua e indevida, em controle concentrado**. A conversão é oblíqua porque efetivada de forma implícita, e indevida porque o controle concentrado é realizado através da ação direta de inconstitucionalidade e se consubstancia através de mecanismos, limites e agentes deflagradores próprios, como deflui dos arts. 102, I, a, 103 e 125, § 2º, da Constituição Federal.

Além disso, a decisão sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto tem necessária eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão da decisão do Senado Federal sobre a edição da respectiva resolução (MENDES, 1999, p. 355). Já na declaração de inconstitucionalidade na ação civil pública, o efeito *erga omnes* será produzido independente de intervenção do Senado Federal, ferindo o princípio da separação dos poderes.

Somado a isso, sempre que na ação civil pública a medida ou providência que se pretende impugnar a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de uma impugnação direta de lei. Por conseguinte, a ação civil pública funda um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, tornando-se instrumento inidôneo (MENDES, 1999, p. 355-356).

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça se manifestou em Embargos de Declaração ao acórdão em Recurso Especial:

Processo civil. Ação civil pública em matéria tributária. O controle difuso da constitucionalidade, não só é possível, como obrigatório, porque o juiz ou o tribunal não podem aplicar lei inconstitucional. Na ação civil pública, todavia, esse controle "incidenter tantum" equivaleria, pelos seus efeitos, a verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, com a agravante de que os beneficiários seriam os contribuintes, e não os consumidores, categorias afins, mas distintas. Embargos de declaração rejeitados²⁰.

Os Tribunais Regionais Federais da 4ª e 5ª Região manifestaram-se nas decisões

abaixo transcritas da mesma forma:

Processual civil. Administrativo. Cautelar incidental inominada. Ação civil pública. Suspensão dos atos praticados com base na MP nº 2.028-26/00. Inconstitucionalidade. Agravo regimental provido. Liminar desconstituída. A declaração de inconstitucionalidade de lei federal - que visa à criação, reestruturação e organização dos cargos e funções da administração pública federal -, para o fim de suspender os atos administrativos praticados sob a sua égide, em todo o território nacional, deve ser discutida em ação direta de inconstitucionalidade, e não em ação civil pública, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso (art. 102, I, "a" da Constituição). Provido o agravo regimental para desconstituir a liminar deferida, por ausência do *fumus boni iuris*, em face da inadequação da via eleita pelo Ministério Público para discutir a questão²¹.

Processual civil. Ação civil pública. Lei em tese. Direitos individuais disponíveis. Ação imprópria. Incompetência do Ministério Público.

1. A lei em tese somente pode ser questionada em sede de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, sendo impertinente fazê-lo sob o disfarce de ação civil pública.
2. Os direitos difusos, de que fala o art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, têm por único titular a comunidade, sendo insuscetíveis de individualização e disponibilização.
3. Direito capaz de ser postulado particularmente é direito individual e, ainda que ajuizado coletivamente em virtude de ser homogêneo o interesse das partes, é direito disponível, não cabendo confundi-lo com direito difuso.
4. Direitos de natureza tributária não são direitos difusos, postuláveis em sede de ação civil pública, nem tem o Ministério Público competência legal para procurá-los judicialmente em nome dos contribuintes interessados.
5. Apelação provida para extinguir o processo sem julgamento do mérito²² (grifou-se).

²⁰ STJ - Superior Tribunal de Justiça, Classe: EDRESP - Embargos de Declaração no Recurso Especial – 106993, Processo: 1996.00.56567-8, UF: MS, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data da Decisão: 28/04/1998, Documento: STJ 000209984, Fonte: DJ Data:18/05/1998, Página:68, Relator Min Ari Pargendler, Decisão: Por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração.

²¹ Tribunal Regional Federal – Quarta Região, Classe: AGRMC - Agravo Regimental na Medida Cautelar – 257, Processo: 2000.04.01.108014-0, UF: RS, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da Decisão: 17/10/2000, Documento: TRF400079399, Fonte: DJU data: 31/01/2001, página: 600, DJU data: 31/01/2001, Relator para acórdão: Juiz Edgard A Lippmann Junior, Relator: Juiz Amaury Chaves de Athayde, Por maioria, vencido o Relator.

