

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA DA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Juliana Martins Zaupa

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA DA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Juliana Martins Zaupa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP
2003

O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Dr. Luís Roberto Gomes
Orientador

Dr. Fábio Imbernom Nascimento
Examinador

Dra. Giovana Brolezi Leopoldo
Examinadora

Presidente Prudente, 04 de dezembro de 2003.

Se um dançarino desse saltos muitos altos, poderíamos admirá-lo. Mas se ele tentasse dar a impressão de poder voar, o riso seria seu merecido castigo, mesmo se ele fosse capaz, na verdade, de saltar mais alto que qualquer outro dançarino. Saltos são atos de seres essencialmente terrestres, que respeitam a força gravitacional da Terra, pois que o salto é algo momentâneo. Mas o vôo nos faz lembrar os seres emancipados das condições telúricas, um privilégio reservado para as criaturas aladas...

Kierkegaard

Este trabalho é dedicado ao meu irmão Fernando,
por ter me salvado, devolvendo-me a glória e o
brilho de viver.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar a certeza de que, mesmo na adversidade, cada segundo de minha luta valerá à pena.

Aos meus pais e irmãos, pela paciência e compreensão, por me guiarem e apoiarem nos caminhos em que a vida me põe a trilhar.

A Luciana Furlan, amiga leal, verdadeira e companheira, que mesmo de tão longe se fez presente para me amparar.

Ao Fabinho, todo meu afeto, pelo carinho e cuidados que me enalteciam o riso nas horas em que tudo parecia mais difícil.

Aos fiéis companheiros de sala: Carolzinha, Érick e Lílian, por estes cinco anos em que estivemos juntos.

Ao meu orientador, Dr. Luís Roberto Gomes, exemplo de caráter, dignidade e dedicação, pelos incentivos e pelos conhecimentos compartilhados.

A Giovana, mulher de garra e grande coração, que mesmo em meio a tantas atribuições, aceitou de última hora o convite para fazer parte de minha banca examinadora.

A todos da Procuradoria da República de Presidente Prudente que contribuíram para a realização deste trabalho, especialmente a inestimável amiga, mãe e irmã Eliane Diniz.

RESUMO

A pesquisa teve por finalidade a abordagem da problemática do exercício do controle difuso de constitucionalidade na via da ação civil pública.

O objeto deste estudo tem gerado bastante polêmica, uma vez que muitos têm visto a ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, frente à natureza do interesse transindividual discutido e da possibilidade de sua decisão possuir, muitas vezes, eficácia “*erga omnes*”, o que, em tese, acabaria por instaurar um verdadeiro controle abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau.

A idéia central do trabalho consistiu em demonstrar que não há obstáculo ao exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, desde que preenchidos os requisitos necessários ao controle difuso, devendo-se analisar a questão sob o prisma dos limites objetivos da coisa julgada, e não sob o prisma dos limites subjetivos da coisa julgada em sede de tutela coletiva (interesse transindividual discutido e o alcance da decisão na ação civil pública).

Foi utilizado o método científico dedutivo que, na maioria das vezes, prediz a ocorrência dos fenômenos particulares, partindo de teorias e leis.

Procurou-se fundamentar o presente estudo com as opiniões de consagrados doutrinadores, tanto nacionais, quanto estrangeiros, bem como, com julgados dos principais tribunais do País.

Ao final, encontram-se as referências bibliográficas, para facilitar a consulta e remeter o leitor às obras concernentes ao tema enfocado.

PALAVRAS-CHAVE: Controle difuso de constitucionalidade, controle concentrado de constitucionalidade, ilegalidade, inconstitucionalidade, ação civil pública, interesses transindividuais, coisa julgada, eficácia “*erga omnes*”, eficácia “*ultra partes*”, subtração de competência.

ABSTRACT

The research had for purpose the boarding of the problematic one of the exercise of the diffuse control of constitutionality in the way of the public civil action.

The object of this study has generated sufficiently controversial, a time that many have seen the civil action public as sucedâneo of the direct action of inconstitucionalidade, front to the nature of the transindividual interest argued and the possibility of its decision to possess, many times, effectiveness *erga omnes*, what, in thesis, it would finish for restoring a true abstract control in the plan of the jurisdiction of first degree.

The central idea of the work consisted of demonstrating that it does not have obstacle to the exercise of the diffuse control of constitutionality in headquarters of public civil action, since that filled the necessary requirements to the diffuse control, having itself to analyze the question on the prism of the objective limits of the thing judged, and not on the prism of the subjective limits of the thing judged in headquarters of collective guardianship (transindividual interest argued and the reach of the decision in the public civil action).

The deductive scientific method was used that, in the majority of the times, predicts the occurrence of the particular phenomena, breaking of theories and laws.

It was looked to base the present study with the opinions of consecrated doutrinadores, national, how much in such a way foreign, as well as, with judged of the main courts of the Country.

To the end, the references meet bibliographical, to facilitate the consultation and to send the reader to the concernentes workmanships to the focused subject.

KEYWORDS: Diffuse control of constitutionality, intent control of constitutionality, illegality, unconstitutionality, public civil action, transindividuais interests, judged thing, effectiveness “*erga omnes*”, effectiveness “*ultra parts*”, subtraction of ability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	12
1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
1.1.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Francês.....	12
1.1.2 Os Precedentes Americanos e o Caso “Madson v. Marbury”.....	13
1.1.3 O Modelo Austríaco de Fiscalização da Constitucionalidade.....	18
1.1.4 A Evolução do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.....	19
1.2 CONCEITO.....	22
1.3 FUNDAMENTOS E FINALIDADE.....	22
1.3.1. Da Supremacia da Constituição.....	22
1.3.2 Da Rigidez Constitucional e o Estado Democrático de Direito.....	23
1.4 PRESSUPOSTOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS.....	24
1.4.1 Requisitos Formais.....	24
1.4.2 Requisitos Materiais ou Substanciais.....	25
2 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	27
2.1 EM RELAÇÃO AO MOMENTO DE REALIZAÇÃO.....	27
2.1.1 Do Controle Preventivo.....	27
2.1.2 Do Controle Repressivo.....	28
2.2 CONTROLE REPRESSIVO EM RELAÇÃO AO ÓRGÃO CONTROLADOR.....	29
2.2.1 O Controle Político.....	29
2.2.2 O Controle Jurisdicional.....	29
2.2.3 O Controle Misto.....	29
2.3 CONTROLE CONCENTRADO OU VIA DE AÇÃO DIRETA.....	30
2.3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.....	31
<u>2.3.1.1 Do Objeto e Procedimento da Ação Genérica de Inconstitucionalidade.....</u>	32
<u>2.3.1.2 Legitimação.....</u>	32
<u>2.3.1.3 Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade – o Efeito Vinculante e sua Repercussão no Controle Difuso.....</u>	34
2.4 O CONTROLE DIFUSO OU VIA DE EXCEÇÃO.....	41
2.4.1 Como Suscitar a Questão Constitucional.....	42
<u>2.4.1.1 Da Legitimidade.....</u>	42
<u>2.4.1.2 Da Competência.....</u>	43
<u>2.4.1.3 Da Cláusula de Reserva de Plenário.....</u>	43
<u>2.4.1.4 Do Procedimento.....</u>	44
2.4.2 O Controle Difuso no Processo Legislativo.....	45
2.4.3 Os Efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade.....	46
2.4.4 O Controle Difuso e o Senado Federal.....	48
2.5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS.....	49
2.5.1 A Inconstitucionalidade da Lei Municipal em Face da Constituição Estadual.....	49
2.5.2 A Inconstitucionalidade da Lei Municipal em Face da Constituição Federal.....	53

2.6 ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS.....	55
2.6.1 Da Iniciativa.....	55
2.6.2 Do Momento.....	55
2.6.3 Da Competência.....	55
2.6.4 Do Julgamento.....	56
<u>3 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</u>	58
3.1 A EVOLUÇÃO DA DEFESA DOS INTERESSES.....	58
3.2 DOS INTERESSES RESGUARDADOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	61
3.2.1 O Interesse Privado.....	61
3.2.2 O Interesse Público.....	62
3.2.3 Os Interesses Transindividuais ou Metaindividuais.....	63
<i>3.2.3.1 Os Interesses Difusos.....</i>	<i>64</i>
<i>3.2.3.2 Os Interesses Coletivos “Strictu Sensu”.....</i>	<i>66</i>
<i>3.2.3.3 Interesses Individuais Homogêneos.....</i>	<i>68</i>
3.3 BREVE HISTÓRICO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	70
3.4 NATUREZA JURÍDICA DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	74
3.5 DO “NOMEN JURIS”.....	75
3.6 CONCEITO.....	76
3.7 DO OBJETO.....	76
3.8 DO PROCEDIMENTO E OS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS.....	82
3.9 LEGITIMAÇÃO.....	84
3.9.1 Da Legitimação Ordinária.....	84
3.9.2 Da Legitimação Extraordinária.....	85
3.9.3 A Legitimação Ativa na Ação Civil Pública.....	87
3.9.4 A Legitimação Passiva na Ação Civil Pública.....	90
3.10 O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	93
3.11 COMPETÊNCIA.....	96
3.12 COISA JULGADA.....	99
3.12.1 Conceito e Aspectos Gerais.....	99
<i>3.12.1.1 Coisa Julgada formal e Coisa Julgada Material.....</i>	<i>100</i>
3.12.2 Limites da Coisa Julgada.....	101
<i>3.12.2.1 Limites Objetivos.....</i>	<i>101</i>
<i>3.12.2.2 Limites Subjetivos.....</i>	<i>103</i>
3.12.3 A Coisa Julgada na Ação Civil Pública.....	104
<i>3.12.3.1 A Coisa Julgada “Secundum Eventum Litis” e a Coisa Julgada Conforme a Natureza do Interesse Metaindividual.....</i>	<i>105</i>
<i>3.12.3.2 A Coisa Julgada e o Limite Territorial.....</i>	<i>107</i>
<u>4 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</u>	111
<u>5 CONCLUSÃO.....</u>	122
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	128

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve por escopo principal o estudo do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

O controle difuso de constitucionalidade caracteriza-se pelo fato de ser exercitável somente em face de um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário, em qualquer tipo de ação e em qualquer grau de jurisdição.

Não obstante a possibilidade de ser aferido em qualquer tipo de ação, em sede de ação civil pública, a questão tem se apresentado de forma bastante polêmica e controversa, posto que muitos vêem a ação coletiva como um instrumento sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, frente à possibilidade de sua decisão também possuir alcance “*erga omnes*”, não se limitando unicamente às partes do processo.

A idéia central consiste em analisar o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública de acordo com instituto da coisa julgada, mais precisamente, em face dos limites objetivos da coisa julgada, consoante o estabelecido no artigo 469 do Código de Processo Civil.

Assim, pretende-se demonstrar que há a possibilidade de se realizar o controle difuso de constitucionalidade não deve ser guiado pelos limites subjetivos da coisa julgada em sede de ação civil pública, ou seja, não se deve tomar em consideração o tipo de interesse transindividual defendido na ação, se difuso, coletivo “*strictu sensu*” ou individual homogêneo, e se a decisão possuirá ou não eficácia “*erga omnes*”; mas sim, pelo preenchimento dos requisitos necessários ao exercício do controle difuso, ou seja, se existe um litígio concreto, se a questão da inconstitucionalidade ou não, da norma foi argüida “*incidenter tantum*” (como causa de pedir), e se o juiz pronunciou-se sobre a inconstitucionalidade na parte da fundamentação da decisão.

Outrossim, buscou-se compreender que a referida ação não deve ser utilizada como sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a usurpar a competência concentrada dos tribunais de aferição de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em face da constituição. Para

tanto, procurou-se demonstrar que isso só ocorrerá quando a questão da inconstitucionalidade da norma for suscitada de forma abstrata, desconectada de um verdadeiro litígio, pouco importando se foi argüida “*incidenter tantum*” ou “*principaliter*”.

O método científico utilizado foi o método dedutivo, que, na maioria das vezes, prediz a ocorrência dos fenômenos particulares, partindo de teorias e leis.

Ao abordar o assunto polêmico, a autora procurou fornecer ao leitor as mais diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente as últimas decisões proferidas tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais vêm se pronunciando no sentido da tese defendida.

Com o intuito de possibilitar uma melhor compreensão, a autora dividiu o texto em três partes principais.

Na primeira parte, tratou dos diversos tipos de controle de constitucionalidade existentes em nosso ordenamento jurídico, dando-se ênfase ao controle difuso de constitucionalidade, principalmente a sua forma de argüição e os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade.

Na segunda parte, foram abordados os aspectos gerais do instituto da ação civil pública, tais como: seu objeto, legitimidade ativa e passiva, interesse de agir, provimentos jurisdicionais, competência, coisa julgada, dentre outros.

Na terceira parte, passou ao desenvolvimento do tema abordado, ou seja, ao estudo do controle difuso de constitucionalidade na via da ação civil pública, resultado da intersecção dos dois primeiros pontos supra referidos.

Por fim, a autora encerra o trabalho apresentando sua conclusão.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para um melhor entendimento acerca do desenvolvimento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis, a presente pesquisa fará uma breve abordagem dos principais modelos de controle que exerceram influência no Brasil, quais sejam: o modelo inglês, o modelo norte-americano e o modelo austríaco.

1.1.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Francês

Após a Revolução de 1789, a França, inspirada pelas idéias desenvolvidas por Locke e, posteriormente, por Montesquieu, passou a adotar uma concepção rígida sobre o princípio da separação dos poderes, de tal forma que um Poder jamais poderia interferir no âmbito de competência de outro Poder ou fiscalizá-lo. Tal competência era atribuída a órgãos externos a eles.

Assim, os abusos e ilegalidades cometidos pelo Executivo seriam coibidos por um órgão extrajudiciário, o Conselho de Estado; e a Corte de Cassação seria encarregada de coibir os abusos e ilegalidades cometidos pelo Judiciário.

Além do temor que os franceses possuíam do Judiciário invadir a esfera de atuação do Legislativo, outros dois fatores levaram o Direito Francês atribuir a um órgão puramente político a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos:

Primeiro, o entendimento desenvolvido desde a revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui expressão da vontade geral, então não há razão para dela desconfiar. *Segundo*, os abusos cometidos pelos juízes (*Parlements*), no período que precedeu a revolução, determinou, de certo modo, a desconfiança dos franceses em relação ao judiciário. Tal desconfiança, por sua vez, influenciou de forma decisiva a organização do Poder Judiciário na França (...) Bem por isso a França não poderia atribuir aos juízes competência para fiscalização da constitucionalidade das leis. (CLEVÉ, 2000, p. 60-61).

Assim, a partir da Constituição do ano II, houve a sugestão de instituir uma espécie de “*jurie constitutionnaire*”, entretanto, esta instituição não vingou.

Com a Constituição de 1852, foi instituído o Senado Conservador mas, sua função fiscalizadora também não se tornou efetiva.

Posteriormente, a Constituição de 1946 criou o Comitê Constitucional. Entretanto, foi a partir de 1958, através da Constituição da 5ª República, que o modelo francês de fiscalização da constitucionalidade tornou-se efetivo com a criação do Conselho Constitucional.

Este órgão político,¹ ainda em vigor, possui a tarefa de apurar a constitucionalidade dos atos legislativos, possuindo função meramente preventiva.

Assim, devida a essa função preventiva, uma vez promulgado o ato legislativo não haverá mais como expurgá-lo do sistema normativo, cabendo às autoridades públicas e aos particulares, tão somente, o dever de cumpri-lo.

1.1.2 Os Precedentes Americanos e o Caso “Madson v. Marbury”

O controle difuso de constitucionalidade é basicamente caracterizado pela possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, mediante análise de um caso concreto, poder reconhecer a incompatibilidade de uma lei ou qualquer outro ato normativo com a Constituição Federal.

Esta espécie de controle teve seus precedentes no Direito Norte-Americano e remonta-se à época colonial, em que as relações das colônias americanas com a Coroa Inglesa sempre foram conturbadas de dissídios políticos e jurídicos.

Dentre os vários regimes de vinculação entre colônia e metrópole, existia o regime das Cartas, que estabelecia, de certo modo, a idéia da supremacia da legislação inglesa, dispondo que as colônias poderiam aprovar leis, desde que estas não fossem contrárias à Coroa.

¹ Embora o Conselho Constitucional seja caracterizado pela sua natureza exclusivamente política, alguns autores como Mauro Cappelletti e Louis Favoreu entendem que ao proferir o parecer acerca da constitucionalidade do ato impugnado, estará o referido órgão exercendo uma verdadeira função jurisdicional (Cf. CLÈVE, 2000, p. 61)

Ocorre que muitas colônias, como, por exemplo, Massachusetts, aprovavam leis em grande parte contrárias às Cartas da Coroa.

O governo inglês, diante do crescente número de conflitos, tentou controlar suas colônias através da “*Board of Trad and Plantations*”,² que chegou a pedir ao “*Privy Council*”³ a anulação de leis coloniais contrárias aos estatutos ingleses (POLETTI, 1997, p. 21).

Assim, muitas leis coloniais foram anuladas ou deixaram de ser aplicadas.

Desta forma, as instituições inglesas inspiraram o sistema americano de controle das leis pela Justiça, “*ex vi*” o princípio da hierarquia valorativa das normas.

O processo americano começou a engrenar principalmente após a independência americana (1776). Todavia, embora essa idéia começasse a se difundir, a Constituição de 1787 apenas dispôs timidamente em seu art. 6º, Seção 2, do Texto, conhecido como “*supremacy clause*”,⁴ o seguinte:

Art. 6º. Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos elaboradas de acordo com ela, bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, *constituirão a suprema lei do País*; os juízes de todos os Estados ficam sujeitos a ela, *não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis*. (BARROSO, 2001, p. 162).

Desta forma, verifica-se que, inicialmente, o controle de constitucionalidade americano era disciplinado de maneira implícita em sua constituição.

Ocorre que existia uma grande preocupação de que o controle judicial pudesse vir a ferir o princípio da repartição dos poderes,⁵ de modo que o Poder Judiciário viesse a se sobrepor ao Legislativo.

² Tradução: Junta de Negócio e Colonização.

³ Tradução: Conselho Privado.

⁴ Cláusula suprema

⁵ O princípio da separação dos poderes sugerido por Aristóteles, John Locke e Rosseau veio a ser delineado e divulgado na acepção de Montesquieu, idealizador da divisão tripartida dos poderes (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário). Com o advento da Revolução Francesa, esta formulação tornou-se um dogma constitucional, garantidor dos Direitos do Homem (art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

Na clássica obra *O Federalista* n. 78, Alexandre Hamilton, analisando a problemática abordada, antecipou a idéia de um controle jurisdicional de constitucionalidade, conforme se transcreve:

“Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. (...)”

A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros poderes. (...) É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outra razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo.

Esta conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do judiciário sobre o legislativo. Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situa-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira.” (HAMILTON apud BARROSO, 2001, p. 163).