²² Tribunal Regional Federal – Quinta Região, Classe: AC – Apelação Cível – 130090, Processo: 98.05.02221-8, UF: PE, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da Decisão: 29/03/2001, Documento: TRF500046250, Fonte: DJ data 01/06/2001, página: 327, Relator: Desembargador Federal Castro Meira, Por unanimidade.

Este também foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos seguintes acórdãos:

Constitucional. Ação civil pública com o visio de declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital 754/94. Promotoria do Meio Ambiente. Inadequação da via eleita. Impossibilidade. A ação civil pública não é meio processual idôneo para o controle de constitucionalidade de lei, sequer para declaração de natureza incidental. Distingue-se pela sua eficácia erga omnes, não havendo porque ensejar uma abrangência bem diversa contrariando a própria lei que a disciplinou, com o alcance de conferir um controle concentrado da norma legal, o que é inadmissível no âmbito desta actio de finalidade estrita²³.

Ação civil pública. Sentença. Eficácia erga omnes. Controle constitucionalidade. Controle concentrado. Impossibilidade. Impropriedade da via eleita. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

I - A eficácia erga omnes da sentença proferida em sede de ação civil pública transmite-se ao controle de constitucionalidade que nela for efetuado, ainda que incidenter tantum, pelo juízo monocrático, transmudando-o em controle concentrado, o que é inconcebível.

II - A competência para exercer o controle concentrado de lei em face da Constituição Federal é privativa do Supremo Tribunal Federal, exigindo instrumento próprio para esse fim.

III- Ainda em se tratando de conflito entre lei distrital e a lei orgânica do Distrito Federal, a ação civil pública, pelos mesmos fundamentos de subtração de competência - exercida pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do DF- e inadequação da via processual eleita, não pode ser utilizada, ainda que a declaração do vício seja requerida incidentalmente.

IV- Recurso improvido. Sentença confirmada²⁴.

Logo, para os adeptos desta corrente, a ação civil pública é meio absolutamente inidôneo para se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, uma vez que há usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e dos legitimados previstos na Carta Magna, em virtude do efeito *erga omnes* concedido à sentença da ação civil pública.

²³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Classe: Apelação Cível 19980110071857APC DF, Registro do Acórdão Número: 139761, Data de Julgamento: 27/11/2000, Órgão Julgador: 5ª Turma Cível, Relator: Dácio Vieira, Publicação no DJU: 20/06/2001, Pág.: 39 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3), Por maioria, vencido o revisor.

²⁴ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Classe do Processo: Apelação Cível APC5223699 DF, Registro do Acórdão Número: 144708, Data de Julgamento: 10/04/2000, Órgão Julgador: 3ª Turma Cível, Relator: WELLINGTON MEDEIROS, Publicação no DJU: 24/10/2001, pág.: 52 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3), Por maioria.

4.2. Da possibilidade de se argüir inconstitucionalidade de lei, por intermédio do sistema difuso, em sede de ação civil pública

Esta corrente é mais recente em nosso ordenamento jurídico e seus adeptos entendem que há a possibilidade de se argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal por intermédio de ação civil pública em determinados casos, desde que preenchidas algumas condições.

Carvalho Filho (1999, p. 88-89), apesar de se manifestar contrariamente à utilização do sistema difuso nas ações civis públicas, entende que nos casos das leis de efeitos concretos, por serem dotadas de concretude, singularidade e repercutirem diretamente na esfera jurídica do indivíduo, podem ter sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente em ação civil pública. Neste caso, a lei não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, como já decidido mais de uma vez pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Logo, por se tratar de verdadeiro ato administrativo, pode a lei de efeitos concretos ser hostilizada incidentalmente por via principal, sendo totalmente cabível, na espécie a ação civil pública.

Já Palu (1999, p. 220-221), vai além sustentando que o fato da sentença em ação civil pública possuir eficácia *erga omnes* em nada impede que o controle de constitucionalidade por meio do sistema difuso seja suscitado, uma vez que a eficácia da sentença e a coisa julgada são institutos absolutamente distintos.

Dito isto, na ação civil pública, na ação coletiva ou em outra qualquer ação em que a inconstitucionalidade ocorra no sistema incidental-difuso, **esta vem sempre proposta como questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença**, não sendo seu pedido mediato (normalmente condenatório) ou imediato (a utilidade efetivamente requerida); **o objeto da ação civil pública e das ações coletivas é a defesa de um direito tutelado pela Constituição ou leis infraconstitucionais, tendo por causa de pedir a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo; na ação direta de inconstitucionalidade esta é o próprio pedido, sendo objeto do processo expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional em controle abstrato**. Vale dizer, em uma tutela-se o direito objetivo, com provimento declaratório normativo, sem execução; em outra, as situações subjetivas, situações coletivas, previstas no ordenamento jurídico. Em uma não há interesses particulares em contraposição – é uma ação política no sentido de que visa a harmonia da ordem jurídica -, tutela-se o direito objetivo e por tal razão fala-se em processo objetivo,

sendo mesmo desnecessário o contraditório, a presença de partes, sendo impossível a desistência etc.; na outra, presente de um lado a pretensão de um grupo ou número indeterminado de pessoas e de outro o causador do dano ou violador de direito, tutela-se o direito subjetivo, ainda que difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Na ação civil pública ou coletiva (via incidental) eventual questão da constitucionalidade é sempre prejudicial, sendo diverso o pedido desta e a da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. A coisa julgada na ação civil pública ou coletiva diz respeito somente ao decisum e a questão da inconstitucionalidade, até então apreciada incidenter, jamais poderá ser por um juiz monocrático declarada principaliter, por lhe faltar competência (arts. 5º, 325 e 470 do Código de Processo Civil) (grifou-se).

Importante destacar a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade são absolutamente distintas. Na primeira, o objeto principal é o interesse público, enquanto que, na ação direta de inconstitucionalidade, o objeto principal e único é a declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada material e com eficácia *erga omnes*. Além disso, na ação civil pública, a inconstitucionalidade é invocada de forma incidental, como causa de pedir, tratando-se, portanto, de questão prejudicial ao mérito e decidida antes do mérito da ação principal. Uma vez que a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre a fundamentação da sentença, a questão constitucional pode ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversos (FARIAS, 2000, p. 3).

Complementando o assunto, Starling e Oliveira expõem que não há qualquer incompatibilidade da declaração incidental da inconstitucionalidade de legislação ordinária com a eficácia *erga omnes*, inerente às decisões proferidas em ação civil pública, desde que procedentes (2001, p. 44).

Por fim, Dinamarco (2001, p. 279-282) posiciona-se da seguinte forma sobre o tema:

De fato, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual pode eventualmente ser alegada incidentalmente em demanda coletiva, especialmente quando tal demanda visar a defesa dos consumidores perante um fornecedor. É indispensável ainda que haja um litígio concreto. Havendo a declaração incidental para determinada situação concreta, continuando a lei em vigor para outras situações da vida, nada haverá de irregular. Como consta num acórdão do Supremo Tribunal Federal, nesses casos o objetivo da ação civil pública jamais poderia ser alcançado pelo controle abstrato da norma questionada.

[Omissis]

Como a lei diz que todas as espécies de ações são cabíveis para a defesa dos interesses metaindividuais (CDC, art. 83), negar a admissibilidade dessa ação significa afastar o controle jurisdicional dos interesses metaindividuais, ou seja, resultaria em denegação de justiça.

Os Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Região prolataram as seguintes decisões sobre a matéria:

Agravo regimental. Ação civil pública. Inconstitucionalidade de medida provisória. No sistema difuso de controle de constitucionalidade, pode o juiz analisar se a norma infraconstitucional está ou não em desacordo com a Constituição Federal. Nada impede, conseqüentemente, que o juiz examine a alegada inconstitucionalidade da lei ou da medida provisória para verificar se deve ou não conceder a liminar, em ação civil pública. Tal modo de proceder não significa que se esteja substituindo a ação direta de inconstitucionalidade pela ação civil pública²⁵.