Não obstante as críticas, guiada pelo princípio do respeito à máxima constitucional e necessidade da observância destas normas fundamentais, a evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade continuou a se desenvolver. Segundo Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 103),

[...] em decisão do ano de 1780 do Superior Tribunal de New Jersey, cujo “*Chief-Justice*” era Bearley, ficou assentado que a corte tinha o direito de sentenciar sobre a constitucionalidade das leis; no mesmo sentido decisão da Magistratura da Virginia em 1782. Também em Nova York foi refutada, por inconstitucional, lei que reduziu a seis o número de jurados. Podem-se lembrar os casos de pronúncia de inconstitucionalidade de tribunais de Rhode Islande em 1786 e da Carolina do Norte em 1787, entre outras.

Mas o precedente norte americano mais importante de controle difuso de constitucionalidade consagrou-se com o célebre caso *Marbury v. Madison* (1803).

Esta decisão histórica foi relatada pelo notável “*Chief Justice*” John Marshall, da Corte Suprema Americana, que acabou por firmar a idéia da “Supremacia das Constituições”, conforme segue:

Em 1802, o Presidente da República John Adams, do partido federalista, havia nomeado Marbury para o cargo de juiz de paz, no Condado de Washington, Distrito de Columbia. O título de nomeação estava nos termos da lei, ou seja,

perfeito, assinado pelo Presidente da República e selado com o selo dos Estados Unidos.

Entretanto, o então Secretário de Estado John Marshall, a quem foi incumbida a tarefa de entregar os títulos de nomeação, não conseguiu fazê-lo a tempo, já que o mandato de Adams estava no fim.

Ressalta-se ainda, que, ao fim do governo de Adams, John Marshall foi elevado à Suprema Magistratura em 30 de janeiro de 1801. Segundo leciona Leda Boechat Rodrigues, “Este, grande político e personalidade dominadora, iria transpor genialmente em termos judiciais a sua própria concepção do mundo e as idéias federalistas”. – *sic* - (RODRIGUES, 1958, p. 22).

Após a eleição presidencialista, foi eleito como Presidente Thomas Jefferson que era do partido republicano, o qual nomeou Madison como seu Secretário de Estado, determinando que este não entregasse o título da comissão a Marbury.

Em face desta ilegalidade, Marbury requereu à Suprema Corte um “*mandamus*” para que lhe fosse dada a posse do cargo.

O caso tornou-se um grande conflito jurídico-político, com grande repercussão pública, posto que a Suprema Corte era composta em sua grande maioria por federalistas, enquanto o Congresso e o Executivo eram compostos por republicanos que não admitiam qualquer tipo de intervenção do Poder Judiciário nos atos do Poder Executivo.

Ante a divergência de interesses, a Suprema Corte manteve-se inerte por dois anos, e segundo Ronaldo Poletti (1997, p. 32):

A Corte foi acusada pelos jornais de omissão, chegando-se a alvitar o “*impeachment*” de seus juizes. O Governo, oficialmente, manifestou a opinião de que a concessão da ordem geraria uma crise entre os Poderes do Estado. A opinião generalizada era no sentido de que, se concedida, a ordem não seria cumprida pelo Executivo.

Marshall, que conforme visto, deveria dar-se por impedido em face de seu envolvimento no caso, foi extremamente habilidoso ao decidir a questão.

Primeiro, pronunciou-se sobre o mérito, entendendo ser ilegal a conduta do Secretário Madison em recusar-se a expedir a comissão legalmente devida a

Marbury e, posteriormente, acabou por não conceder a ordem pleiteada em face do reconhecimento de uma preliminar prejudicial, ou seja, apreciando a causa sob o ângulo da competência da Suprema Corte, entendeu ser incompatível a Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para sanar erros ilegais do Executivo frente à Constituição Federal.

Alegou que as competências da Suprema Corte estariam taxativamente previstas na Constituição, em seu art. 2º, Seção 2, e que somente esta é quem poderia ampliá-las, deixando, assim, de expedir o mandado judicial declarando-se incompetente.

Lêda Boechat Rodrigues (1958, p. 36-38), traz algumas exposições da idéias de Marshall:

Dizia Marshall: 'A questão – se uma lei, contrária à Constituição, pode tornar-se lei do país – apresenta profundo interesse para os Estados Unidos; felizmente, porém, sua complexidade não está em proporção com o seu interesse. Basta reconhecer certos princípios, que há muito se supõem bem estabelecidos para decidi-la'. A Constituição, continuava, é a lei suprema e a lei que a contraria é nula. 'Tal teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por esta Corte como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade. Não deve por isso, ser perdida de vista na ulterior consideração deste assunto. Se uma lei do Congresso, contrária à Constituição, é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais devem êstes dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei constitui em regra operante como se lei fôsse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido pela teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sôbre o mesmo é desnecessário insistir. Deve, porém, receber consideração mais atenta.

É, sem dúvida, da alçada e dever do Poder Judiciário declarar a lei. Aquêles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-las e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem se decidir sôbre sei âmbito de ação. Assim, se uma lei estiver em antagonismo com a Constituição, e se tanto uma como a outra forem aplicáveis à espécie, de modo que o tribunal tenha de decidir o caso de acôrdo com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com à Constituição, rejeitando a lei, êle, inevitavelmente, terá de escolher entre os dois preceitos opostos o que regerá o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem ter em vista a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso a que ambas dizem respeito' – *sic*.

Esta clássica lide acabou por confirmar e fortalecer o já mencionado Princípio da Supremacia da Constituição, pressuposto essencial em todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula; e que os juízes e tribunais, da mesma forma que os outros departamentos do governo,

devem obedecê-la e protegê-la, porém, declarando a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos que lhe forem contrários, mediante análise de um caso concreto.

1.1.3 O Modelo Austríaco de Fiscalização da Constitucionalidade

Até o início do século XX, não obstante a expansão do sistema da “*judicial review*” norte-americano, inexistia na Áustria um procedimento jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis. Tal tarefa, por influência do direito francês, cabia timidamente ao Parlamento, que, por sua vez, assumia uma posição de relativa supremacia, assentando-se no postulado de que sendo a lei expressão da soberania, descabia a qualquer outro órgão estatal questionar a respeito de tal legitimidade, inclusive o Judiciário.

Foi a partir da Constituição de 1920 que a Áustria adotou uma postura inconfundível com os sistemas até então existentes, criando a Alta Corte Constitucional – um tribunal exclusivo, para o exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade, em oposição ao controle difuso, distribuído a todos juízes e tribunais.

Este sistema foi criado e desenvolvido com base nos estudos realizados por Hans Kelsen, que defendia a criação de um órgão jurídico específico, ao qual a Constituição deveria conferir, de forma concentrada, competência para decidir as questões de inconstitucionalidade.⁶

Desta forma, os tribunais ordinários não possuíam competência para pronunciar sobre eventual inconstitucionalidade, cabendo aos magistrados, tão somente, a tarefa de aplicar lei, ainda que incompatível com a Constituição.

Entretanto, com a reforma de 1929, o direito austríaco passou a admitir o controle concreto provocado no curso de uma demanda judicial, denominado de “*questão constitucional*”. Todavia, a questão poderia ser apenas suscitada pelos

⁶ No sistema norte-americano, o controle difuso só pode ser exercitável mediante a análise de um caso concreto principal, suscitado de forma incidental, gerando efeitos apenas “*inter partes*”. No sistema concentrado e abstrato austríaco, eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da lei, devido a suscitação como motivo principal da ação, conduz a um efeito “*erga omnes*”, irradiando-se para fora do processo.

órgãos jurisdicionais de segunda instância, podendo considerá-lo como uma forma abrandada do controle difuso de constitucionalidade.

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade das leis exerceu uma forte influência em nosso ordenamento jurídico que, a partir da Emenda Constitucional n. 16 de 06.12.1965, passou a atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência concentrada para a análise da constitucionalidade das normas em abstrato.

1.1.4 A Evolução do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

A Constituição de 1824, seguindo o modelo pós-revolucionário francês que rejeitava a interferência de um Poder sobre o outro, atribuiu exclusivamente ao Poder Legislativo a tarefa de guardar a Constituição, não reconhecendo ao Judiciário a legitimidade de eventual controle.⁷

Esta questão baseava-se na premissa de que só quem faz as leis é quem teria a autoridade e o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins.

No entanto, este controle de constitucionalidade mostrava-se fantasioso, já que a chave de toda organização política estava nas mãos do Poder Moderador, delegado privativamente ao imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante. Significa dizer que este poderia intervir em todos os atos dos demais poderes, principalmente nos atos do Poder Legislativo.

A Constituição de 1891, influenciada pelo constitucionalismo americano, sobretudo pelos trabalhos do jurista Rui Barbosa, acolheu o critério do controle difuso ou por exceção, que continuou sendo adotado nas constituições posteriores até a vigente.

Poucos anos depois, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, regulamentou parte da matéria, instituindo em seu artigo 13, §10 que:

⁷ A Constituição de 1824 preceituava: “Art. 13. O poder legislativo é delegado à assembléia geral com sanção do imperador. Art. 15. É da atribuição da assembléia geral: 8º - Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las; 9º - velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação”.

Os juízes e Tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição. (PALU, 1999, p. 111)

Conforme narra Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 111), esta lei

De uma só vez, atribuiu aos tribunais e também aos juízes o controle da constitucionalidade; a qualidade de inconstitucionalidade manifesta para ser declarada; a constrição à ilegalidade e (ou) à constitucionalidade para os regulamentos; a aplicação aos casos concretos.

A Constituição de 1934 trouxe grandes inovações, mantendo a regra do controle difuso em seu artigo 76, “a” e “b”.

Basicamente, foram três as principais inovações que se incorporaram definitivamente no Direito Constitucional Brasileiro: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, “a” e “b”), a regra de que só por maioria absoluta de votos dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.

Em relação à Carta de 1937, sua principal novidade foi alterar a sistemática do controle difuso de constitucionalidade trazida pelo parágrafo único do art 96:

Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República

Parágrafo único: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Contudo, esta alteração foi motivo de algumas polêmicas. Alguns juristas a defendiam sob o argumento de que a medida atenuaria a supremacia do Judiciário sobre os demais poderes, melhorando o sistema de freios e contrapesos; já outros, contrários à novidade, entendiam que se ocorresse a presunção de constitucionalidade da lei, esta decisão seria sempre em favor do

Legislativo e a lei passaria a ter força de uma emenda constitucional (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 178).

A Constituição de 1946 conservou o controle difuso da constitucionalidade das leis e o “*quorum*” de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade (art. 200). Com a edição da EC 16, de 6.12.65, foram introduzidas duas outras novidades:

uma nova modalidade de controle ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, ao atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República (art. 2º, “k”), e estatui que a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a Constituição Estadual (art. 19). (SILVA, 1996, p. 54).

As mudanças trazidas pela referida Emenda foram de absoluta importância, já que, a partir desta, qualquer ato normativo federal ou estadual passou a ser suscetível de controle judicial.

A Carta de 1967 trouxe tímidas inovações, mantendo, praticamente, as disposições da Carta de 1946. Ela não permitiu a criação do controle de constitucionalidade no âmbito estadual; entretanto, a Emenda 1/69 disciplinou um controle de constitucionalidade estadual para fins de intervenção nos Municípios (art. 15, §3º, “d”). O controle abstrato foi mantido, mas se possibilitou a utilização de medida cautelar nos processos objetivos após a EC 7/77. Quanto ao controle difuso, não houve mudanças.

A Constituição de 1988 tornou mais efetivo o controle de constitucionalidade pois introduziu o *controle de constitucionalidade por omissão* (art. 103, § 2º) e ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, seja por ação ou omissão (art. 103). Antes da ampliação, somente o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para propô-la. Hoje, além deste, são também legitimados o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembléia Legislativa dos Estados, os Governadores dos Estados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso

Nacional e, por fim, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Posteriormente, com a edição da EC 3, de 17.03.93, lançou-se uma outra novidade de proteção à supremacia da Constituição: a *ação declaratória de constitucionalidade*, com a pretensão de proporcionar certeza ao direito, nos termos do art. 102, I, “a” e seu § 2º, e art. 103, § 4º.

Assim, conforme os preceitos estabelecidos pela Magna Carta de 1988, pode-se afirmar que o Brasil adotou o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis, já que qualquer juiz, de qualquer instância pode declarar o vício da inconstitucionalidade, sendo possível também a utilização de uma ação direta, abstrata e concentrada, no Supremo Tribunal Federal.

Deve-se ressaltar, porém, que embora o controle seja jurisdicional, residualmente, há a participação de um órgão político, que é o Senado Federal.

1.2 CONCEITO

Segundo Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. (MORAES, 2001, p. 559).

1.3 FUNDAMENTOS E FINALIDADE

O controle de constitucionalidade das leis é decorrente do Princípio da Supremacia Constitucional, que, por sua vez, está ligado à rigidez constitucional, à proteção dos direitos fundamentais e ao próprio Estado Democrático de Direito.

1.3.1 Da Supremacia da Constituição

A idéia da supremacia constitucional adveio da própria formação estatal, onde o homem, vivendo em sociedade, deve submeter sua conduta a um conjunto de normas que se encontram escalonadas sistematicamente, de forma a

possuírem valores diferenciados (Cf. FERRARI, 1999, p. 41), formando uma espécie de pirâmide, onde a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal.

Vale dizer, que no complexo sistema normativo existe uma hierarquia, de forma que a norma superior prevalece sobre a inferior, de tal sorte que esta deverá sempre ser produzida em inteiro cumprimento àquela, sob pena de vir a ser viciada.

Neste sentido é a lição de Hans Kelsen que, ao conceber a Constituição como sendo Lei Fundamental, afirmou que “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante...” (KELSEN, 1974, p. 269).

Assim, havendo contradição entre a Lei Fundamental e a norma infraconstitucional, esta última deverá se expurgada do sistema, por ser nula ou ilegal.

Conforme esclarece Celso Ribeiro de Bastos (1996, p. 44), “Qualquer ato jurídico de natureza infraconstitucional padecerá do supremo vício da ilegalidade, o qual, no caso, em razão de ser praticado contra a Lei Maior, denomina-se inconstitucionalidade”.

1.3.2 Da Rigidez Constitucional e o Estado Democrático de Direito

A rigidez constitucional é corolário do Princípio da Supremacia da Constituição e se traduz na maior dificuldade para a modificação das normas constitucionais em relação à legislação comum ordinária, devido ao grau máximo que lhe é conferido na pirâmide jurídica.

Para que os preceitos fundamentais sejam reformados, faz-se necessário um processo especial, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais. No caso brasileiro, incluem “*quorum*” e procedimentos diversos, além de limitações materiais e circunstanciais.

Como exposto por Alexandre de Moraes (2001, p. 567):

A idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

Pode-se afirmar que a rigidez e a supremacia constitucional consistem na mais eficaz garantia da liberdade e dignidade do indivíduo, assegurando o processo democrático em um Estado de Direito, pois, sendo fundamento de validade do sistema jurídico, conferem legitimidade aos poderes estatais e estabilizam suas instituições, canalizando a participação política e eliminando os excessos de poder.

1.4 PRESSUPOSTOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

Para analisar a compatibilidade das diversas espécies normativas com as normas constitucionais, faz-se necessário uma comparação sobre dois aspectos: o aspecto material e o aspecto formal, quais sejam, a inconstitucionalidade pode ocorrer tanto por inobservância de requisitos intrínsecos (objeto da norma), quanto por inobservância de requisitos extrínsecos (processo legislativo).

1.4.1 Requisitos Formais

Analisando a compatibilidade vertical, verificamos que, num ordenamento jurídico escalonado, as normas superiores oferecem todos os requisitos de produção das normas inferiores. Assim, o pressuposto de validade da norma inferior consiste na sua elaboração em total concordância com a norma superior.

Em face disso, pode surgir incompatibilidade entre elas.

Se a contradição ocorrer durante o processo de elaboração da lei ou ato normativo, diz-se que a inconstitucionalidade será formal, pela inobservância das normas instrumentais.

Esta modalidade de inconstitucionalidade pode se apresentar de duas maneiras: uma subjetiva, relativa à fase introdutória do processo legislativo, no

tocante à iniciativa;⁸ outra objetiva, referente às duas fases do processo legislativo, ou seja, fase constitutiva e complementar.

Assim, por exemplo, se um deputado federal apresentar um projeto de lei que verse sobre a criação de cargos públicos federais e este for aprovado, esta lei ordinária será inconstitucional por apresentar vício formal subjetivo, pois a Constituição Federal, em seu artigo 61, § 1º, II, “a”, prevê expressamente competência privativa do Presidente da República para a apresentação da matéria, perante o Congresso Nacional.

Da mesma forma, haverá vício formal objetivo se um projeto de lei complementar for aprovado por maioria simples de votos, já que o artigo 69 da Constituição Federal estabelece maioria absoluta para a aprovação desta espécie normativa.

Portanto, a espécie normativa deve ser iniciada por quem detenha legitimação, devendo obedecer todo o trâmite constitucionalmente previsto nos artigos 60 a 69, de forma que, se estes requisitos forem desrespeitados, a norma elaborada apresentará, incontestavelmente, flagrante vício de inconstitucionalidade.

1.4.2 Requisitos Materiais ou Substanciais

Ocorrerá vício material de inconstitucionalidade quando houver incompatibilidade do objeto (conteúdo) da lei ou ato normativo com a Constituição Federal.

A ocorrência de vício material dispensa qualquer consideração de ordem formal, posto que o ato pode ter sido produzido de acordo com as normas instrumentais, mas seu conteúdo pode ser contrário a um princípio fundamental.

Para a doutrina tradicional, é também considerado vício material a inconstitucionalidade finalística, também denominada por alguns autores de “desvio do poder legislativo”.

⁸ Quando, por exemplo, uma pessoa política (agente) não é competente para a edição do diploma legal, “*ratione materiae*”, o vício será denominado de inconstitucionalidade orgânica.

Ela é verificável quando há contradição entre o fim da norma ou ato e o fim ou interesse constitucionalmente assumido.

Havendo qualquer espécie de incompatibilidade com os preceitos e princípios constitucionais, será manifesta a inconstitucionalidade material.

2 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 EM RELAÇÃO AO MOMENTO DE REALIZAÇÃO

Considerando o momento de intervenção do órgão competente para a apreciação da inconstitucionalidade, encontramos duas espécies de sistema de controle: o preventivo e o repressivo. Para aferir a distinção, deve-se tomar como critério o momento da entrada em vigor da lei ou ato normativo.

2.1.1 Do Controle Preventivo

O controle preventivo ou “*a priori*”, é exercido no decorrer do processo de elaboração da lei, destinando-se a impedir o ingresso no sistema, de normas que em seu projeto já se revelam contrários à Constituição. Em outras palavras, “quando a lei ou acto equivalente sujeito a controlo é ainda um <<acto imperfeito>>, carecido de eficácia jurídica...” – *sic* - (CANOTILHO, 1993, p. 967).