Constitucional. Previdenciário e processo civil. Normas constitucionais. CF, art. 226, § 3º. Integração. Homossexuais. Inscrição de companheiros homossexuais como dependentes no regime geral de previdência social. Ação civil pública. Inexistência de usurpação de competência para o controle concentrado de constitucionalidade. Direitos individuais homogêneos. Titularidade do Ministério Público Federal. Amplitude da liminar. Abrangência nacional. Lei nº 7.347/85, art. 16, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

1. As normas constitucionais, soberanas embora na hierarquia, são sujeitas a interpretação. Afasta-se a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei; o que ora se trata é de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim, de ampliar seu uso, por integração.

2. É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, frente à previdência social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência.

3. Rejeitada foi a alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado da constitucionalidade pela própria Corte Constitucional em reclamação contra a mesma liminar ora telada, sob o fundamento de que a ação presente tem por objeto direitos individuais homogêneos, não sendo substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade.

4. A nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, devendo a liminar ter amplitude nacional, principalmente por tratar-se de ente federal²⁶.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também tem decisão neste sentido, *in verbis*:

²⁵ Tribunal Regional Federal – Primeira Região, Classe: AGRPET - Agravo Regimental na Petição – 01000829636, Processo: 2000.010.00.82963-6, UF: MA, Órgão Julgador: Corte Especial, Data da Decisão: Não informada, Documento: TRF100110212, DJ data: 11/09/2000, Relator: Juiz Presidente, Por unanimidade.

²⁶ Tribunal Regional Federal – Quarta Região, Classe: AG - Agravo de Instrumento – 59429, Processo: 2000.04.01.044144-0, UF: RS, Órgão Julgador: Sexta Turma, Data da Decisão: 27/06/2000, Documento: TRF400076434, Fonte: DJU data: 26/07/2000, página: 679, Relator: Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, Por unanimidade.

Constitucional. Declaração de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública. Questão prejudicial. Admissibilidade. Legitimidade do Ministério Público. Competência.

1- Ao aplicar a lei a um caso concreto, solucionando um litígio, incumbe ao órgão julgador aferir sua compatibilidade aos ditames da Lei Maior, da qual deriva a validade das demais normas de um ordenamento jurídico, deixando de aplicar o que se eiva de vício de inconstitucionalidade, seja formal, seja material.

2- No controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade é deduzida na causa de pedir, consubstanciando-se em questão prejudicial, da qual depende o desate da lide, não sendo alcançada pelos efeitos da coisa julgada.

3- Não se pode afastar o controle de constitucionalidade de uma lei, pelo critério difuso, no bojo de uma ação civil pública, vez que há casos em que sequer caberia o controle concentrado, subtraindo-se do âmbito da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, o que significaria verdadeira recusa de prestação jurisdicional.

4- Compete ao órgão do Ministério Público a defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos como paladino da moralidade administrativa e do império da Constituição e da Lei Orgânica do Distrito Federal²⁷.

4.3. Análise crítica quanto ao tema

Expostas as correntes antagônicas, já é possível emitir pronunciamento quanto ao tema do controle de constitucionalidade em sede da ação civil pública.

Não merece prosperar a tese sobre a impossibilidade de utilizar-se o sistema difuso de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública.

Primeiro, cumpre lembrar que a polêmica doutrinária repercute nas ações em que a sentença possa produzir efeitos *erga omnes*. Assim, excluem-se deste rol as ações cujo objeto seja algum interesse coletivo, uma vez que a sentença proferida, neste caso, geraria efeitos apenas *ultra partes*.

Ademais, a polêmica doutrinária envolve apenas a ação direta de inconstitucionalidade e o controle difuso, não havendo incidência da discussão em ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação de inconstitucionalidade por omissão, ação

²⁷ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Classe: Apelação Cível 20000110083377APC DF, Registro do Acórdão Número: 134368, Data de Julgamento: 23/10/2000, Órgão Julgador: 5ª Turma Cível, Relatora: Ana Maria Duarte Amarante, Publicação no DJU: 01/03/2001, Pág.: 51 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3), Por maioria.

declaratória de constitucionalidade nem arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Isto posto, persiste a dúvida: o juiz de primeira instância estaria usurpando competência do Supremo Tribunal Federal ao julgar inconstitucional lei ou ato normativo que viole dispositivo constitucional, ainda que incidentalmente, em razão do efeito *erga omnes* da ação civil pública? Estaria a ação civil pública, neste caso, sendo utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade? Ao que tudo indica, a melhor resposta que se deve impor ao questionamento é **negativa**.

O objeto da ação civil pública consiste, como outrora analisado, em tutelar os bens jurídicos constantes no art. 1º da Lei n.º 7.347/85 e, para tanto, busca-se uma condenação pecuniária ou uma condenação em obrigação de fazer ou não fazer. O pedido da ação será única e exclusivamente para obrigar o réu a cumprir uma obrigação de fazer, de não fazer ou em pagar determinada importância para que o meio ambiente, o direito do consumidor, a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular, ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo seja restaurado ou preservado. O objeto principal da ação civil pública não é e nunca poderá ser a declaração de inconstitucionalidade em tese de uma lei ou de um ato normativo.

Todavia, para obter êxito na tutela destes interesses, por vezes, torna-se imprescindível suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que impede a proteção efetiva destes bens. Mas nestes casos, a inconstitucionalidade atua como mera causa de pedir, ela, em verdade, atuará como **questão prejudicial** ao julgamento do mérito e este será a condenação em fazer, não fazer ou em pagar quantia em dinheiro.

Ainda, importante trazer a baila os ensinamentos de Nery Junior e Nery (2006, p. 612-613) sobre a fundamentação:

A segunda parte da sentença, a fundamentação, composta pelos motivos de fato e de direito, bem como pela verdade dos fatos estabelecida como premissa para o julgamento, não é atingida pela coisa julgada material, ainda que determinante e imprescindível para demonstrar-se o conteúdo da parte dispositiva da sentença. Utilizando o mesmo raciocínio do item anterior, poder-se-ia dizer que os motivos de fato e de direito contidos na petição inicial (causa de pedir) correspondem à fundamentação da sentença. Assim, o conjunto formado pela causa de pedir e fundamentação não seriam atingidos pela coisa julgada material. Os fundamentos, porque não transitam em julgado, podem ser reapreciados em outra ação, sendo livre o magistrado para dar a eles interpretação e o valor que entender correto (CPC 131).

Por último, definem a questão prejudicial (2006, p. 613):

É a questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi (prejudica) no julgamento da questão seguinte, denominada de prejudicial Decidida incidenter tantum, isto é, incidentalmente no processo, constitui premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença, de sorte que esta hipótese já está contemplada pelos incisos I e II, pois a decisão incidente sobre questão prejudicial faz parte da motivação da sentença. A decisão sobre a questão prejudicial somente será acobertada pela coisa julgada material se tiver sido ajuizada ação declaratória incidental (CPC 5º, 325 e 470), pois neste caso a decisão não seria mais proferida incidentalmente (incidenter tantum), mas de forma principal (principaliter).

Assim, ao julgar procedente uma demanda desta natureza, o magistrado estará condenando o réu a uma obrigação de pagar quantia por ele estipulada ou a ser fixada em sede de liquidação, ou a uma obrigação de fazer, ou, ainda, a uma obrigação de não fazer. Todavia, estará utilizando, para tanto, a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo que foi a base do pedido condenatório, que a seu ver era inconstitucional embora não fosse esta declaração a pretensão principal do autor. O pedido principal estava apenas embasado nesta declaração, que foi apreciada de forma incidental, e não constituía o pedido principal em si.

Desta forma, em sendo questão prejudicial, não se estará frente à inconstitucionalidade de lei em tese, mas ante a apreciação de lei em caso concreto, de maneira incidental onde o objeto é diverso da declaração da inconstitucionalidade propriamente dita. Nestes casos, o magistrado deve apreciar a constitucionalidade das normas relacionadas ao caso concreto, sob pena de estar sendo omissivo no seu dever de velar pela constitucionalidade das leis, imposto pela adoção do sistema difuso e, ademais, estar restringindo o acesso à Justiça, que é consagrado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade não terá eficácia *erga omnes* porque não fará coisa julgada, uma vez que a questão da inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública deve ser analisada em consonância com o sistema processual vigente.