Existem duas formas de realização desta espécie de controle: uma exercida pelo Poder Legislativo e outra pelo Poder Executivo.

O controle realizado pelo Poder Legislativo pode ser exercido tanto pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas (art. 58, CF), que possuem a tarefa de analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados, com o texto constitucional (Cf. MORAES, 2001); quanto, também, pelo plenário da casa legislativa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.

O controle preventivo exercido pelo poder Executivo, denominado veto jurídico, é realizado pelos chefes do Poder Executivo das três esferas da federação. Ocorre, por exemplo, quando o Presidente da República veta, no todo ou em parte, o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, por entendê-lo inconstitucional (art. 66, § 1º, CF).⁹

⁹Não obstante a possibilidade, conforme esclarece Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 62), “Devemos anotar que em tais casos, porém, o veto será motivo de apreciação pelo Congresso, que, segundo disposição constitucional, pode rejeitá-lo por maioria qualificada, o que

2.1.2 Do Controle Repressivo

O controle repressivo ou “*a posteriori*” possui como objeto atos normativos perfeitos e acabados, sendo verificável ao início da vigência da lei ou ato normativo, ou seja, após sua promulgação e publicação, quando então a conduta prevista pela disposição normativa passa a ser exigida (Cf. FERRARI. 1999).

Esta espécie de controle é realizada tipicamente pelos órgãos jurisdicionais, comuns ou especiais.

No Brasil, ele é exercido pelo Poder Judiciário através de dois meios distintos: pela via da ação (art. 102, I, a e art. 103 e seus parágrafos, da CF) e pela via da exceção (art. 97 da CF).

Entretanto, a Magna Carta previu duas hipóteses em que o controle repressivo é realizado pelo Poder Legislativo e não pelo Judiciário.

A primeira exceção refere-se ao artigo 49, V, que atribuiu competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

A outra exceção, refere-se à possibilidade do Congresso Nacional rejeitar a medida provisória (art. 62), quando entendê-la inconstitucional, conforme parecer da comissão temporária mista, pois, uma vez editada a medida provisória pelo Presidente da República, ela terá vigência e eficácia imediata, de forma que já ingressará no ordenamento jurídico com força de lei, independentemente de sua natureza temporária.

Verifica-se, então, que esta espécie normativa poderá ser objeto de controle repressivo de constitucionalidade tanto por parte do Judiciário (durante a vigência da medida provisória), quanto por parte do Legislativo (da análise de sua conversão em lei).

nos levaria a transferir para o Poder Legislativo tal faculdade de apreciação de inconstitucionalidade”.

2.2 CONTROLE REPRESSIVO EM RELAÇÃO AO ÓRGÃO CONTROLADOR

Para a defesa da supremacia constitucional existem três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.

2.2.1 O Controle Político

O controle político da constitucionalidade é exercido por um órgão extrajudiciário, podendo ser conferido ao próprio Poder Legislativo, quanto a um órgão especial distinto dos demais poderes, como, por exemplo, o “*Presidium*” do “*Soviete Supremo*”, da ex União Soviética e o Conselho Constitucional, na França.

2.2.2 O Controle Jurisdicional

O controle jurisdicional tanto pode ser exercido por órgãos jurisdicionais externos à estrutura do Judiciário, como, por exemplo, as Cortes Constitucionais, salvo a da Alemanha; quanto por órgãos integrantes do Poder Judiciário, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos da América .

Neste sistema, ocorre a verificação da compatibilidade formal e material da norma analisada com a Constituição.

Nos Estados Unidos ele é denominado “*judicial review*”.

2.2.3 O Controle Misto

Verifica-se a ocorrência de um sistema de controle de constitucionalidade misto, quando a constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político, e outras, ao controle jurisdicional.

Tal modalidade é praticada na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle Jurisdicional (Cf. FERRARI. 1999).

2.3. CONTROLE CONCENTRADO OU VIA DE AÇÃO DIRETA

Em relação aos órgãos dotados de competência para a fiscalização da constitucionalidade, pode ocorrer que esta competência esteja concentrada em um único ou poucos órgãos, ou, então, que esteja distribuída de maneira difusa a uma pluralidade de órgãos.

Ainda, segundo alguns autores, existe a fiscalização mista, quando operada de modo concentrado ou difuso ao mesmo tempo. Este é o caso do sistema brasileiro, já que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 97, o controle difuso e, no artigo 102, I, “a”, o controle concentrado.

No Brasil, o controle concentrado é exercido pela via principal, ou seja, por meio de uma ação,¹⁰ um processo autônomo, diferentemente ao que ocorre na via difusa ou de exceção, que é exercido de forma incidental.

Sua finalidade é puramente objetiva, pois não tem o poder de assegurar interesse juridicamente protegido de alguém, e sim, apenas a defesa da Constituição. Em face disto, pode-se denominá-lo de fiscalização abstrata, por oposição à fiscalização subjetiva, denominada de concreta.

Em se tratando de atos normativos federais e estaduais frente à Constituição Federal, o controle abstrato de constitucionalidade está concentrado no Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, inciso I, alínea a da CF:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Já no âmbito estadual, ele é concentrado nos Tribunais de Justiça, que estão incumbidos da defesa da Constituição Estadual frente aos atos normativos estaduais ou municipais.

¹⁰ É importante tal caracterização uma vez que não existe obrigatoriamente uma correlação entre fiscalização concentrada e via de ação, ou fiscalização difusa e via de exceção. Em países como Alemanha e Áustria, por exemplo, a inconstitucionalidade suscitada por via de exceção conduz a uma fiscalização concentrada.

2.3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.

O controle abstrato de constitucionalidade brasileiro foi criado com base no sistema de controle concentrado austríaco e introduzido em nosso ordenamento por meio da Emenda Constitucional n.º 16 de 06.12.1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República.

Com a Constituição de 1988, a antiga representação de inconstitucionalidade passou a ser denominada de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo admitida também no âmbito estadual. Foi instituído um curador especial para a defesa do ato impugnado, o Advogado-Geral da União, e ampliado o rol de legitimados para sua propositura.

Por meio desse processo autônomo que é a ADIN, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, de forma objetiva, independente da existência de um caso concreto.

Conforme ensina Clèmerson Clève (2000, p. 142-143):

Trata-se, porém, de ação que inaugura um “processo objetivo”. Um “processo” que se materializa, do mesmo modo que os demais, como instrumento da jurisdição (constitucional concentrada); por meio dele será solucionado uma questão constitucional. Não pode ser tomado, entretanto, como meio para a composição de uma lide. É que, sendo “objetivo”, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida (...)

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é, propriamente, a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo... A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para a defesa da Constituição.

Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de constitucionalidade não há lide nem partes (salvo num sentido formal), posto incurrerem interesses concretos em jogo.

A finalidade desta ação é a retirada do ordenamento jurídico da lei incompatível, formal ou materialmente, com a Constituição Federal, podendo-se afirmar que o STF desempenha a função de um verdadeiro legislador negativo.¹¹

2.3.1.1 Do Objeto e Procedimento da Ação Genérica de Inconstitucionalidade

ADIN tem como objeto todas as espécies normativas elencadas no artigo 59 da Constituição Federal, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções; englobam, também, os tratados internacionais devidamente incorporados em nosso ordenamento e todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo.

Seu procedimento está disciplinado pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, sendo que, subsidiariamente, deverá ser aplicado o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

2.3.1.2 Legitimação

Embora se tenha afirmado que a ação direta genérica de inconstitucionalidade é um processo objetivo, sem lide ou parte, vale dizer que, num sentido formal, é possível falar em legitimidade ativa e passiva.¹² Mas, conforme afirmado por Clèmerson Clève (2000, p. 159), “com certa dose de reserva” e continua o autor:

¹¹ Neste sentido já consignou o Supremo Tribunal Federal: “A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo”. (RJT, 146:461, 1993, ADI 652-MA, rel. Min. Celso de Mello)

¹² Desta forma, pode-se conceber ADIN como um procedimento contencioso, reconhecendo a existência de uma verdadeira ação e pressupondo a existência de três elementos: autor – réu – juiz.

É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta contra alguém ou determinado órgão, mas sim em face de um ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional.

Os legitimados passivos da ADIN são as autoridades ou órgãos legislativos responsáveis pela edição do ato impugnado.

Já, a legitimidade ativa é conferida de forma específica e concorrente às autoridades, entes e órgãos elencados nos incisos do artigo 103 da Constituição Federal.

Assim, é competente para sua propositura o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, 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.

Para suscitar a questão da inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal entende que, para determinados legitimados, existe a necessidade da demonstração de interesses específicos, isto é, adequação temática, mas não a ponto de caracterizar um interesse jurídico subjetivo, posto que, este interesse é apenas aparentemente subjetivado, constituindo, acima de tudo, um interesse público.

Conforme prepondera Maria Regina Macedo Nery Ferrari (1999, p.197-168), existem duas classes de legitimados: os que não precisam demonstrar um interesse específico, já que o interesse em preservar a supremacia constitucional advém de suas atribuições institucionais; e aqueles devem indicar a relação de pertinência temática entre o ato impugnado e as funções exercidas pelo órgão ou entidade,¹³ por não possuir tal interesse como atribuição institucional.

Os integrantes da primeira classe são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Quanto a segunda classe, são legitimadas as entidades de classe ou confederação sindical.

É de se ressaltar que o Advogado-Geral da União não é parte na ação, mas sim uma espécie de curador da norma impugnada, possuindo apenas o dever de defendê-la a qualquer modo, utilizando-se, para tanto, dos argumentos que dispuser.

2.3.1.3 Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade – O Efeito Vinculante e sua Repercussão no Controle Difuso

Ao ser declarada procedente uma ação direta de inconstitucionalidade, esta decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e valerá para todos (*erga omnes*). A norma inconstitucional será considerada completamente nula, destituída de qualquer carga de eficácia jurídica.

A partir da Lei n. 9.868/99, foi facultada ao Supremo Tribunal Federal a manipulação dos efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, tanto em relação à sua amplitude, como em relação aos seus efeitos temporais.

Assim, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Tribunal Supremo, nos termos do art. 27 da referida lei, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela tenha eficácia somente a partir de seu trânsito em julgado ou de algum outro momento a ser fixado.

A Constituição de 1988 nada dispôs a respeito da eficácia da decisão que julgar improcedente a ação declaratória de inconstitucionalidade.

Com efeito, a Magna Carta cuidou somente de estabelecer eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante às decisões de mérito proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade nos seguintes termos:

Art. 102.....

§2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo

¹³ Em outras palavras, significa adequação entre o objeto da ação e a atividade da entidade de classe ou confederação sindical.

Embora se possa dizer que uma ADIN julgada improcedente, declare que uma norma é constitucional, e que a mesma declaração seria obtida em uma ADC julgada procedente e, por outro lado, que uma ADC julgada improcedente importa em declarar que uma norma é inconstitucional e que esta mesma declaração que seria obtida em uma ADIN julgada procedente, esta atribuição de efeitos ambíguos nem sempre será verdadeira.¹⁴

É certo que, quando ocorre a declaração de inconstitucionalidade seus efeitos são os mesmos, pois a norma será considerada absolutamente nula. Desta forma, ao ser uma ADIN julgada procedente, ou ser uma ADC julgada improcedente, a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado resultará em expurgar a norma do mundo jurídico e impedir que esta produza quaisquer efeitos, pois, em princípio, a norma será considerada completamente nula.

Porém, quanto ocorre a declaração de constitucionalidade na ADIN, seus efeitos são bem diferentes da ADC procedente, já que tais ações possuem feições bem diferenciadas pelo legislador constitucional. Vejamos:

Primeiramente, verifica-se que o objeto das duas ações é diferente, conforme o conteúdo dos artigos 102, § 2º, e art. 103, § 4º. Segundo, têm processos totalmente diversos. Terceiro, o legislador atribuiu de forma diferenciada legitimidade para a ADIN e para ADC, que foi reservada apenas ao Presidente da República à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República (CF, §4º, art. 103). Quarto, o poder constituinte reformador poderia ter previsto que o efeito vinculante também

¹⁴ Gilmar Ferreira Mendes entende que o efeito vinculante estende-se mesmo a ADIN julgada improcedente. Assim, nas palavras do autor: “Consagra-se, no parágrafo único do art. 28, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Como se sabe, a Emenda nº 3, de 1993, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu que a decisão definitiva de mérito nela proferida – incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, a proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada (...produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo...). Por essa razão, eminentes membros do Supremo Tribunal Federal, como o Ministro Sepúlveda Pertence, têm sustentado que, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade’”. (MENDES, 2003, p.08).

beneficiária as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, o que não o fez (Cf. FERRARI, 1999).

Desta forma, verifica-se na ação direta de inconstitucionalidade que a decisão não tem a força vinculante, própria das decisões de mérito proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade, nem a força de modificar ou transformar a realidade fática, visto que apenas aprecia a validade da lei em tese, dissociada de um caso concreto, necessitando os que por ela foram atingidos recorrer ao Judiciário (...). (FERRARI, 1999, p. 83).

Neste sentido entende Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 240-241) que:

Assim declarada a constitucionalidade de uma determinada lei, em virtude de sentença que julga improcedente a ação direta, não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa objeto, e quando devidamente provocado, decretar a inconstitucionalidade do dispositivo atacado(...)

...à medida que a eficácia da decisão na ação direta ´se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional (e, portanto, nulo desde a origem) ou constitucional (e, conseqüentemente, válido) [...] às partes prejudicadas nos casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto`.

Atualmente, defende-se que o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, teria atribuído eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante às duas espécies de ações conforme se transcreve:

Art. 28.....

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Ocorre que o legislador ordinário ultrapassou os limites ditados pelo legislador constituinte (CF, art. 102, § 2º), ou seja, além de atribuir efeito vinculante a qualquer tipo de decisão proferida em sede de ADC, atribuiu efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ADIN, contrariando claramente o estabelecido na Magna Carta.

Assim pode-se dizer que tal dispositivo é inconstitucional e que a constitucionalidade proferida na ADIN improcedente não possui efeito vinculante.

Este também é o entendimento do Ministro Moreira Alves, que ao apreciar a Reclamação 1880, ajuizada pelo município paulista de Turmalina, destacou:

A lei neste ponto é inconstitucional, como é inconstitucional o art. 27, que vai contra aquilo que é imanente ao nosso sistema, ou seja, que o efeito dessas declarações é desconstitutivo, tendo em vista a circunstância de que nós temos ao lado do controle concentrado, o controle difuso, e não é possível haver um controle com uma eficácia e outro com outra diferente quando eles visam, em última análise, ao mesmo objetivo. (STF: Reclamação n. 1880/SP, rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 21.08.2001, p. 0041)

Antigamente, em respeito à presunção de maior sabedoria dos julgadores oficiais nos tribunais superiores, os juízes e tribunais menores acabavam por acatar suas decisões, o que, como se sabe atualmente, tal presunção não é verdadeira (Cf. RAMOS, 1996).

Contudo, se tal pensamento continuar a ser defendido, esta atitude poderá levar a consequências sérias, acarretando um verdadeiro retrocesso do ponto de vista da judicatura, um engessamento jurisprudencial, prejudicando o próprio avanço da ciência jurídica, que como cediço, nasce nos juízos de primeira instância (Cf. AMARAL, 2003).

O magistrado estaria por abandonar suas prerrogativas e deveres, de modo que a subordinação tornaria inútil o controle difuso da constitucionalidade quando, ocorrendo a improcedência de uma ADIN, se concedesse efeito vinculante.

A decretação incidental de inconstitucionalidade por um juiz singular não objetiva precipuamente essa decretação, a qual se coloca como fundamento do pedido ou da defesa ou da questão oficiosamente levantada pelo Judiciário e por ele resolvida e, portanto, nesses casos, não fica esta decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Conforme ensina Arruda Alvim (2003, p 212), “Este procedimento não é senão decorrência e aplicação, nas últimas consequências, da regra de *da mihi factum, dabo tibi jus*” – ou seja, o juiz não está sujeito a outro império que não

seja o da lei, de acordo com o seu livre convencimento, o processo comum é construído sempre e indispensavelmente sobre fatos históricos. E continua:

O juiz é obrigado a aplicar o direito, e a regra jurídica ordinária que contravir à Constituição não é direito, pois, pela hierarquia das normas, é norma constitucional que terá irrefragavelmente de prevalecer sobre a infraconstitucional, mesmo porque, em tal hipótese, carece a infraconstitucional de legitimidade. (ALVIN, 2003, p. 212).

Isto porque, quando uma lei, em sede de ação direta de inconstitucionalidade é declarada constitucional, a norma simplesmente continua a viger no mundo jurídico como antes de interposta tal medida.

É certo que a coisa julgada formal e material que se adere à decisão deve ser respeitada pelo próprio STF e demais órgãos do Poder Judiciário (por isso a ADIN procedente tem eficácia “*erga omnes*” qualificada pela coisa julgada), entretanto, a coisa julgada não congela de modo definitivo a decisão Suprema (CLÈVE, 2000, p. 240), já que nosso sistema não adotou o sistema americano do “*stare decisis*”, ou seja, os precedentes judiciais não vinculam a apreciação do caso em análise, somente servem para nortear o operador do direito.

Se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade tivesse força de coisa julgada, significaria isso que se estava a consagrar, entre nós, a regra do “*stare decisis*” ou da vinculação a precedentes judiciais, regra estranha ao nosso direito e só admissível quando estabelecida através de processos constitucionalmente reconhecidos (...). (CANOTILHO, 1993, p. 1080).

Ainda que se alegue que a coisa julgada proferida em sede de ADIN impediria a reanálise do caso, tal assertiva mostra-se inconcebível, já que em nosso sistema processual civil, ao contrário do sistema germânico,¹⁵ somente a parte dispositiva é que faz coisa julgada (CPC, art. 469) e, desta forma, as alterações das circunstâncias fáticas (motivos determinantes) autorizariam o deslocamento da compreensão constitucional da matéria. (Cf. CLÈVE, 2000).

Reforçando-se este entendimento, consoante o disposto no artigo 101 e 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, entende-se que a jurisprudência assentada em matéria constitucional e a compreendida em súmula podem ser revistas, logo, a rediscussão da matéria não estaria precluída.

Eventual vinculação da decisão de uma ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente estaria por afrontar indubitavelmente a Constituição Federal, principalmente no que concerne aos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantidor do princípio da legalidade, base da existência do Estado de Direito, em que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (CF, art. 5º, XXXV).

Este é um dos mais importantes preceitos de nosso ordenamento, uma garantia fundamental conquistada pelo indivíduo.

E, assim, constitui-se em medida amplíssima... de salvaguarda dos direitos definidos pelas leis materiais, ou nelas compreendidos. Isto significa que toda e qualquer pessoa terá o direito de acesso ao Poder Judiciário. (ALVIM, 2003, p. 209).