Frise-se que o próprio art. 469 do CPC explicita que a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo não faz coisa julgada. Também, deve-se considerar que apenas a parte dispositiva da sentença faz coisa julgada.

Portanto, como a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é mera questão prejudicial, não fará coisa julgada, mesmo porque não integrará a parte dispositiva da sentença e, por conseguinte, não produzirá efeito *erga omnes*. Desta forma, estará assegurada a competência do Supremo Tribunal Federal e a ação civil pública não estará travestida de ação direta de inconstitucionalidade.

À guisa de exemplo do acima afirmado, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) ajuizou diversas ações civis públicas a fim de coibir as invasões públicas nas áreas comerciais do Plano Piloto. Em tais casos, o MPDFT ajuizava a ação civil pública contra o Distrito Federal e comerciantes de uma determinada quadra comercial que houvessem ocupado espaços em logradouros públicos, quer com a instalação de letreiros não compatíveis com o plano urbanístico, quer com a construção sobre as calçadas públicas, com o escopo de aumentar as lojas, ou com a simples instalação de mesas e cadeiras em área pública durante o período de maior movimento. O pedido das ações consistia em condenar o Distrito Federal em obrigação de não fazer, consistente na não emissão de alvarás que autorizavam a invasão de área pública e os comerciantes em obrigação de fazer, consistente na demolição das construções ou ocupações irregulares e em pagamento de indenização.

Os membros do *Parquet*, em tal ocasião, fundamentaram-se na inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 754/94 que legitimava a invasão por meio da

possibilidade de emissão de alvará pela Administração local e pagamento de tributo pelo uso das áreas. Segundo eles, tal lei distrital era inconstitucional porque contrariava o art. 30, VIII e IX da Constituição Federal: “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”. A legislação federal que estava sendo desrespeitada era o Decreto-Lei n.º 3.866/41 que dispõe ser da competência do Presidente da República o cancelamento do tombamento e Decreto n.º 10.829/87.

O pedido principal da ação visava a proibição da emissão de alvarás, a demolição do que porventura fora construído e o pagamento de indenização – a decisão dessas questões é que ocuparia o dispositivo da sentença do magistrado. Tal decisão teria eficácia *erga omnes*, estendendo-se a todos os comerciantes de uma quadra determinada do Plano Piloto, quer tenham sido eles quem construiu fora das especificações legais, quer tenham apenas adquirido o imóvel já com as alterações consumadas, quer ainda estivessem com o intuito de ocupar a área pública. O efeito prático seria o de evitar a invasão de logradouros públicos e o retorno ao *status quo ante*, preservando o plano urbanístico de Brasília.

Percebe-se, então, que em nada se assemelhariam os efeitos de tal decisão com os de uma eventual ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Esta teria como pedido principal a declaração de inconstitucionalidade em tese da Lei Distrital n.º 754/94. O efeito seria *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, oponível contra todos e retroagiria à data da publicação da lei, fulminando-a do mundo jurídico - note-se que a ação civil pública não tem este poder. Ademais, o efeito prático da ADIn seria, apenas, retirar do ordenamento a lei distrital por ter entendido o tribunal ser ela inconstitucional.

Portanto, a ação civil pública em nada se assemelha com a ação direta de inconstitucionalidade e não pode ser utilizada como sucedâneo desta se a inconstitucionalidade tiver sido suscitada de forma incidental, como questão prejudicial na qual o pedido principal se ampara. São institutos totalmente autônomos, não havendo usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, nem do Tribunal de Justiça, porque se ampara no controle difuso que, por sua vez, é permitido em todas as ações. O juiz não só tem a faculdade, mas também o dever de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando se depara com a inconstitucionalidade de um deles e isto para assegurar o Estado Democrático de Direito e a ordem constitucional vigente.

A ação civil pública tem amparo constitucional conforme se infere do artigo 129, inciso III e § 1º, da Constituição Federal de 1988, assim como o controle abstrato das normas. Desta forma, há a necessidade da igual preservação do instituto, o que se obtém com a conjugação das normas constitucionais, concluindo pela admissibilidade da ação civil pública veiculando questão prejudicial constitucional, desde que o objetivo não seja apenas a declaração em tese da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Como não existe hierarquia entre as normas constitucionais porque estas fazem parte de um todo – princípio da unidade da Constituição – e, ao interpretar as normas constitucionais, deve-se procurar favorecer a uma interpretação que atribua maior efetividade da norma – princípio na máxima efetividade – o artigo 129, inciso III e § 1º, da Constituição Federal não pode ser fulminado em razão do artigo 102, inciso I, da mesma Constituição. Resulta, portanto, a admissibilidade da apreciação de questão prejudicial em ação civil pública quando a questão prejudicial não for o próprio objeto da ação.

O que se pretende ao afastar a possibilidade da declaração incidental é tão-somente evitar a prestação jurisdicional e a apreciação de forma difusa da constitucionalidade, sob o argumento de que há usurpação de competência porque esta está assegurada e os efeitos

produzidos pela ação civil pública e pela ação direta de inconstitucionalidade são distintos embora ambos sejam *erga omnes*.

Não se trata de averiguar se o dispositivo legal em tese é compatível com a Carta Magna e, sim, verificar se, no caso concreto, a norma é imprópria por afrontar os direitos esculpidos na Constituição Federal.

Ademais, ao admitir o controle difuso na ação civil pública está-se contribuindo para a construção de uma Justiça mais célere, na medida em que se resolve o problema suscitado pela parte já na primeira instância, sem suprimir o direito de revisão por instância superior, podendo a matéria ser, inclusive, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado, recentemente, entendimento no sentido de permitir o controle de constitucionalidade, em seu sistema difuso, na ação civil pública, como se depreende do julgamento da Reclamação n.º 1.733/SP, onde o relator foi o eminente Ministro Celso de Mello, *in verbis*: “Ação civil pública. Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal”²⁸.

²⁸ Merecem destaque os seguintes trechos do voto do Min. Relator: “Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. (...) É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais - inclusive o do Supremo Tribunal Federal (Rcl 554-MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - Rcl 611-PE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) - tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal, como corretamente assinalado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 722/139): “Apresenta-se lesivo à ordem jurídica o ato de Município com menos de três mil habitantes, que, a pretexto de organizar a composição do legislativo, fixa em 11 o número de Vereadores, superando o mínimo de 9 previsto pelo art. 29, IV, a, da CF. Controle difuso ou incidental expressamente permitido (CF, arts. 97, 102, III, a, b, e c e parágrafo único, 42, X, 105, III, a, b e c). Ininvocabilidade de direito eleitoral adquirido.” Assentadas tais premissas, entendo que a espécie ora em exame não configura situação caracterizadora de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, pois a controvérsia pertinente à validade jurídico-constitucional do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Sorocaba/SP foi suscitada, incidentalmente, no processo de ação civil pública, como típica questão prejudicial, necessária ao julgamento da causa principal, cujo objeto identifica-se com o pedido de redução, para catorze (14), do número de Vereadores à Câmara Municipal (fls. 117). Cabe referir, neste ponto, que, além de

Tal posicionamento também se depreende de trecho de voto do relator Ministro Néri da Silveira, proferido na Reclamação n.º 600-0/SP, julgada em 03/09/1997 e ainda pendente de publicação (Apud STARLING, 2001, p. 47):

Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, *ut* artigo 16, da Lei n.º 7.347/1985, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF.

Assim, percebe-se que embora a impossibilidade de se argüir a inconstitucionalidade de lei seja ventilada na doutrina e adotada por alguns Tribunais, a corrente que defende a admissibilidade da ação civil pública parece mais acertada porque se apresenta mais compatível com o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Carta Magna, uma vez que não nega a aplicação do sistema difuso e compatível, ainda, com o sistema processual vigente, já que consoante com o art. 469 do CPC.