E não se diga que a inobservância da vinculação da decisão improcedente da ação direta de inconstitucionalidade estaria por ferir a segurança jurídica, ante a possibilidade de surgirem decisões divergentes a casos semelhantes, posto que o controle difuso tem caráter incidental, e a afastabilidade da norma se dá com base nas circunstâncias fáticas do caso analisado, na fundamentação da decisão, não fazendo coisa julgada; e não “*principaliter*”, como é o no caso de controle concentrado, em que a lei é discutida abstratamente.

Assim, embora a ADIN nº 1232-1, que julgou a constitucionalidade do §3º da Lei n. 8.213/95, que estabelece como requisito à concessão do benefício assistencial da prestação continuada a percepção de renda “*per capita*” não superior a ¼ do salário mínimo, tenha sido julgada improcedente, é de se concluir, que por falta de previsão constitucional, esta decisão não subordinaria os demais órgãos do Poder Judiciário.

Não obstante a tese de que o efeito vinculante traria a possibilidade de igualdade de efeitos e isso acarretaria em segurança jurídica (Cf. Mendes, 2003); na prática, essa pretensiosa “igualdade” de efeitos feriria por completo o princípio da verdadeira isonomia, consistente no tratamento desigual aos casos desiguais, na medida em que estes se desigualem.

¹⁵ No sistema germânico a fundamentação da decisão também faz coisa julgada.

Como cediço, para que se possa chegar à verdadeira isonomia deve-se levar em consideração a finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, não se estaria dando tratamento igualitário se fosse concedido o benefício assistencial a uma família que possui renda de até um salário mínimo, composta de quatro indivíduos e não fosse concedido à família que, não obstante possuir uma renda mensal um pouco superior ao salário mínimo, tivesse de suportar gastos voluntuosos com a saúde, principalmente na compra de equipamentos especiais ou remédios que, na maioria das vezes, não são ofertados pela rede pública de saúde, acarretando o comprometimento significativo de sua subsistência. Onde estaria o preceito fundamental da igualdade de condições? São estas discrepâncias que contribuem à chamada “fomentação da miséria”.

Logo, o caso concreto é que deverá balizar a necessidade ou não da afastabilidade da norma, já que, dependendo das circunstâncias fáticas, uma norma pode ser considerada constitucional ou não, o que demonstra que a vinculação de determinadas decisões em sede de controle concentrado pode ser extremamente prejudicial em sede de controle difuso, pois, de acordo com os pronunciamentos do Ministro Francisco Rezek, “não há um processo igual ao outro no âmbito do confronto de interesses individuais”.¹⁶

Este é o entendimento do Desembargador Federal André Nabarrete, que em seu relatório proferido no Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.055781-8, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sustentou brilhantemente:

Ressalto, por fim, quanto à regra da ‘renda per capita’ de ¼ do salário mínimo, que esta só deve ser compreendida como um indicativo, um parâmetro para nortear o julgador, diante das especificidades do caso concreto. Não pode, entretanto, ser interpretada de forma meramente aritmética. Sua aplicação deve ser consentânea com os demais princípios de direito, tais como o do art. 6º da LICC e a da garantia constitucional fundamental de assistências aos desamparados, contida no art. 6º da Carta Magna.

¹⁶ Ministro Francisco Rezek, em voto proferido quando do julgamento da ADC nº 1.1-DF.

Concluindo, atribuir efeito vinculante a uma ADIN julgada improcedente, por meio de uma lei ordinária de conteúdo inconstitucional (Lei n. 9.868/99), de modo a fazer com que a análise de um caso concreto seja extremamente prejudicada objetivamente, seria um desrespeito total ao nosso “Estado Democrático de Direito”, aos princípios e preceitos constitucionalmente estabelecidos. Ainda, é de se argumentar que nem sempre as decisões do Supremo Tribunal Federal refletem uma posição baseada na Ciência Jurídica, e sim, reflexos de posicionamentos políticos, balizados por interesses do Poder Executivo (art. 102, parágrafo único, CF).

In casu, poderia-se dizer que a ADIN analisada, julgada “politicamente” improcedente, estaria por suprir o rombo nos cofres da Previdência Social? Seria certo abandonar os que dependem do benefício assistencial por não preencherem um requisito que, claramente, não reflete a realidade vivenciada por muitos, e abandoná-los à mingua, em total desrespeito à Constituição Federal? Onde estaria a proporcionalidade? Qual interesse seria mais relevante?

2.4 O CONTROLE DIFUSO OU VIA DE EXCEÇÃO

O controle difuso de constitucionalidade brasileiro foi inspirado na “*judicial review*” norte-americano, conforme já discorrido em outro tópico do presente estudo.

Ele se caracteriza pela possibilidade de todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, no caso concreto, a análise da compatibilidade da lei ou ato normativo federal ou estadual frente a Constituição Federal.

Está previsto no artigo 97 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria de seus membros ou membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Para que este controle possa ser exercitado, a inconstitucionalidade deverá ser suscitada como uma questão prejudicial da matéria que constitui o objeto da demanda, não existindo um ataque direto à norma, tal como se dá no controle

concentrado, onde a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é aferida em tese.

Desta forma, verifica-se que o controle difuso só poderá ser realizado em face de um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário.¹⁷

Assim, havendo uma lide em juízo, o juiz ou tribunal para solucioná-la deverá, incidentalmente e de forma preliminar, aferir a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo (seja ele municipal, estadual, distrital ou federal) para, posteriormente, entregar a prestação jurisdicional, decidindo a relação de direito controvertida.

Logo, quando o juiz ou tribunal apreciar a matéria prejudicial não exercerá a “*iudicium*” (poder principal da função jurisdicional), mas sim a “*cognitio*” (poder implícito de jurisdição), sendo que esta decisão não dirá respeito diretamente à lide, e sim, se situará como um antecedente lógico da sentença, necessário para solução do caso concreto.

2.4.1 Como Suscitar a Questão Constitucional

2.4.1.1 Da legitimidade

No nosso ordenamento jurídico o particular pode agir tanto para atacar como para se prevenir do ato praticado ou na eminência de sê-lo, com fundamento na lei inconstitucional.

Desta maneira, conforme ensina Celso Ribeiro de Bastos (Cf. BASTOS, 1996), o interessado poderá assumir tanto uma postura passiva, quando cobrado judicialmente invocar uma questão prejudicial de constitucionalidade, quanto uma atitude ativa, atacando de imediato o ato inconstitucional que ofensivo aos seus direitos por meio de ações, como por exemplo, o mandado de segurança.

Logo, questão prejudicial de inconstitucionalidade poderá ser argüida pelo réu, por ocasião da resposta, ou seja, na contestação, reconvenção ou exceção,¹⁸

¹⁷ Neste sentido: TSE – Ag. Instr. n.º 2.049 – Classe 2º/MG – Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *Diário de Justiça*, Seção I, 24 mar. 2000. p. 25.

¹⁸ A palavra exceção foi empregada no texto em seu sentido amplo, significando toda matéria de defesa que influencia na apreciação do mérito da causa, e não no seu sentido estrito, que são as denominadas exceções instrumentais, previstas nos artigos 304 a 314 do CPC, que são meios de defesa indireta contra o próprio processo.

pelo terceiro integrante da relação processual (assistente, litisconsorte, oponente, etc.), ou ainda, pelo autor, na inicial da ação de qualquer natureza, seja ela civil, trabalhista ou eleitoral, pelo procedimento cognitivo, no processo de execução ou procedimento cautelar e, até mesmo, por meio das ações constitucionais como o mandado de segurança, o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data*, a ação civil pública e ação popular (Cf. CLÈVE, 2000).

Não só as partes e os terceiros envolvidos na demanda poderão suscitar a inconstitucionalidade; o Ministério Público também poderá fazê-lo nos feitos em que officiar, seja como parte, seja como “*custos legis*”.

Ainda, o juiz ou tribunal poderá recusar-se à aplicação da lei ou ato normativo viciado pela inconstitucionalidade, declarando-o “*ex officio*”, posto ser a questão da constitucionalidade matéria de direito, cognoscível de ofício.

2.4.1.2 Da Competência

Será competente para apreciação da matéria apresentada “*incidenter tantum*”, o juiz ou tribunal competente para processar e julgar a causa, tanto em primeiro grau, quanto em grau de recurso.

2.4.1.3 Da Cláusula de Reserva de Plenário

O artigo 97 da Constituição Federal prescreve que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público somente será declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu respectivo órgão especial.

Este dispositivo, também denominado “cláusula de reserva de plenário”, estabelece uma condição de eficácia jurídica à declaração de inconstitucionalidade proferida unicamente no âmbito dos tribunais, garantindo assim, uma maior segurança jurídica em seus pronunciamentos.

Desta forma, o “*quorum*” de reserva de plenário deverá obedecido por todos os tribunais que analisarem a constitucionalidade pela via difusa, e pelo Supremo Tribunal Federal quando aferi-la pela via concentrada.

Assim, caso a decisão proferida pelo órgão especial ou pelo pleno do tribunal não observar o requisito de maioria absoluta de votos exigidos para declaração da inconstitucionalidade, esta decisão será considerada absolutamente nula, e a inconstitucionalidade proferida implicará na aplicação da lei contestada como se fosse constitucional.¹⁹

Deve-se ressaltar, que a exigência de maioria absoluta somente atinge as decisões que envolvam a declaração final de inconstitucionalidade.

Excepcionalmente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende ser dispensável a reserva de plenário desde que presentes dois requisitos.

Assim, será dispensável caso houver a existência de pronunciamento anterior da inconstitucionalidade da lei ou ato pelo Plenário do Supremo, bem como, no âmbito do Tribunal “*a quo*”, houver uma decisão plenária em relação ao mesmo ato do Poder Público em discussão, mesmo que deste pronunciamento anterior não se tenha um resultado formalmente reconhecido da inconstitucionalidade da norma suscitada (Cf. MORAES, 2001).

Devido ao artigo 97 da Constituição Federal referir-se unicamente aos tribunais, discutiu-se, durante muito tempo, se os juízes de primeiro grau teriam competência para declarar a inconstitucionalidade incidentalmente. Hoje, esta questão encontra-se pacificada em nossos Tribunais, não havendo, portanto, qualquer impedimento.²⁰

2.4.1.4 Do Procedimento

A controvérsia incidental sobre a constitucionalidade submetida à jurisdição de primeiro grau não possui procedimento específico, sendo resolvida quando do julgamento da causa, como todas as demais questões prejudiciais de mérito.

Já, no âmbito dos tribunais, o incidente seguirá o procedimento estabelecido em seus respectivos regimentos internos, como também pelo Código de Processo Civil, nos artigos 480 a 482.

¹⁹ Neste sentido: RTJ 58/499, RTJ 71/233, RTJ 110/266.

²⁰ Neste sentido: RTJ 554/253 e RTJ 63/137.

2.4.2 O Controle Difuso no Processo Legislativo

O princípio do devido processo legislativo é corolário do princípio da legalidade e sua observância, caso seja necessária, deverá ser garantida jurisdicionalmente, sendo inegável, portanto, o cabimento do controle difuso de constitucionalidade quando houver flagrante vício de inconstitucionalidade formal.

As normas do processo legiferante constitucional possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador, estando previstas nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal.

Embora no processo legislativo em trâmite não exista ainda a lei ou o ato normativo passível de controle concentrado, o controle difuso será possível unicamente por meio de ajuizamento de mandado de segurança. Este “*mandamus*” só poderá ser impetrado pelos parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo, contra atos concretos da autoridade coatora, como por exemplo, atos do Presidente ou da Mesa da Casa Legislativa.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os congressistas possuem direito líquido e certo de somente participarem de processos legislativos em conformidade com as normas constitucionais e legais.²¹

Ao apreciar o mandado de segurança, o Judiciário analisará a prejudicial de inconstitucionalidade “*incidenter tantum*” de forma a verificar se houve ou não respeito a seqüência determinada dos atos durante o processo legislativo, consoante os artigos 59 a 69 da Constituição, para posteriormente, no mérito, garantir ao congressista o seu direito líquido e certo.

Será igualmente possível o controle difuso quando houver desrespeito às normas regimentais durante o processo legiferante, pois, neste caso, haverá manifesta ilegalidade, uma vez que os regimentos internos (do Congresso Nacional, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados) são espécies normativas primárias previstas na Constituição, no inciso VII, art.59.

Com relação a interpretação das normas regimentais da Casas Legislativa, existem dois posicionamentos no Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade do exercício do controle difuso.

²¹ Neste sentido: RTJ 112/1023.

A posição majoritária entende que a interpretação das normas regimentais, por se tratarem de normas “*interna corporis*”, são insuscetíveis de apreciação judiciária, devendo se respeitar o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF).²²

O segundo posicionamento entende que compete ao Poder Judiciário uma análise mais ampla do princípio do devido processo legislativo (arts. 59 a 69, CF), e das normas do regimento interno da Casa Legislativa, inclusive no tocante as suas interpretações, de forma que o processo legislativo deverá sempre se pautar pela constitucionalidade e legalidade.²³

2.4.3 Os Efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade no Controle Difuso

Através do controle difuso de constitucionalidade, o suscitante, no intuito de satisfazer sua pretensão principal, procura subtrair-se aos efeitos de uma lei ou ato normativo viciando pela inconstitucionalidade, argüindo-a incidentalmente. Por isso, é de se afirmar, que essa decisão atua como uma garantia de defesa de direitos subjetivos, restabelecendo a ordem jurídica ofendida, liberando-o da carga ilegal (Cf. BARROS, 1996).

Conforme ensina Buzaid (apud CLÈVE, 2000, p. 113), a lei contrária à Constituição “é írrita e nula e não apenas anulável, porém só para as partes litigantes”.

Desta forma, a lei declarada incidentalmente inconstitucional no caso posto “*sub judice*” será considerada absolutamente nula, produzindo efeito “*ex tunc*”, ou seja, a relação jurídica originada com base na lei inconstitucional será fulminada desde o seu nascimento, como se esta lei, relativamente à lide, nunca houvesse existido e a decisão de mérito, acerca do caso concreto será final, inatacável e definitiva.

Entretanto, o mesmo não ocorre em relação aos terceiros não partícipes do feito, pois, com relação a estes, a norma continuará a vigorar e a produzir efeitos.

²² Neste sentido: RTJ 112/1023, RTJ 112/598 e RTJ 116/67.

Segundo Othon Sidou (apud BASTOS, 1996, p. 357),

A sentença não tem força para revogar a lei inconstitucional. E seus efeitos, julgados em proveito de alguém que haja provocado o pronunciamento do órgão julgante, não se estendem em favor de outrem, mesmo que subordinado à mesma lei atacada, a não ser que, igualmente, postule a garantia.

Isto ocorre porque a declaração de inconstitucionalidade argüida “*incidenter tantum*” possui eficácia meramente intraprocessual, sem força de coisa julgada, pois em nosso ordenamento jurídico, de acordo com o artigo 496, inc. III, do Código de Processo Civil, a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente não faz coisa julgada.

É de se ater, que a coisa julgada incide somente sobre a parte dispositiva da sentença, ou seja, sobre a decisão acerca da relação de direito material discutida, e não sobre os fundamentos que determinam essa decisão.

Por isso, a inconstitucionalidade se

opera retroativamente em relação ao caso que lhe deu motivo, só em relação a este, destruindo os efeitos produzidos pela lei inconstitucional nos limites da “*litis*” principal, que proporcionou, incidentalmente o exame da inconstitucionalidade. (FERRARI, 1999, p. 144).

Caso o interessado queira estender a autoridade da coisa julgada a uma questão prejudicial de mérito, ele deverá fazê-lo por meio da ação declaratória incidental, conforme dispõe o art. 5º c.c art. 470 do CPC, neste caso, a decisão só fará coisa julgada formal, não podendo a matéria ser novamente discutida dentro do processo em que foi analisada.

Quanto à decisão de mérito proferida na ação em que se argüi a inconstitucionalidade “*incidenter tantum*” de uma lei ou ato normativo judicial, esta produzirá os mesmos efeitos que todas as sentenças judiciais ocorridas em processos comuns produzem, “porque o que se visa é resolver uma relação jurídica e a inconstitucionalidade só será levantada e analisada na medida e enquanto for necessária a solução da “*litis*””. (FERRARI, 1999, p.144).

²³ Neste sentido: STF – Pleno – MS nº 22503-3/DF – Rel. para Acórdão Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.872.

No Brasil, ao contrário da regra da “*stare decisis*” americana,²⁴ a declaração de inconstitucionalidade não vincula o órgão julgador, de forma a adotar a mesma postura em casos semelhantes. Entretanto, para que isto ocorra, a Constituição Federal, em seu art. 52, inc. X, outorgou ao Senado a possibilidade de suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado incidentalmente inconstitucional por sentença definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe eficácia “*erga omnes*”, conforme será estudado no próximo capítulo.

2.4.4 O Controle Difuso e o Senado Federal

Ao ser declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo qualquer, esta decisão não constitui precedente obrigatório a vincular os demais órgãos jurisdicionados. Todavia, se esta declaração incidental for realizada pelo Supremo Tribunal Federal em caráter definitivo, ele poderá oficiar o Senado Federal para que este, por meio da espécie normativa resolução, possa suspender, no todo ou em parte, a execução desta lei ou ato normativo tido inconstitucional.

Conforme preceitua o art. 52, X, da Constituição Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
(...)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, pode-se afirmar que, ao editar a resolução suspendendo a execução da lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, esta atribuirá efeitos “*erga omnes*” à decisão do Tribunal, de forma que esta lei ou ato normativo não mais poderão ser considerados em vigor, em outras palavras, estarão revogados.

Por fim, impende ressaltar, quer o Senado Federal possui competência para suspender, no todo ou em parte, tanto as leis ou atos normativos federais,

²⁴ Vinculação dos precedentes judiciais.

quanto estaduais, distritais ou municipais, declarados incidentalmente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

2.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

No presente capítulo se fará uma breve análise do controle de constitucionalidade das leis municipais, seja em face da Constituição Estadual, seja em face da constituição Federal.

A matéria suscitada merece cuidado especial, já que é alvo de numerosas controvérsias doutrinárias e jurisprudências.

Não se pretende esgotar o assunto, apenas explicitar os entendimentos mais ocorrentes, para que, ao final desta pesquisa monográfica possa se chegar à uma conclusão acerca do cabimento do controle difuso de constitucionalidade das leis municipais em sede de ação civil pública.

Para uma melhor compreensão sobre do assunto, este capítulo será dividido em dois sub item conforme se verifica abaixo.

2.5.1 A Inconstitucionalidade da Lei Municipal em Face da Constituição Estadual

Conforme verificado no capítulo que trata da origem histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, o controle difuso de constitucionalidade vem sendo exercido desde 1891 tanto pelos órgãos judiciários federais, como pelos estaduais.