Importante, também, mencionar a grande relevância do tema para o ordenamento jurídico pátrio. Com a possibilidade de utilizar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo para fundamentar o objeto principal de uma lide em sede de ação civil pública, está-se, em verdade, colaborando para a maior efetividade desta espécie de ação. Isto equivale dizer que o meio ambiente, o patrimônio público, a ordem urbanística, a defesa do consumidor, a ordem econômica e os direitos difusos e coletivos estão mais bem resguardados, já que o seu principal meio de defesa consolida-se mais eficaz na medida em que começa a expandir a possibilidade da declaração da inconstitucionalidade de lei na ação civil pública.

revelar-se plenamente cabível o controle incidental de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República (RTJ 164/832, Rel. Min. PAULO BROSSARD), assiste, ao magistrado singular, irrecusável competência, para, após resolução de questão prejudicial, declarar, monocraticamente, a inconstitucionalidade de quaisquer atos do Poder Público: 'Ação declaratória. Declaração 'incidenter tantum' de inconstitucionalidade. Questão prejudicial. O controle da constitucionalidade por via incidental se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial, para ir ao objeto do pedido. Recurso extraordinário conhecido e provido.' (RTJ 97/1191, Rel. Min. RAFAEL MAYER)''.

CONCLUSÕES

Após a análise do tema, percebe-se que a problemática da discussão de constitucionalidade de lei ou ato normativo no bojo da ação civil pública tornou-se relevante para o mundo jurídico, já que tem tido manifestações expressivas entre as inúmeras ações ajuizadas e, precipuamente, em razão da importância que os interesses metaindividuais têm assumido na sociedade moderna.

A primeira corrente que historicamente surgiu no direito brasileiro defende a total impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importando a forma que isto se dê ao longo do processo. Acreditam que o instrumento da Lei n.º 7.347/85 está sendo usado como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e, por conseguinte, usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal. Logo, é meio processual absolutamente inidôneo.

A segunda corrente, entretanto, mostrou-se mais flexível, admitindo a possibilidade da utilização da ação civil pública para os fins de obter incidentalmente a declaração de inconstitucionalidade, em uma única circunstância: se esta for questão prejudicial, apenas influenciadora do mérito. Enquanto questão prejudicial, não compõe a parte dispositiva da sentença e a coisa julgada não incide sobre a declaração e, assim, não lhe é atribuída a eficácia *erga omnes*. Portanto, resta resguardada a ação direta de inconstitucionalidade porque a ação civil pública não está sendo usada como seu sucedâneo, nem se pode falar em usurpação da competência do Pretório Excelso porque a matéria decidida em ação civil pública não excluiria a apreciação do STF em eventual Recurso

Extraordinário interposto. Sem mencionar que os interesses metaindividuais estarão mais bem resguardados e o juiz de primeira instância não se esquivava do dever de prestação judicial.

Entende-se que essa é a orientação mais acertada, a uma, porque prima pela interpretação sistemática do Código de Processo Civil e uma leitura deste em consonância com a Lei n.º 7.347/95. A duas, porque torna efetiva a prestação jurisdicional e a tutela dos interesses metaindividuais não frustrando a prestação judicial de primeira instância nem tampouco se abolindo o controle difuso de constitucionalidade esculpido na Constituição Federal de 1988. A três, porque preserva a efetividade da norma constitucional que trata da ação civil pública (artigo 129, inciso III e § 1º da Carta Magna). Por fim, porque permite o acesso a uma Justiça mais célere na medida em que resolve o conflito de forma mais rápida não se tornando necessária a manifestação do Supremo Tribunal Federal, já tão assoberbado, mas sem retirar-lhe a competência para atuar sobre a matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. **Argüição de descumprimento e preceito fundamental**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Ano 08, N.º 30, Janeiro-Março de 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. I. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública – comentários por artigo lei 7.347, de 24.07.85**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.
- _____. **Manual de direito administrativo**, 13ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.
- FARIAS, Paulo José Leite. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Correio Braziliense, Brasília, 02.10.00, caderno Direito e Justiça.
- GARCIA, Maria. **Argüição de descumprimento: direito do cidadão**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Ano 08, N.º 32, Julho-Setembro de 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; e outros. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Ação civil pública – competência e efeitos da coisa julgada**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. **Ação civil pública: o direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. vol I.