Deste modo, era lícito aos juízes e tribunais declarar a inconstitucionalidade pela via difusa, da lei ou ato normativo municipal contestado em face da Constituição Federal, bem como contestado em face da Constituição do Estado Federado.

Atualmente, esta autorização encontra-se no artigo 97 da Constituição Federal.

No entanto, em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade de normas municipais, verifica-se que os antigos diplomas constitucionais não

dispuseram sobre a matéria, exceto, a partir da Emenda n. 1/69. Hoje, porém, a Magna Carta, através do seu art. 125, § 2º, autorizou de forma expressa que os Estados-Membros instituíssem a representação de inconstitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, “*in literis*”:

Art. 125. os Estados organizarão sua Justiça, observado os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição Estadual, vedada a atribuição a um único órgão.

Assim, verifica-se que a Constituição Federal permitiu aos Estados-Membros a criação de um subsistema de controle concentrado de constitucionalidade dentro do sistema federal, objetivando a defesa de suas Cartas Políticas, que são dotadas de supremacia ante as demais normas do ordenamento jurídico estadual.

Esta medida se justifica pelo fato destas entidades políticas possuírem autonomia constitucional e política, regendo-se por Constituições próprias, mas é claro, sempre em observância às normas Constitucionais Federais Supremas.

Assim, ocorrendo qualquer conflito entre as normas municipais infraconstitucionais e as normas Constitucionais Estaduais, em obediência ao princípio da hierarquia das normas, a lei municipal deverá ser declarada inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico municipal.

A fiscalização abstrata de constitucionalidade no âmbito estadual deverá seguir procedimento semelhante ao adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade, e será regido tanto pela Constituição de cada Estado, bem como pelos regimentos internos de seus Tribunais de Justiça.

A característica mais significativa desse controle reside na possibilidade de ser interposto recurso extraordinário, caso presente os pressupostos de cabimento.

Outra diferença consiste na liberdade conferida pela Constituição Federal aos Estados-Membros em indicar os legitimados ativos para a ação, sem a

observância obrigatória do seu art. 103, que estabelece o rol de legitimados para a propositura da ADIN, de forma taxativa, perante o Supremo Tribunal Federal.

A grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais ocorre quando estas são contestadas em face de normas constitucionais estaduais que reproduzem normas constitucionais federais. Discute-se aí, se os Tribunais de Justiça Estaduais teriam competência para declarar tal inconstitucionalidade, de forma a não usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal que é o grande guardião da Constituição Federal.

Os autores costumam diferenciar os efeitos do controle de constitucionalidade quando a norma reproduzida na Constituição Estadual for de caráter obrigatório ou de adesão voluntária do constituinte estadual.

Se a norma for de reprodução obrigatória e ensejar interpretações deficientes, caberá a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, caso a lei municipal seja contestada em face de norma de adesão voluntária, a questão constitucional se resolverá tão somente no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais. Este é o entendimento de Clèmerson Merlin Clève que leciona:

Em princípio, apenas as primeiras podem ensejar, no caso de deficiente interpretação, a interposição do recurso extraordinário. As segundas, configurando normas constitucionais estritamente estaduais, servem de parâmetro definitivo e único para a aferição da validade dos atos normativos e das leis estaduais. (CLÈVE apud ROCHA, 2001, p. 85).

De forma semelhante dispõe Fernando Luiz Ximenes da Rocha:

No entanto, tratando-se de violação da Constituição do Estado-membro por lei ou ato normativo municipal, as decisões proferidas por órgãos judiciais inferiores serão revistas tão-somente pelo Tribunal de Justiça, não cabendo o apelo extremo, à mingua de previsão constitucional, salvo se a disposição afrontada reproduz norma constitucional federal de observância obrigatória para os Estados Federados. Do contrário, há de se prevalecer a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe não caber recurso extraordinário por ofensa ao direito local. (ROCHA, 2001, p. 95).²⁵

²⁵ Entretanto, é se verificar, que ao Tribunal de Justiça do Estado ao julgar em caráter definitivo a lei municipal contestada em face de norma constitucional estadual de reprodução voluntária de norma constitucional federal, por não ser cabível recurso extraordinário, conforme os entendimentos reportados, poderá haver uma “crise de interpretação constitucional”, ou seja, a

Não obstante as divergências apontadas, Fernando Luiz Ximenes Rocha esclarece:

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal tem pacificado entendimento de que ao Tribunal de Justiça dos Estados compete processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, ainda que se trate de reprodução de preceito da Constituição Federal. (ROCHA, 2001, p. 84).

Corroborando com sua afirmação, o citado autor traz à colação a Reclamação nº 383, julgada em 10.06.92, cujo relator foi o i. Min. Moreira Alves. Conforme esclareceu, o acórdão que a seguir se expõe foi o precedente do entendimento majoritário:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça na qual se impugna lei Municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros.

Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com a possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados-membros contrariar o sentido e alcance desta.

Reclamação conhecida, mas julgada improcedente (DJU de 21.05.93, p. 9765) – (apud ROCHA, 2001, p. 64-65).

Assim, pode-se concluir que, em princípio, quando houver divergência entre a norma municipal e a norma constitucional estadual que for de adesão voluntária da Constituição Federal, o Tribunal de Justiça do Estado resolverá a questão em caráter definitivo, seja no controle difuso, seja no controle concentrado de constitucionalidade.

norma de igual teor constitucional poderá ser interpretada de uma forma pelo Tribunal de Justiça Estadual e de outra forma pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não existe ainda solução para esse conflito, mas, em tese, através de uma interpretação analógica com o instituto da ADIN e, em uma hipótese bastante remota, poderia caber reclamação à Suprema Corte, obrigando o Tribunal de Justiça que decidiu em última instância a observar os pronunciamentos do Supremo, já que este é o Guardião por excelência da Constituição Federal.

Já, em se tratando de dispositivo constitucional estadual de observância obrigatória à Constituição Federal, a decisão prolatada pelo Tribunal Estadual não possuirá força definitiva, uma vez que caberá a interposição de recurso extraordinário, desde que a matéria tenha sido devidamente pré-questionada.

2.5.2 A Inconstitucionalidade da Lei Municipal em face da Constituição Federal

É pacífico em nosso ordenamento jurídico a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Federal.

Entretanto, em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade a questão se torna bastante divergente.

Isto se dá pelo fato do artigo 103, I, “a” da Constituição Federal ter conferido ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei e ato normativo federal ou estadual, omitindo-se quanto às leis municipais.

Alguns doutrinadores sustentam que esta lacuna constitucional poderia ser suprida pelo constituinte estadual, posto que este “teria” a faculdade de atribuir, por intermédio de sua Constituição Estadual, a competência em decidir a controvérsia travada entre a lei municipal e a norma constitucional federal ao Tribunal de Justiça local (Cf. ROCHA, 2001, p. 124).

Em que pesem tais argumentos, este não é o melhor entendimento, já que o Supremo Tribunal Federal vem pronunciando no sentido de que essa eventual autorização pela Constituição Estadual seria inconstitucional, pois o constituinte estadual estaria indo além da faculdade que lhe foi outorgada no § 2º do art. 125 da Constituição Federal, que refere explicitamente ser possível a representação abstrata de inconstitucionalidade somente em face da Constituição Estadual.

Neste sentido o Tribunal Pleno julgou a reclamação n.º 595/SE – Sergipe, cujo relator foi o i. Ministro Sydney Sanches:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, EM CURSO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE, COM LIMINAR

DEFERIDA. RECLAMAÇÃO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
PROCEDÊNCIA.

1. Dispõe o art. 106, I, “c”, da Constituição do Estado de Sergipe: “Art. 106. Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originariamente: ... “c” – a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais em face da Constituição Estadual e de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal ou Estadual”.

2. Com base nesta norma, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe tem julgado Ações Diretas de inconstitucionalidade de leis municipais, mesmo em face da Constituição Federal.

3. Sucede que esta Corte, a 13 de março de 2002, tratando de norma constitucional semelhante do Estado do Rio grande do Sul, no julgamento da ADI n.º 409, Relator Ministro SEPÚLVERA PERTENCE (DJ de 26.04.2002, Ementário n.º 2066-1), decidiu: “Controle abstrato de constitucionalidade de leis locais (CF, art. 125, § 2º): cabimento restrito à fiscalização da validade de leis ou atos normativos locais – sejam estaduais ou municipais -, em face da Constituição Estadual: invalidade da disposição constitucional estadual que outorga competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de normas municipais em face também da Constituição Federal: precedentes”.

4. Adotados os fundamentos apresentados neste aresto unânime do Plenário e em cada um dos precedentes neles referidos, a presente reclamação é julgada precedente, para se extinguir, sem exame do mérito, o processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 02/96, proposta perante o Tribunal de justiça do Estado do Sergipe, por falta de possibilidade jurídica do pedido, cassada definitivamente a medida liminar nele concedida.

5. Incidentalmente, o S.T.F. declara a inconstitucionalidade das expressões “Federal ou da”, constantes da alínea “c” do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado do Sergipe.

6. A esse respeito, será feita comunicação ao Senado Federal de Sergipe, para os fins do art. 52, X, da Constituição Federal. E também ao Tribunal de Justiça de Sergipe (STF, Reclamação n.º 595/SE-Sergipe, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, s/d de publicação).

Em face disto, é de se concluir que o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contestado em face da Constituição Federal, só poderá ser realizado através do controle difuso de constitucionalidade (art. 97 da CF), arguindo-se a questão constitucional de forma incidental, em um caso concreto a posto “*sub judice*”.²⁶

²⁶ Neste sentido também conclui Fernando Luiz Ximenes da Rocha (2001. p. 112): “Concluimos, portanto, que o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal continua a processar-se tão-somente pela via difusa, consoante entendimento já pacificado por nossa Corte constitucional e consagrado à quase unanimidade da doutrina.”

2.6 ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS

2.6.1 Da Iniciativa

A iniciativa para propor o incidente de inconstitucionalidade caberá às partes do processo, inclusive aos assistentes, sendo igual poder conferido ao Ministério Público, seja como parte, seja como “*custos legis*”.

Também são legitimados o relator, o revisor, ou os juízes do órgão do tribunal encarregado do julgamento da causa principal, que poderão suscitar a questão “*ex officio*”.

2.6.2. Do Momento

O incidente poderá ser argüido em qualquer processo sujeito a julgamento pelos tribunais, quais sejam: recursos, causas de competência originária ou causas sujeitas ao reexame necessário.

Segundo Barbosa Moreira, por ser a inconstitucionalidade matéria de direito, não estará sujeito à preclusão o direito de argüir o incidente, podendo a parte fazê-lo na inicial, na contestação, nas razões de recurso, em petição avulsa e, até mesmo, através de sustentação oral em sessão de julgamento (Cf. BARBOSA MOREIRA, 1998).

O Ministério Público poderá suscitar a inconstitucionalidade a qualquer momento em que falar no processo e, caso não faça, será sempre ouvido antes da decisão da Turma ou Câmara a que tocar o conhecimento do processo.

2.6.3 Da Competência

A questão é levantada perante o órgão do tribunal (Turma ou Câmara) encarregado do julgamento da causa. Entretanto, este órgão parcial não possui competência para declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a

constitucionalidade da norma impugnada, julgando o incidente improcedente, ou julga-lo inadmissível, caso entenda ser irrelevante a argüição dos interessados.²⁷

Se a alegação for rejeitada, conforme estabelece o artigo 481 do Código de Processo Civil, o julgamento da causa prosseguirá. Se por outro lado, for acolhida, o julgamento do feito será suspenso, lavrando-se um acórdão e remetendo-se a questão ao tribunal pleno ou órgão especial que o representa (artigo 481 do CPC).

2.6.4 Do Julgamento

O Tribunal Pleno ou órgão especial julgará a prejudicial de inconstitucionalidade, sendo este julgamento unicamente de direito, não havendo devolução acerca da matéria de fato, nem de outras questões de direito não atingidas pela argüição (Cf. THEODORO JÚNIOR, 2003).

Neste julgamento, o tribunal não fica unicamente adstrito aos fundamentos levantados pelo suscitante, posto ser a questão da constitucionalidade matéria cognoscível de ofício. Com isso, ele pode não reconhecer a inconstitucionalidade frente ao dispositivo apontado, mas pode reconhecê-la frente a outro dispositivo de natureza constitucional.²⁸

Para ser declarada a inconstitucionalidade faz-se necessário que os votos dos membros do tribunal atinjam o “*quorum*” de maioria absoluta, e que este sejam proferidos de forma homogênea, que dizer, que os votos precisam possuir os mesmos fundamentos.

A exigência do requisito de maioria absoluta é fundamental, pois, caso o reconhecimento da inconstitucionalidade seja dado por maioria simples, ou seja, por maioria dos votantes presentes e não dos membros que compõem o Tribunal ou órgão especial, a lei ou ato impugnado não será declarado inconstitucional.

²⁷ Conforme Barbosa Moreira, esta argüição pode ser acolhida ou rejeitada, total ou parcialmente e “só será acolhida a argüição naquilo em que a seu favor se manifeste a maioria dos votantes, e unicamente nesses limites será a argüição submetida ao tribunal ou órgão especial”. (BARBOSA MOREIRA, 1981, p. 41)

²⁸ Como ensina Barbosa Moreira, “não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta ‘causa petendi’, até porque a argüição não constitui pedido em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscitáveis, ‘ex officio’, pelos órgãos judiciais, na área que lhes toque exercer a atividade cognitiva”. (BARBOSA MOREIRA, 1981, p.45)

Se declarada a inconstitucionalidade pelo Tribunal Pleno ou órgão especial, esta decisão será irrecorrível. No entanto, com base na tese fixada pelo Pleno, caberá recurso da decisão que posteriormente a Turma ou Câmara vier a proferir (Cf. THEODORO JÚNIOR, 2003).

O órgão ou tribunal encarregado da decisão da lide que motivou a argüição de inconstitucionalidade ficará vinculado ao entendimento fixado pelo Tribunal Pleno ou pelo órgão especial que fizer suas vezes.

Todavia, esta vinculação se dá apenas em relação aquele caso concretamente analisado, podendo a questão da constitucionalidade voltar perfeitamente a ser reexaminada em hipóteses futuras, pois, a eficácia do pronunciamento da inconstitucionalidade da norma ou ato é apenas intraprocessual.

3 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 A EVOLUÇÃO DA DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS

A partir da segunda metade do século XVIII, o sistema de distribuição da Justiça na maioria dos países ocidentais sofreu grande influência do modelo liberal de Estado de Direito.

Os mecanismos procedimentais da jurisdição civil se dirigiam unicamente à tutela dos interesses materiais individuais e o acesso à justiça era concedido a quem pudesse enfrentar os altos custos de um processo.

O Estado não concedia nenhuma ajuda àqueles que não podiam pagar para obter a Justiça, pois, no sistema liberal, as oportunidades deveriam ser formalmente iguais. Partia-se da premissa de que todos possuíam as mesmas possibilidades, ignorando-se por completo as desigualdades existentes no seio da sociedade.

Existia uma consciência generalizada de que cada indivíduo deveria contar consigo mesmo, podendo-se afirmar que o indivíduo emergiu ao primeiro plano, convertendo-se na própria finalidade do Estado.

A criação das normas e os seus procedimentos de aplicação eram determinados pelo Positivismo Jurídico. O Direito era visto como uma ciência puramente objetiva, despido de qualquer análise dos valores sociológicos.

Importa dizer que existia um verdadeiro individualismo normativo, onde o Direito regulava tão somente as relações intersubjetivas e o juiz era um mero aplicador das leis.

A expressão máxima deste Positivismo Liberal foi Hans Kelsen, criador da Teoria Pura do Direito, a qual afastava a Ciência Jurídica de qualquer espécie de valor de ordem moral ou senso de justiça.²⁹ Não lhe importava o conteúdo da

²⁹ Dentro da concepção liberalista clássica o senso de justiça social não existia. Baseavam-se na idéia de que todos os homens eram bons por natureza e isto geraria uma harmonia social espontânea. Desta forma, não era admitido deveres estritos para com a sociedade. Assim, para os representantes dessa doutrina, a melhor forma para que a vida social se desenvolvesse ordenadamente, consistia em cuidar cada um do que lhe é seu, ou seja, cada indivíduo deveria buscar seu próprio benefício.

norma, mas apenas o seu aspecto formal de subordinação à regra fundamental (a norma superior).

Segundo Motauri Ciocchetti de Souza (2003, p. 19),

O Estado era visto como uma personificação do ordenamento jurídico, como o regrador formal da sociedade e da conduta humana, sob um aspecto nitidamente subjetivo, abstraída a sociabilidade das relações decorrentes.

Devido ao acelerado crescimento econômico, político e social, esse Positivismo puro e o Liberalismo já não correspondiam aos anseios da população.

Diante disto, sob pena de vir a perder a sua imperatividade, o Estado começa a intervir cada vez mais nas relações jurídicas e novas teorias positivistas vão sendo desenvolvidas visando à questão do bem estar social.

Levando em consideração os fatores evolutivos sociais, o positivista Niklas Luhmann, através de sua Teoria dos Sistemas, deu um enfoque claramente sociológico ao Direito, defendendo que os meios de defesa deveriam ser voltados à efetiva proteção dos cidadãos.

Neste contexto, a Ciência Jurídica passa a ser tratada com um fenômeno social, como um mecanismo capaz de viabilizar decisões que têm por escopo a harmonização da vida em sociedade, o atendimento das expectativas dos seres humanos: o Direito passa a ser visto como uma ordem social institucionalizada, que é positivada por um processo de escolha dentre várias opções possíveis, contingencial por não eliminar do horizonte aquelas descartadas – as quais poderão vir a ser aproveitadas em outra oportunidade, tendo em vista a constante mutação da vida em comunidade.

O Direito ganha papel de autêntico instrumento de transformação social – e não de mero ordenador da vida comunitária e assegurador de interesses individuais, como ocorria no Liberalismo. (SOUZA, 2003, p. 35).

Pouco a pouco, passa-se do Estado Liberal para um Estado Social, onde este procura desenvolver variadas formas de atuação para a implementação de políticas públicas, promovendo o crescimento econômico e a proteção dos cidadãos mais desfavorecidos.

Assim, procura-se superar os obstáculos do acesso à Justiça, tanto os de ordem econômica (custas e honorários advocatícios), quanto os de ordem jurídica

(demora no julgamento, dificuldade em reconhecer um direito e a falta de disposição em recorrer ao Judiciário).

Ocorre um verdadeiro fracionamento do poder estatal em consequência da ascensão de grupos intermediários postos entre o indivíduo e o Estado.

Surgem as corporações representadas pelo anseio dos indivíduos em participar do processo político. Desta forma, esses interesses pertencentes a toda uma massa da sociedade vão crescendo e se destacando, ao lado de outros interesses também coletivos como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde pública, etc., despertando-se, cada vez mais, a necessidade de defendê-los.

Com os novos direitos concedidos aos cidadãos pelo Estado-Social e o aumento das complexidades das relações humanas, fazia-se imperioso instituir mecanismos procedimentais tanto no plano material, quanto no plano processual, para uma efetiva tutela desses interesses coletivos emergentes, superando-se a visão individualista do processo.

Assim, o tradicional “tratamento atomizado” da tutela jurisdicional, cada vez mais, vai sendo substituído por uma “tutela jurisdicional molecularizada”, fruto da sociedade moderna.

Em nosso ordenamento jurídico não foi diferente, conforme ensina Motauri Ciocchetti de Souza (2003, p. 36-37):

[...] a identificação dos interesses difusos trouxe a necessidade de se proceder a autêntica revolução na esfera processual civil. Os papéis das partes e do próprio juiz foram revistos. O instituto da legitimidade sofreu profunda alteração, de sorte a permitir a defesa dos interesses transindividuais de pessoas não identificadas por intermédio de um terceiro: o representante adequado. Os efeitos objetivos e subjetivos da coisa julgada ganharam nova dimensão. As tutelas emergenciais foram privilegiadas.

Nesta ceara, no Brasil, para a defesa dos interesses coletivos (*latu sensu*) foi criada a Ação Popular (Lei n. 4.717/65), o Mandado de Segurança Coletivo (CF, art. 5º, inc. LXX) e a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), sendo esta última objeto do presente estudo.

3.2 DOS INTERESSES RESGUARDADOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Etimologicamente, o interesse significa estar entre. Entretanto, ele pode ser caracterizado como uma vantagem, um proveito ou um benefício a ser auferido pelo indivíduo, podendo também se apresentar como “uma relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a uma determinada necessidade daquele”. (FERREIRA, 1986, p. 957).

Francesco Carnellutti o caracteriza como sendo “o aspecto relacional da necessidade do homem e um quê, capaz de satisfazê-lo” (MENDES, 2002, p. 202).

Segundo J. E. Couture, o interesse seria uma “aspiración legítima, de ordem pecuniário o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta”. – *sic*. (COUTURE apud MANCUSO, 1994, p. 17).

Desta forma, verifica-se que o interesse é uma palavra plurívoca, que pode assumir diversas conceituações, sendo empregado nos diferentes ramos do conhecimento.

Frente a estas breves considerações, no próximo item, passa-se a analisar algumas acepções assumidas pelo interesse.

3.2.1 O Interesse Privado

O interesse privado ou individual é aquele cuja fruição se esgota no círculo de atuação do indivíduo, cabendo a este os seus encargos e benefícios.

De acordo com Mancuso (1994, p. 41):

Critério prático para se identificar um interesse como individual consiste em examiná-lo sob os ângulos do prejuízo e da utilidade: um acidente automobilístico do qual só resulte danos materiais, gerará interesses individuais (ao ressarcimento, ao recebimento do seguro); as situações de que só podem resultar benefício para as partes implicadas (por exemplo, um ato de liberalidade), geram interesses individuais, porque a utilidade do evento se esgota na esfera de atuação dos participantes.

Simplificadamente, de acordo com as lições de Mazzilli (2000, p. 41), pode-se dizer que o interesse privado seria aquele que “contrapõe o indivíduo em seus inter-relacionamento”.

3.2.2 O Interesse Público

O interesse público, numa conceituação mais restrita e antiga, era entendido como sendo o interesse da Administração Pública.

Entretanto, numa visão mais recente, o interesse público pode ser conceituado como o interesse de que todos compartilham.

De forma simplificada, pode ser identificado como sendo os interesses diametralmente opostos àqueles que norteiam as atividades desenvolvidas pelos particulares. Por exemplo, o direito de propriedade é concernente ao interesse individual, pois a todos “é garantido o direito de propriedade” (art. 5º, inc. XXII, da CF) mas, se o analisarmos à vista da função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII, da CF), ele será identificado como sendo um interesse público. Assim, o Estado, atendendo à função social da propriedade, pode desapropriar as terras privadas que forem improdutivas para efetivar a reforma agrária, em atenção ao interesse público pela propriedade, em oposição ao interesse individual do proprietário.

Ainda, pode-se distinguir o interesse público entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*. Esta distinção foi idealizada pelo jurista Renato Alessi (ALESSI apud MAZZILLI, 2002, p. 43) e aceita pacificamente pela doutrina nacional.

Assim, conforme a distinção, o *interesse público primário* é o interesse do bem geral da sociedade, ou seja, da coletividade como um todo, é o que é básico, fundamental, superior e indispensável à ordem jurídica; e o *interesse público secundário* é o modo pelo qual os órgãos da administração estatal vêem o interesse público, ou seja, é o interesse da Administração Pública, o que ela tem que perseguir, as finalidades que a lei lhe atribui como a qualquer outra pessoa.

A ação civil pública visa precipuamente à tutela do interesse público primário, que diz respeito aos valores transcendentais da sociedade, e não ao

interesse do Estado-Administração. Ocorre que, em muitos casos, esse interesse público primário nem sempre coincide com o interesse público secundário, conforme afirma Hugo Nigro Mazzilli (2000, p 43). Ante esta problemática, quando postos frente a frente tais interesses, a solução mais correta é dar prioridade ao primeiro.³⁰

3.2.3 Os Interesses Transindividuais ou Metaindividuais

Os interesses transindividuais³¹ são interesses ou direitos que excedem o âmbito estritamente individual, pertencendo a uma pluralidade de pessoas, ou seja, são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas que estão reunidas por uma situação de fato, uma relação jurídica base ou por possuírem origem comum, mas que, no entanto, não chegam a se constituírem como um interesse público.

Desta forma, verifica-se que ele não se constitui como interesse privado, posto que a finalidade deste é meramente egoística, enquanto a dos interesses transindividuais é altruística; ainda, eles estariam a um passo do interesse público geral, justamente porque são interesses aglutinados, que correspondem a interesses de um grupo, classe ou categoria de pessoas. Dada esta característica, a doutrina situa-no em uma zona cinzenta, intermediária, entre o interesse privado e o interesse público secundário do Estado.

Segundo Mazzilli (2002, p. 41-42), com o surgimento destes “novos interesses”, em muitos países, a clássica dicotomia entre interesse público e

³⁰ Conforme prepondera Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 219-220), o Ministério Público deve zelar sempre pelo interesse público primário, que é sua principal função institucional, e “só defender o segundo quando efetivamente coincida com o primeiro”.

³¹ Os termos transindividuais e metaindividuais possuem a mesma significação, entretanto sua diferença reside apenas na origem dos radicais em que o prefixo “*meta*” é de origem grega, e o prefixo “*trans*”, do latim. Hugo Nigro Mazzilli entende que a expressão mais correta a ser utilizada seria *transindividual*, pelo fato deste termo representar a fusão de um radical e prefixo latim, diversamente da segunda expressão, que é a fusão de um prefixo grego a um radical latino, porém, o autor reconhece que a doutrina e a jurisprudência utilizam ambos os termos indistintamente para designar os interesses de grupos, ou a interesses coletivos em sentido lato. (MAZZILLI, 2002, p. 47). Frente a esta observação, optou-se por utilizar na presente pesquisa ambos os termos indistintamente.

privado passou a sofrer críticas acentuadas.³² Assim, nas palavras do citado autor, as críticas motivaram-se:

Primeiro, porque hoje a expressão interesse público passou a ser utilizada para alcançar também os interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivo, os interesses difusos etc. Depois, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região, no que diz respeito a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto, no que diz respeito à qualidade ou ao preço da mercadoria.

Sob o aspecto processual, os interesses transindividuais caracterizam-se pela necessidade de superação da clássica visão individualista do processo civil, de forma que o acesso à Justiça seja substituído por um processo coletivo, evitando-se a pulverização das ações “atomizadas” que sobrecarregam o Judiciário e as decisões contraditórias proferidas, favorecendo-se a isonomia e a economia processual.

Assim, para a defesa judicial plurindividual, o legislador brasileiro adotou uma classificação tripartida dos interesses transindividuais, distinguindo-os em difusos, coletivos “*strictu sensu*” e individuais homogêneos.

O grande responsável por esta classificação foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), que o fez em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III.

3.2.3.1 Os Interesses Difusos

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, o interesse ou direito difuso³³ é conceituado como sendo “os transindividuais que possuem natureza

³² Mauro Cappelletti, reconhecendo a existência dos interesses coletivos, criticou a tradicional dicotomia existente entre o interesse privado e o interesse público. Entendeu não mais se justificar a dicotomia, devido a complexidade da sociedade que constantemente se interage, de forma a constituir-se uma sociedade pluralística, de massa, defendendo a importância da criação de mecanismos procedimentais próprios para a defesa desses “novos” interesses (CAPPELLETTI apud MAZZILLI, 2000, p. 42).

³³ Os termos *interesse* e *direito* são utilizados correntemente como sinônimos. A própria Constituição Federal usa a expressão *direitos coletivos* no Título II e, posteriormente, *interesses coletivos*, no art. 129, inc. III.

indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato” (CDC, art. 81, parágrafo único, I).

É de se aferir que são características marcantes desses interesses a indeterminação do sujeito e a indivisibilidade do objeto (bem jurídico).

Nos interesses difusos não há uma relação jurídica base a agregar os sujeitos afetados, pelo menos, predominantemente, mas sim uma relação marcadamente fática³⁴ da qual advém a lesão, levando os indivíduos a se reunirem devido a certas contingências ou pontos conexos, como, por exemplo, o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, por serem atingidos pelo mesmo evento originado por força maior, por possuírem pretensões semelhantes, etc.

Não se exige, contudo, que a indeterminação subjetiva seja absoluta, mas, sim, que seja pelo menos difícil ou irrazoável, devido ao número significativo de titulares, podendo a tutela ser invocada por qualquer indivíduo ou por todos os indivíduos, indistintamente.

Conforme já dito, os interesses difusos possuem objeto de natureza indivisível,³⁵ não podendo ser quantificado ou cindido entre os membros da coletividade.³⁶

Segundo José Carlos Barbosa Moreira (apud SHÄFER, 2002, p. 41), na tutela difusa, “Não se está focalizando o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva incindível”.

Esta indivisibilidade objetiva é verificável tipicamente na tutela do meio ambiente, em defesa da flora e da fauna, na tutela dos interesses na preservação

³⁴ Hugo Nigro Mazzilli (2000, p. 47) entende que: “é evidente que essa relação fática – como outra qualquer – subordina-se, também, a uma relação jurídica; entretanto, no caso de interesses difusos, a lesão ao grupo não ocorrerá propriamente da relação jurídica, e sim da situação fática resultante. Assim, por exemplo, um dano ambiental que ocorra numa região envolve tanto uma relação jurídica como uma situação de fato comum; mas o grupo lesado compreende apenas os moradores da região atingida – e, no caso, este será o elo fático que caracterizará o interesse difuso do grupo”.

³⁵ Estes comentários sobre a indivisibilidade do objeto tecidos em relação aos interesses difusos também são válidos para os interesses coletivos em sentido estrito.

³⁶ Por exemplo: qualquer um do povo pode invocar a tutela do Estado para a proteção de um rio que está sendo poluído mas, eventual proteção não aproveita exclusivamente o sujeito que a invocou, e sim uma quantidade indeterminada de pessoas, pois o meio ambiente equilibrado é bem de uso comum e direito de todos, que impõe ao Estado o dever de defender e preservá-lo (CF, art. 225). Ademais, não se pode dividir uma paisagem entre os indivíduos que a contemplam, bem como o ar atmosférico não pode ser fracionado ou quantificado.

do patrimônio histórico, artístico, cultural e espiritual, bem como no campo de defesa do consumidor, quando se proíbe a venda de um produto nocivo à saúde, etc. Em outras palavras, é o próprio bem da vida que é indivisível, devendo sua tutela ser concedida “molecularmente” e não como “átomo individualizado”.

Desta forma, verifica-se que a satisfação de um indivíduo acarreta a satisfação de todos, bem como a lesão a um só, implica em lesão à comunidade inteira, ou seja, qualquer que for o resultado, este será necessariamente unitário entre os membros que compartilham os mesmos interesses difusos.³⁷

3.2.3.2 Os Interesses Coletivos

Em sentido lato, interesse coletivo abrange tanto os interesses transindividuais difusos como os coletivos propriamente ditos.

Em sentido estrito, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, II, conceitua os interesses coletivos como sendo os “transindividuais 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”.³⁸

A característica primordial desta espécie de interesse consiste justamente no fato de seus sujeitos estarem ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, da qual advém a lesão, como, por exemplo, um contrato de adesão, uma cláusula ilegal de aumento de mensalidades, etc. Entretanto, isto não significa que entre os sujeitos inexistam uma relação fática concreta, como, por exemplo, serem os lesados estudantes matriculados em uma mesma escola ou moradores de um condomínio.

Os interesses coletivos, assim como os difusos, possuem objeto de natureza indivisível, ou seja, no que concerne seu elemento objetivo, este não poderá ser fracionado individualmente entre os sujeitos, por pertencerem a todo o

³⁷ Por isso, pode-se compará-lo ao litisconsórcio necessário e unitário.

³⁸ A concepção de um conceito estrito de interesse ou direito coletivo diferenciando-o dos difusos é extremamente importante, uma vez que, nos conflitos envolvendo interesses estritamente coletivos, a sentença terá eficácia somente no âmbito do grupo, classe ou categoria de pessoas, diferentemente de quando se tratar de interesses difusos, cuja sentença produzirá efeitos “*erga omnes*”.

grupo, classe ou categoria de pessoas.³⁹ Assim, a sentença que declarar ser ilegal uma cláusula de aumento de mensalidades aproveitará a todo o grupo indistintamente.⁴⁰

No entanto, eles se distinguem quanto ao elemento subjetivo e origem. Desta forma, os interesses difusos possuem titulares indetermináveis ou de difícil determinação, que estão ligados por uma situação fática da qual advém a lesão; já, os interesses coletivos possuem como titular um grupo, classe ou categoria de pessoas, determinadas ou determináveis, ligadas entre si por uma relação jurídica base (ex: a Associação de Advogados de Presidente Prudente contra a cobrança de um imposto municipal ilegal, a ser pago por escritórios de advocacia), ou por vínculo que as unem à parte contrária (ex: um grupo de consorciados contra o aumento ilegal das mensalidades, visando a cessação e redução ao valor legal).

Antônio Hermam V. Benjamim (apud SHÄFER, 2003, p. 44-45) compreendeu os interesses coletivos como sendo os detentores das seguintes características:

divisibilidade externa e indivisibilidade interna (possibilidade de apartar aquilo que pertence aos membros do grupo, categoria ou classe e que é domínio de sujeitos alheios; impossível tal exercício no contexto interior dos próprios sujeitos agregados); d) disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual (ou seja, a associação, pode, em princípio, dispor dos interesses e direitos decorrentes do associativismo, enquanto que tal possibilidade é negada aos membros do grupo); e) relação jurídica-base a unir os sujeitos; F) irrelevância da unanimidade social; G) organização ótima viável; e) reparabilidade indireta.

³⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso diferencia a indivisibilidade do objeto em relação aos interesses difusos e coletivos, afirmando que no primeiro caso ela seria absoluta, em função da indeterminação dos sujeitos; enquanto nos coletivos, ela seria relativa, porque passível de afetação a um grupo, categoria ou classe de pessoas (*ente esponenziale*) - (MANCUSO apud DINAMARCO, 2001, p. 54-55).

⁴⁰ Ressalta-se, porém, que em uma mesma lide pode coexistir várias espécies de interesses transindividuais. No caso fático citado, por exemplo, juntamente com o interesse coletivo dos estudantes em ver-se declarada a ilegalidade da cláusula abusiva de aumento de mensalidades, existe também interesses individuais homogêneos, pertencentes àqueles que pagaram as mensalidades sob a égide da cláusula ilegal e, conforme o grau de lesão de cada sujeito, o “*quantum*” poderá ser facilmente fracionado.

Por fim, é de se reconhecer que o interesse coletivo é a síntese dos interesses individuais e não mera soma,⁴¹ pois, para seu exercício é necessário um grupo, classe ou categoria de pessoas.⁴²

3.2.3.3 Interesses Individuais Homogêneos

Os interesses individuais homogêneos, de acordo com o CDC, são os interesses ou direitos “decorrentes de origem comum” (artigo, 81, parágrafo único, III).

Do mesmo modo que os interesses coletivos, possuem sujeitos determinados ou facilmente determináveis⁴³ mas, o seu objeto é de natureza divisível e atribuível a cada um desses sujeitos.

Nos interesses individuais homogêneos, tanto o dano, quanto a sua responsabilidade, podem ser facilmente fracionados e variados entre os integrantes do mesmo grupo. Isto implica na possibilidade dos sujeitos, ao invés de proporem uma ação coletiva, buscarem a satisfação de seus interesses de forma individual, de acordo com a clássica legitimação ordinária do processo civil.

Por isso, pode-se dizer que esses interesses individuais homogêneos são essencialmente individuais⁴⁴ e apenas circunstancialmente, ou acidentalmente coletivos, pelo menos no que diz respeito à forma coletiva de proteção.⁴⁵

Esse tratamento coletivo não advém de sua natureza, já que esta é individual, mas sim de circunstância contingenciais, ou seja, pelo fato de possuírem origem comum, como, por exemplo, pessoas que compraram um mesmo produto defeituoso.

⁴¹ Como se analisará no próximo item, os interesses individuais homogêneos são mera soma de direitos individuais, posto ser facultativa a propositura de uma ação individual nos moldes da clássica legitimação ordinária do processo civil.

⁴² Tanto o é que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já afirmou que o Ministério Público não teria legitimidade para a defesa do interesse coletivo, comportando apenas a iniciativa processual das associações (Cf. STF-Pleno, RE 213.631-0-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-12-1999).

⁴³ isto significa que os substituídos podem ser potencialmente identificados já no momento da propositura da demanda ou quando cada prejudicado exercer seus direitos na liquidação da sentença condenatória genérica que poderá ser proferida ao final do processo.

⁴⁴ Ou seja, são uma mera soma de interesses individuais.

⁴⁵ Daí sua comparação com o litisconsórcio facultativo.

Para que a proteção coletiva destes interesses ou direitos individuais seja exercida, esta deve obedecer aos requisitos da prevalência das questões de direito e de fato comuns, sobre as questões de direito e de fato individuais; baseando-se na superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia.

A justificativa do trato coletivo deste interesse, conforme prepondera a doutrina, envolve questões tanto de economia processual quanto de acesso à Justiça.

Assim, o ajuizamento da ação coletiva confere unanimidade à decisão, evitando-se que estas sejam contraditórias e que o Judiciário fique sobrecarregado com centenas de ações individuais. Ainda, é de se ater, que o acesso à Justiça tornar-se mais viável aos indivíduos à medida que o custo em demandar torna-se barateado, possibilitando discussões por interesses cujos benefícios seriam geralmente menores do que o preço do processo.

Quando proposta uma ação civil pública para a defesa desses direitos individuais homogêneos, faz-se necessária a publicação de um edital para que os interessados (substituídos) possam intervir no processo como litisconsortes (CDC, art. 94). Entretanto, na prática, esta exigência é pouco respeitada, uma vez que a ausência da publicação do edital não gera nulidade.

Caso haja processos individuais versando pelos mesmos interesses, não haverá litispendência entre este e a ação coletiva. Ao autor da demanda individual será concedido um prazo de trinta dias, a contar da ciência da ação coletiva, para requerer a suspensão do seu processo, caso queira beneficiar-se da decisão coletiva (CDC, art. 104).

Existe uma discussão, na doutrina e na jurisprudência, se seria possível tutelar qualquer tipo de interesse individual homogêneo pela via da ação civil pública, ou se esse deveria advir, necessariamente, de uma relação de consumo.

Pedro da Silva Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover entendem que não existe restrição em utilizar-se da ação coletiva para tutelar outros interesses individuais homogêneos que não advenham da relação de consumo, como, por exemplo a defesa do contribuinte, pois, segundo estes autores, diante de uma interpretação sistemática dos dispositivos 117 do CDC e 17 da LACP, verifica-se

que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública se integram, indicando uma aplicação genérica da norma, de forma a não restringir a matéria a ser tutelada coletivamente (Cf. DINAMARCO, 2001, p. 62).

Em sentido contrário, encontra-se Humberto Theodoro Júnior (apud DINAMARCO, 2001, p. 63) e outros juristas, como Hely Lopes Meirelles e Arnaldo Wald. Segundo ele:

[...] se a própria lei 8.078/90 cuidou de definir como situações distintas as dos direitos ou interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, para efeito de proteção ao consumidor, e ao tratar da ação civil pública (*no art. 110*) só arrolou interesses difusos e coletivos, evidente se manifestou a vontade de não estender a proteção a todo e qualquer agrupamento de direitos homogêneos no campo da ação regulada pela lei 7.347/85.

A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça também entende não ser cabível a defesa de direitos alheios à relação de consumo, especialmente a de contribuintes, em vista do artigo 21 da LACP, apesar da matéria ainda não estar pacificada.⁴⁶

3.3 BREVE HISTÓRICO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No Brasil, com exceção à ação popular,⁴⁷ inexistia uma regra jurídica específica para a tutela dos interesses transindividuais.

⁴⁶ Já se decidiu: “quando a lei n. 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil pública quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aquele e os respectivos consumidores. Vale dizer, não é qualquer interesse ou direito individual sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente” (RSTJ, 95/93). No mesmo sentido, RSTJ 78/109 e RT 712/224.

⁴⁷ A Ação Popular permite a participação política dos cidadãos na administração, atribuindo-lhes legitimidade para a fiscalização da moralidade pública, podendo criar condições para a anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público. Conforme ensina Gilberto Schäfer (2002, p. 24), “A característica mais importante da Ação Popular é a idéia de que qualquer pessoa do povo possa movimentar o aparelhamento estatal para obter a tutela jurisdicional em favor do interesse coletivo. Basta a prova da cidadania feita através da apresentação do título de eleitor, ou de documento que a ele corresponda, para o ingresso em juízo (art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65). Se o autor popular desistir da ação, editais serão publicados para que outro cidadão, bem como o representante do Ministério Público, possam promover o prosseguimento da ação (art. 9º); admite-se também recurso de outro cidadão ou do Ministério Público contra decisões desfavoráveis ao autor (art. 19, § 2º). Admite-se nesses casos não apenas a pretensão de anular o ato lesivo, mas a tutela preventiva tendente a impedir a sua prática, ou a suspensão da execução do ato”.

Nosso sistema processual, numa visão individualista, ainda contemplava a tradicional regra da legitimação ordinária, de forma que deveria haver absoluta concordância entre os sujeitos da relação material controvertida e os sujeitos do processo (art. 6º, CPC).

Entretanto, pouco a pouco, nosso ordenamento foi evoluindo, passando a absorver a possibilidade de legitimação extraordinária para algumas hipóteses legalmente previstas.

A primeira categoria de direito a ser tutelado coletivamente foi o direito ambiental, através do Decreto 83.540/1979, o qual regulamentou o Decreto Legislativo 74/1976. Este decreto, que reprimia apenas algumas espécies de danos ambientais, como por exemplo, danos causados por poluição de óleo, conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade civil do causador do dano.

Posteriormente, a Lei n. 6.938, de 31.08.1981, estendeu a possibilidade de responsabilização civil para qualquer hipótese de lesão ambiental. Esta lei foi uma das primeiras referências a trazer mecanismos procedimentais diferenciados e adequados à tutela dos interesses transindividuais.

Quatro meses após, foi editada e publicada a Lei Complementar nº 40, de 14.12.1981, que organizou o Ministério Público dos Estados, estabelecendo em seu artigo 3º, III, ser função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública.

Conforme esclarece Souza (2003, p. 39), “Não obstante tenha introduzido no ordenamento jurídico a ação civil pública, a Lei Complementar 40 em momento algum esclareceu qual o objetivo de mencionado instrumento processual, apenas dizendo-o ‘cabível na forma da lei’”.

Assim, a doutrina nacional procurou desenvolver estudos sobre o tema, buscando alicerces na legislação vigente e no Direito Comparado.

Nesta ceara, foi criada a mais expressiva lei de proteção aos interesses transindividuais: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85), que ampliou a gama das proteções coletivas, estendendo-se, além da responsabilização por danos causados ao meio ambiente, à defesa do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Esta lei foi concebida do anteprojeto denominado de “Projeto Bierrenbach”⁴⁸ (Projeto de Lei 3.034/1984), elaborado pelos professores paulistas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior e Kazuo Watanabe e complementado pelos estudos de José Barbosa Moreira.

Tal projeto recebeu sugestões apresentadas pelos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo: Antônio Augusto de Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Néelson Nery Júnior, sofrendo alterações em seu texto original, culminado numa nova tese.⁴⁹

O Ministro da Justiça, entendendo-a mais completa e abrangente, acabou por adotá-la, propondo ao Presidente da República seu encaminhamento ao Congresso Nacional.⁵⁰

Na Câmara dos Deputados o Projeto recebeu o nº 4.984/1985 e no Senado Federal nº 20/1985.

Após sua aprovação pelo Congresso Nacional, foi sancionada pelo então Presidente da República José Sarney, transformando-se na Lei federal n. 7.347, de 24.07.1985: a Lei da Ação Civil Pública (LACP).

Entretanto, ao sancioná-la, o Presidente da República limitou o alcance da ação civil pública, vetando o dispositivo que fazia referência à proteção de “quaisquer outros interesses difusos” (inciso IV do artigo 1º).

Três anos depois, com a Constituição de 1988, o rol dos interesses difusos a serem tutelados pela LACP foi ampliado pelo artigo 129, inc. III, pelo menos em relação ao Ministério Público, dispondo ser função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁴⁸ Denominado em referência ao deputado paulista Flávio Bierrenbach, que apresentou o Projeto à Câmara dos Deputados.

⁴⁹ De início, a ação civil pública era conceituada como o direito do Ministério Público de fazer atuar na esfera civil a função jurisdicional. Assim, na esfera extrapenal, todas as ações propostas pelo Ministério Público eram denominadas de ação civil pública, pouco importando se a natureza dos direitos defendidos era difusa ou não. No entanto, a nova proposta apresentada pelos referidos Promotores de Justiça dava à ação civil pública um objeto específico, ou seja, ela deveria destinar-se à tutela do patrimônio ambiental, cultural, do consumidor e de qualquer outro interesse difuso – o que levou a uma impropriedade em sua nomenclatura.

⁵⁰ Este projeto foi denominado de Projeto do Executivo.

Em seguida, várias leis esparsas estenderam às ações civis públicas outras tutelas de interesses transindividuais, como os direitos das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), dos investidores no mercado de valores imobiliários (Lei n. 7.913/89), das crianças e dos adolescentes (Lei n. 8.069/90 - ECA), dos consumidores (Lei n. 8.078/90 - CDC), da probidade administrativa (Lei n. 8.429/92) e da ordem econômica (Lei n. 8.884/94).

O acréscimo mais importante à Lei da Ação Civil Pública foi conferido pelo Código de Defesa do Consumidor que, ao abranger a defesa de todos os interesses difusos e coletivos (art. 110 do CDC), reinseriu o inciso IV no rol do artigo 1º da LACP. A consequência disto foi ampliar o rol dos interesses transindividuais protegidos, bem como o rol dos legitimados ativos para a defesa de outros interesses coletivos não previstos expressamente, o que antes só era cabível ao Ministério Público. Esta lei acabou por admitir, também, o litisconsórcio ativo entre os Ministérios Públicos e o compromisso de ajustamento de conduta, além de outras correções e acréscimos.

Entretanto, com a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, ocorreu um grande retrocesso na proteção dos interesses transindividuais, restringindo-se o âmbito de tutela da ação civil pública, através da introdução do parágrafo único ao artigo 1º da LACP.

Este parágrafo procurou limitar o uso desta ação contra os atos praticados pelo governo, dispondo não ser cabível a ação civil pública “para veicular 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”.

Não há como negar que a medida provisória supra-citada estabelece um verdadeiro obstáculo à garantia do acesso coletivo à jurisdição, padecendo do grave vício da inconstitucionalidade. Entretanto, esta questão será melhor analisada no capítulo que trata do objeto da ação civil pública (item 3.7).

3.4 NATUREZA JURÍDICA DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A doutrina tem admitido uma relativização da clássica divisão pelo Direito das normas em materiais e processuais, entendendo que esta divisão não pode ser mais compreendida de forma absoluta e inflexível.

Assim, para se chegar à compreensão da natureza jurídica dos dispositivos normativos, estes deverão ser analisados pelo seu objeto, e não pela localização num ou noutro corpo da lei, pois, pode ocorrer que esta lei contenha simultaneamente normas de direito material e processual, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei do Inquilinato, ect.

Desta forma, caso o dispositivo analisado se dedique a disciplinar em abstrato o comportamento dos indivíduos e os conflitos de interesses que possam surgir entre eles em decorrência da vida em sociedade, de modo a definir, criar ou modificar direitos ou situações jurídicas, ter-se-á uma norma de direito material.

Por outro lado, caso o dispositivo contenha os modos e os meios para a resolução dos conflitos concretos de interesses, ter-se-á uma norma de direito processual. Em outras palavras, a norma de direito processual é aquela que serve como um instrumento de aplicação do direito material, tornando-o efetivo.

Esta distinção é extremamente importante sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, pois, caso a norma de direito material não seja observada, acarretar-se-á *error in iudicando* e, caso não seja observada a norma de direito processual, “*error in procedendo*”.

Sob a luz destes breves conceitos entre as normas de direito material e as normas de direito processual, é que segue a análise da natureza jurídica da Lei. 7.347/85.

Conforme as lições de Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 47), a referida lei possui natureza jurídica processual:

A lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não visa à criação de regras de comportamento para as pessoas, na vida em sociedade. Ela contém apenas regras procedimentais a serem seguidas pelo juiz e pelas partes sempre que surgir um conflito de interesses envolvendo direitos e interesses metaindividuais que tenham sido lá especificados. Trata do foro, rito, legitimidade, atuação do Ministério Público, sentença, coisa

julgada, execução, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil etc. Ela depende essencialmente das normas de direito material para que possa ter vida.

Segundo este mesmo autor, o entendimento pela natureza processual da referida lei já se encontra pacificado na doutrina. Entendendo da mesma forma, estão os juristas Edis Milaré, Hely Lopes Meirelles, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Cf. MANCUSO, 2002, p. 25-26).

Entretanto, para Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 26), a Lei da Ação Civil Pública (lei 7.347/85), possui *natureza predominantemente processual*, ou seja, em caráter não absoluto, chamando a atenção para a existência de normas de índole material no corpo da referida lei, como a do art. 10, que tipificou uma figura penal e a disposição do art. 13, que criou um fundo para o qual devem ser revertidas as condenações em dinheiro obtidas por meio da ação civil pública.

3.5 DO “NOMEN JURIS”

A rigor, a ação civil pública é a ação não penal proposta pelo Ministério Público.

Entretanto, a Lei n. 7.347/85, sem a melhor técnica, utilizou esta expressão para se referir ao instrumento de defesa dos interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, dentre os quais o próprio Ministério Público.

Desta forma, verifica-se inviável adjetivar o “*nomem juris*” desta ação, já que esta não está ligado nem à legitimação, que é concorrente e disjuntiva entre diversos co-legitimados e, muito menos, ao direito material discutido, que também pode versar sobre interesses individuais aglutinados e não só interesses públicos. Ademais, tem-se que “toda ação, como instituto processual, é um direito de natureza pública, posto que dirigida contra o Estado, representado pelo Poder Judiciário, visando ao restabelecimento da ordem jurídica”. (SOUZA, 2000, p. 40).

Por vez, o Código de Defesa do Consumidor referiu-se mais acertadamente à expressão “*ação coletiva*” para designar a ação em que o Ministério Público é apenas um dos co-legitimados.

Em face dos diferentes nomes jurídicos dado pela LACP e pelo CDC ao instrumento de defesa dos interesses transindividuais, alguns doutrinadores passaram a fazer a seguinte distinção: quando a ação fosse movida pelo Ministério Público, esta se chamaria de *ação civil pública*, em oposição à ação penal pública; quando fosse proposta por qualquer outro co-legitimado, seria denominada de *ação coletiva*.⁵¹

Entretanto, esta não é a melhor posição, uma vez que já está consagrado, na doutrina e na jurisprudência, que a ação civil destinada à defesa dos interesses transindividuais pode ser denominada tanto de ação coletiva como de ação civil pública.⁵² Ressalta-se que, adotando este último posicionamento, o presente trabalho monográfico utilizará, de forma indistinta, tanto uma quanto a outra expressão.

3.6 CONCEITO

Atualmente, tem-se que a ação civil pública forma um sistema jurídico próprio, com características peculiares à tutela dos interesses ou direitos metaindividuais.

Este sistema é ditado pela Constituição, em seu artigo 129, inc. III, c.c artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor e também por todos os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública, bem como pelas demais leis posteriores mencionadas no item 3.3 (Breve Histórico da Ação Civil Pública).

Frente esta breve consideração, pode-se conceituar a ação civil pública como sendo um instrumento de caráter constitucional, colocado à disposição da sociedade, destinado à tutela de todos os interesses transindividuais existentes.

3.7 DO OBJETO

Após o advento da Lei da Ação Civil Pública (lei 7.347/85), tanto a Constituição Federal quanto as legislações infraconstitucionais passaram

⁵¹ Este é o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli, Luiz Guilherme Marinone e Sérgio Cruz Arenhart (Cf. MANCUSO, 2002, p. 13-22).

⁵² Inclusive, Márcio Mafra Leal (apud MANCUSO, 2002, p. 21), considera a distinção como “inócua em termos práticos e teóricos”.

gradativamente a ampliar o rol dos interesses metaindividuais a serem defendidos em juízo. As principais alterações sofridas pela Lei 7.347/85 ocorreram por conta do artigo 129, inc. III, da Constituição da República e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), por força dos artigos 110 ao 117.

Conforme mencionado no título 3.4 (Natureza Jurídica da Lei da Ação Civil Pública), a LACP possuía em seu texto original, um dispositivo que previa a defesa genérica e irrestrita dos interesses difusos e coletivos que, no entanto, acabou por ser vetada pelo então Presidente da República. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inc. III, incumbiu ao Ministério Público a defesa “do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Pouco depois, o Código de Defesa do Consumidor, por força do seu artigo 110, acabou por reinserir a cláusula de extensão anteriormente vetada ao artigo 1º da LACP (inciso IV).

Embora se possa observar que o art.129, inc. III, da Constituição enumere alguns interesses transindividuais a serem defendidos por meio da ação civil pública pelo Ministério Público, é de se concluir que estes interesses elencados são meramente exemplificativos e não taxativos, posto que o dispositivo em apreço não possui qualquer fórmula limitativa ou restritiva que delegue à lei infraconstitucional a especificação de outros interesses transindividuais que seriam passíveis da tutela coletiva. Ademais, o inciso IV acrescentado pelo CDC ao artigo 1º da Lei 7.437/85 possui a mesma cláusula extensiva apresentada pela Constituição, o que demonstra o propósito do legislador em não criar nenhum entrave à proteção de outros interesses ou direitos transindividuais.

Assim, conforme o entendimento de Souza (2000, p. 42):

Como se nota, o texto constitucional enumerou alguns interesses difusos passíveis de serem defendidos por meio da ação civil pública, mas, ao final, por meio de uma norma de extensão, permitiu explicitamente a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O constituinte não fez qualquer restrição final na norma constitucional que pudesse transformá-la de norma de eficácia plena em norma de eficácia contida ou restringível. Com efeito, o constituinte não empregou, em momento algum, após a cláusula genérica “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”, a conhecida fórmula limitativa “*na forma da lei*”. Como se não bastasse, o art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), no inciso IV, acrescentado pelo Código de Defesa do Consumidor, tem a mesma formulação extensiva, tornando evidente o propósito de se ampliar o importante instrumento de defesa da

sociedade à proteção de qualquer interesse difuso, ainda que não antevisto em lei.

Portanto, é de se concluir que a ação civil pública possui como finalidade a tutela dos direitos ou interesses metaindividuais de maneira irrestrita e genérica. Neste sentido corrobora Hugo de Nigro Mazzilli (2002, p. 130)

Inexiste taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (defesa do meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística) – quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos co-legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC.

Não obstante o alargamento do objeto da LACP trazido pela atual Constituição Federal, pelo CDC e por outras leis esparsas, o Governo Federal, no intuito de impedir a defesa de interesses transindividuais que poderiam voltar-se contra ele, editou a Medida Provisória n. 2.180/01, que acabou por introduzir um parágrafo único ao art. 1º da Lei 7.347/85, negando-se sorrateiramente o uso da tutela coletiva para determinados casos.⁵³

⁵³ Quanto ao uso indiscriminado de medidas provisórias pelo Poder Executivo, que na maioria das vezes visam controlar a nação segundo seus próprios interesses, em total desrespeito à Constituição, Adilson Abreu Dallari (1996, p. 18) teceu severas críticas que valem à pena serem transcritas: “são pontos fundamentais, definidores de um estado democrático, entre outros, a existência de uma constituição, a temporariedade dos mandatos e a responsabilidade dos governantes. O pressuposto é que a constituição seja permanente, duradoura, e efetivamente respeitada; que os titulares dos mandatos políticos exerçam seus poderes, por um curto período de tempo, imprimindo ao governo seus programas e objetivos, mas debaixo dessa constituição; e que os governantes que se desviarem do que é determinado pela constituição e pelas leis sejam devidamente responsabilizados por isso. No Brasil, o que se observa é que cada governo, em vez de amoldar-se à Constituição, procura amoldá-la aos seus objetivos. O resultado disso é a insegurança jurídica, a falta de respeito pela Constituição, a ausência absoluta de uma “cultura constitucional” e a existência de uma Constituição temporária, provisória, debilitada. Para inverter completamente o quadro democrático, falta apenas instituir os governos permanentes, pela possibilidade de reeleições sucessivas. Não há necessidade de instituir a irresponsabilidade e a impunidade porque isso já existe de fato, como consequência de um sistema de conivências corporativas (Eu não te fiscalizo, tu não me fiscalizas, ele não nos fiscaliza, nós todos fingimos que nos fiscalizamos...). a desculpa para violentar a Constituição é a sempre a da impossibilidade de governar por causa de seus preceitos. Na verdade, o que se tem observado é que os males apontados pelos governantes não decorrem das normas constitucionais, mas, sim, do seu descumprimento”.

Assim, conforme estabelece dispositivo reportado:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Nota-se, que a inconstitucionalidade do dispositivo invocado é flagrante, pois o artigo 5º XXXV, da Constituição Federal, garante o acesso ao Poder Judiciário contra lesão ou ameaça a direitos individuais e transindividuais (difusos ou coletivos “*strictu sensu*”), não sendo tolerável nenhum expediente que venha neutralizá-lo direta ou indiretamente. Neste sentido, assevera Mazzilli (2002, p. 141):

Ora, considerando que o acesso coletivo à jurisdição por via de ação civil pública ou coletiva, sobre ser garantia constitucional, é ainda o único meio eficiente previsto em nosso Direito para garantir que *todos os lesados* possam ver submetidas suas pretensões ao Judiciário (pois, pelo sistema da legitimação individual, está demonstrado que a maioria dos lesados fica sem efetivo acesso à tutela jurisdicional), qualquer lei que o impeça é claramente inconstitucional.
(...)

E continua o autor:

Flagrante é a inconstitucionalidade de medida provisória que tenta impedir o exercício da garantia constitucional, que é o acesso coletivo à jurisdição. Ou seja, é o mesmo que, tendo a Constituição garantido o acesso à jurisdição, não só sob o aspecto individual como coletivo (Tít. II, Cap. I, e art. 5º, XXI, XXV e LXX), vir o administrador e dizer que, nos casos que ele deseja, *não cabe acesso coletivo à jurisdição*. (MAZZILLI, 2002, p. 125)

Com efeito, ao mesmo tempo em que o inciso IV do artigo 1º da LACP declara se cabível ação civil pública para a prevenção e repressão do dano ao patrimônio público e social e a qualquer outro interesse difuso e coletivo, a medida provisória MP - 2.180/01, acaba por subtrair aquilo que a própria lei expressamente manifesta como receptiva. Isto é uma verdadeira incongruência legal, causada pelo Poder Executivo fazendo às vezes do Legislativo.

Analisando a problemática enfocada, traz-se à colação o precioso comentário do Promotor de Justiça, Wallace Paiva Martins Junior (MARTINS JUNIOR, 2003, p. 04):

É óbvio que assim agiu o solitário legislador-executivo com nítido escopo de evitar que os atos de governo fossem contestados por meio de sentença proferida em ação civil pública com efeito *erga omnes* e solucionada a controvérsia que atinge indivisivelmente sujeitos determináveis com a facilitação da decisão molecular, artífice da eficiência na entrega da prestação jurisdicional. Claro também está que a restrição não elimina a contestação judicial de tais atos por ação individual e atomizada, mas fortalece o Poder Executivo, avoluma a demanda de recurso ao Poder Judiciário além de enfraquecê-lo. Por outro lado, e não menos importante, manifesta bem o espírito individualista que se procura implantar ao desmerecer a coletivização do acesso judiciário, até porque em função da escassa ou diminuta expressão econômica do interesse individual violado ligado a questões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias e outros fundos de natureza institucional, certamente, as ofensas a tais direitos não serão objeto de contestação em juízo em razão da onerosidade da relação custo-benefício para sua defesa (a contratação de serviços advocatícios, as custas e despesas processuais, os ônus da sucumbência, terão maior valor do que o resultado individualmente angariado), não prevalecendo qualquer argumento hipócrita lançado em contrário.

Trata-se de um duro golpe na cidadania, pois ceifa a demanda molecular em área de intenso e relevante interesse público atinente à legitimidade da tributação, das contribuições previdenciárias e dos fundos institucionais, justamente aquelas cujas normas são constantemente alteradas causando prejuízos ao patrimônio das camadas mais desfavorecidas da população.

Pelo fato da Constituição Federal em seu art. 129, III, não ter feito qualquer ressalva quanto aos interesses transindividuais a serem tutelados pelo instrumento da ação civil pública, diferentemente do que fez a LACP em seu art. 1º, parágrafo único, pode-se deduzir, através de uma interpretação sistemática e obedecendo ao princípio da hierarquia das normas, que ao menos, em relação ao Ministério Público não haverá qualquer restrição à defesa desses interesses transindividuais, caso a matéria apresentasse interesse social relevante evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte (art. 127, “*caput*”, da Constituição c.c art. 82, III, do CPC), uma vez que, conforme já discorrido, o inciso III da norma constitucional que lhe confere legitimidade para propositura da ação civil pública não fez qualquer restrição aos tipos de interesses passíveis de serem tutelados coletivamente, muito pelo contrário, possui uma cláusula extensiva do

alcance da ação civil pública para a defesa, inclusive, “de outros interesses difusos e coletivos”.⁵⁴

Ademais, nem mesmo emenda constitucional ao inciso III do artigo 129 da Constituição poderia efetuar uma hipotética restrição ao âmbito de proteção aos interesses transindividuais, posto que, “*in casu*”, se propugnaria pela violação de cláusula pétrea (art. 60, § 4, da CF), pois, tanto o art. 129, III, quanto o art. 5º, XXXV, da Constituição, instituem direitos protegidos do poder constituinte derivado ou reformador.

Também, impende consignar, que a LC 75/93 estabelece ser função institucional do Ministério Público zelar pela observância dos princípios constitucionais relacionados ao sistema tributário e à seguridade social (art. 5º, II, “a”, “c”), elegendo a ação civil pública como instrumento de sua atuação para a proteção dos direitos constitucionais e a outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII), a ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos (art. 6º, XIII) e outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 6º, XIV).

Em relação a estas funções institucionais do “*Parquet*”, estabelecidas pela LC 75/93, cumpre verificar que não se pode restringi-las ou aniquilá-las por meio de medida provisória ou lei ordinária, pois, segundo o art. 59 da Carta Magna, a lei complementar possui “*status*” superior, não podendo aquela, que possui “*status*” de lei ordinária, dispor de matéria reservada à lei complementar. Neste sentido, Martins Junior (2003, p. 08) leciona:

Estando, nos termos do art. 59 da Constituição Federal, em posição elevada em relação à lei ordinária, lei complementar não pode ser alterada ou afrontada por medida provisória em razão do princípio da hierarquia das leis, pois medida provisória tem o mesmo *status* de lei ordinária e até porque se nem lei delegada pode dispor sobre matéria reservada à lei complementar (art. 68, § 1º, Constituição Federal), tampouco poderá medida provisória como instrumento normativo do Poder Executivo. Ora, assim sendo, a medida provisória é inconstitucional e não se aplica ao Ministério Público Federal bem como

⁵⁴ Neste sentido, admitindo a legitimidade do Ministério Público nas ações civis públicas que combatam o aumento ilegal de taxas, vide Resp n. 49.272-RS, j. 21.09.94, 1ª Turma do STJ, v.u., rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJU*, 17.10.94, p. 27.868; Resp. n. 109.013-MG, j. 17.06.97, 1ª Turma do STJ, v.u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU*, 25.08.97, p. 39.299.

aos Ministérios Públicos Estaduais tendo em conta os preceitos da Lei Complementar Federal nº 75/93 se aplicam subsidiariamente ao *Parquet* estadual (art. 80, Lei Federal nº 8.625/93).

Não obstante o posicionamento até aqui defendido, de que a ação civil pública se presta à tutela irrestrita todo e qualquer tipo de interesse transindividual, em especial a legitimidade conferida ao Ministério Público para sua propositura, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo de forma contrária à doutrina dominante. Desta forma, a exemplo, o Supremo Tribunal Federal julgou o Ministério Público com sendo parte ilegítima para promoção de ação civil referente à cobrança de tributo (taxa de iluminação pública), cuja inconstitucionalidade foi sustentada por não reconhecer a existência de interesse difuso. No entanto, o Ministério Público, interpôs recurso extraordinário contra a decisão do tribunal mineiro, que concluiu pelo descabimento da ação com fulcro nos arts. 102, I, “a”, e 125, § 2º, da Constituição Federal, ou seja, que a ação civil pública proposta estaria fazendo às vezes de uma ADIN; todavia, este recurso não foi conhecido. A ementa da decisão registra que a ação coletiva tratava de interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária, cuja impugnação só poderia ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva (RE nº 213.631-0-MG, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, m.v., 09.12.1999, *DJU* 07.04.2000 apud MARTINS JUNIOR).

3.8. DO PROCEDIMENTO E DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

A Lei da Ação Civil Pública, conforme já se demonstrou, possui natureza processual, uma vez que ela estabelece os meios e as formas para a realização dos interesses ou direitos metaindividuais. Entretanto, este estatuto não disciplinou detalhadamente certos temas relevantes, como, por exemplo, o rito, o pedido, a resposta, a revelia, o julgamento antecipado da lide, etc., sendo que, para tanto, autorizou em seu artigo 19 a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil naquilo que não lhe for incompatível:

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Assim, diante desta consideração, a petição inicial da ação civil pública deverá seguir as regras gerais do CPC, de modo que o rito adotado poderá ser um daqueles afetos ao procedimento comum. Assim, a ação coletiva poderá seguir tanto o rito ordinário (art. 282 do CPC), quanto ou rito sumário (art. 272 do CPC).

Conforme demonstrado no tópico anterior (item 3.7 – Do Objeto), a ação civil pública possui como objeto a tutela genérica e irrestrita dos interesses transindividuais. Esta tutela é alcançada através de um provimento judicial que possui natureza condenatória em sentido lato. É o que se depreende da análise conjunta dos artigos 3º e 11 da LACP, que dispõem:

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 11 Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Segundo o que se conclui destes dois artigos, essa condenação possui caráter precipuamente cominatório, consistente em impor ao réu uma obrigação *de fazer* (de reparar o dano produzido restabelecendo o estado anterior) ou de *não fazer* (de fazer cessar a ofensa que está sendo perpetrada), sob pena de *imposição de multa diária*, em caso de descumprimento a qual poderá ser determinada de ofício pelo juiz, e, não sendo possível tal prestação, a *condenação pecuniária*.

Entretanto, não se pode limitar as espécies de provimentos jurisdicionais cabíveis em sede de ações coletivas, pois, conforme leciona Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 213):

Cabem ações civis públicas ou coletivas: *a) principais*: condenatórias (reparatórias ou indenizatórias), declaratórias e constitutivas; *b) cautelares* (preparatórias ou incidentes); *c) cautelares satisfativas*, que não dependem de outra ação dita *principal*; *d) de liquidação de sentença*; *e) de execução*; *f) mandamentais*; *g) quaisquer outras*, com preceito cominatório, declaratório ou constitutivo.

Assim, segundo esse mesmo autor, para a defesa dos interesses transindividuais é admitido “todas as espécies de ações, com qualquer rito ou pedido” (2002, p. 213), o que implica na necessidade de diversos provimentos jurisdicionais.

Isto é o que se infere do artigo 83 do CDC que estabelece: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Este artigo é perfeitamente aplicável à ação civil pública devido à expressa autorização legal do art. 21 da LACP que dispõe:

Art. 21 Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078 de 11 de dezembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, deve-se ater também, que será possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil que prevê diversos tipos de provimentos jurisdicionais para a realização do direito material discutido, em virtude da autorização contida no artigo 19 da LACP, o que leva a concluir pela possibilidade de ser utilizado qualquer espécie de provimento jurisdicional para a efetiva tutela dos interesses metaindividuais.

3.9 LEGITIMAÇÃO

3.9.1 Da Legitimação Ordinária

Nosso ordenamento jurídico possui como regra a legitimação ordinária para a defesa dos interesses em juízo.

Nesta espécie de legitimação o interesse em demandar coincide, em relação ao autor, com a titularidade do direito substancial e, quanto ao réu, em opor-se ao interesse pleiteado pelo primeiro.

Assim, somente o titular do direito material possui legitimação para pleiteá-lo ou defendê-lo em juízo, ou seja, a denominada legitimidade “*ad causam*” ordinária ou pertinência subjetiva da ação.

Esta legitimidade encontra-se disciplinada no artigo 3º do Código de Processo Civil, que dispõe: “para propor ou contestar uma ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Por sua vez, esse interesse deverá estar articulado com o disposto no artigo 6º do referido diploma, pois “ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, ou seja, legitimadas são as pessoas que possuem um interesse em conflito e, normalmente, são titulares do direito material ou substancial.

Pelo fato de estar concentrada em um único sujeito de direito a posição de titular do direito material e da ação proposta, diz-se que a legitimação ordinária possui caráter dúplice ou bissubjetiva. Em outras palavras, quando um indivíduo promove uma ação na defesa de um direito do qual é titular ou afirma ser o titular desse direito, há uma coincidência entre o titular da relação jurídica de direito material e a relação jurídica de direito de ação, caracterizando-se, assim, a dupla legitimação.

3.9.2 Da Legitimação Extraordinária

Conforme o próprio nome já diz, a legitimação extraordinária, também denominada de legitimação anômala, é uma forma excepcional de legitimação, posto poder ser outorgada somente através de expressa autorização legal, conforme prepondera a parte final do artigo 6º do Código de Processo Civil.

De acordo com a doutrina, este instituto consiste na possibilidade de alguém demandar em nome próprio um direito ou interesse alheio.

Basicamente, conforme os estudos de José Carlos Barbosa Moreira (apud SEVERO NETO, 2002, p. 72), a legitimação extraordinária pode ser classificada como *autônoma* e *subordinada*. Desta forma, a legitimação extraordinária autônoma será aquela em que o contraditório tem-se como regularmente instaurado só com a presença do legitimado extraordinário no processo e, a legitimação extraordinária subordinada será aquela em que o legitimado extraordinário só poderá se habilitar juntamente com o legitimado ordinário, em processo já devidamente instaurado por este, ou em face deste, limitando-se unicamente a intervir.

A doutrina tem denominado o instituto da legitimação extraordinária autônoma de “substituição processual”, dado que há a ocorrência da substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário.

Esta substituição poderá operar-se de forma *exclusiva* ou *concorrente*. Diz-se *exclusiva* quando a lei, com exclusividade, reserva ao legitimado extraordinário a posição que ordinariamente pertenceria ao titular do direito material discutido. Exemplo: o marido que vai a juízo em defesa dos bens dotais da mulher. É *concorrente* quando a lei prevê uma pluralidade de pessoas legitimadas para a propositura de uma mesma ação. Ex. a defesa do meio ambiente, que pode ser defendida em juízo tanto pelo Ministério Público, como por outros legitimados, conforme proclama o artigo 5º da Lei n. 7.347/1985.

Ainda, fala-se em legitimidade *disjuntiva*, ou seja, quando os agentes estão simultaneamente legitimados para a propositura da demanda, sendo que a legitimidade de um não exclui a legitimidade do outro (CDC, art. 103, § 1º), havendo a possibilidade de litisconsórcio entre eles.

Com relação à legitimidade extraordinária para a propositura da ação civil pública destinada à defesa dos interesses transindividuais, conforme os apontamentos acima, pode-se classificá-la, como sendo *autônoma*, *concorrente* e *disjuntiva*.

Algumas vezes, pode ocorrer que o legitimado extraordinário à propositura da ação coletiva possa estar a defender um interesse alheio que coincide com seu próprio interesse. Exemplo: a defesa judicial de interesses coletivos dos membros de uma associação de classe que se confunde com o interesse da própria entidade. Neste caso, conforme as lições de Hugo Nigro Mazzilli, ocorrerá uma predominância da legitimação extraordinária, desconsiderando-se eventual cogitação da ocorrência de uma legitimação ordinária.

Assim, nas palavras do autor:

Na ação civil pública ou coletiva, embora em nome próprio, os legitimados ativos, ainda que ajam de forma autônoma e, às vezes, também defendam interesses próprios, na verdade estão a defender em juízo mais do que meros interesses próprios: zelam também por interesses transindividuais, de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, os quais não estariam legitimados a defender a não ser por expressa autorização legal. Daí porque esse fenômeno configura preponderadamente a legitimação extraordinária, ainda que, em parte,

alguns legitimados ativos possam, na ação civil pública ou coletiva, *também* estar a defender interesse próprio. (MAZZILLI, 2000, p. 58).

A legitimação extraordinária na defesa dos interesses transindividuais configurou, e ainda se configura, como um importante avanço da sistemática processual civil que, cada vez mais, vai se desenvolvendo para uma visão menos individualista do processo, de forma a atender, efetivamente, a evolução da sociedade civil.

3.9.3 A Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública

A legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas, conforme já se observou, é outorgada de forma extraordinária, autônoma, disjuntiva e concorrente, apresentando-se de maneira rígida, ou seja, a propositura da referida ação é apenas permitida aos legitimados arrolados na lei (CPC, art. 6º, “*in fine*”).

Atualmente, o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor oferecem a relação dos legitimados ativos para a propositura da ação civil pública, num sistema de complementaridade. Estes dois estatutos, de maneira praticamente idêntica, prevêm duas espécies de legitimados, quais sejam: órgãos públicos e associações.

Assim, depreende-se desses dispositivos que podem propor a referida ação coletiva: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações civis, as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica.⁵⁵

Com relação ao Ministério Público, infere-se que serão legitimados à ação civil pública, tanto o Ministério Público da União, que compreende o Ministério

⁵⁵ Hugo Nigro Mazzilli aponta para a existência de outros legitimados ativos. Segundo o autor, os sindicatos e as comunidades indígenas possuem legitimidade com fundamento nos artigos no art. 5º, LXX, “b”, 8º, III, e 232, todos da Constituição da República; OAB, por força dos artigos 44, I, 49, 54, II e XIV, da Lei n. 8.906/94, sendo que nesta hipótese, a ação poderia ser proposta ora pelo seu Conselho Federal, ora pelos presidentes dos Conselhos e das Subseções da entidade. Defende também a legitimação do próprio cidadão, quando o interesse discutido for também passível de tutela por meio da ação popular, como, por exemplo, a defesa do meio ambiente ou do chamado patrimônio cultural (CF, art. 5º LXXIII) - (MAZZILLI, 2002, p. 268).

Público Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal, quanto os Ministérios Públicos dos Estados (art. 128 da CF).

Pelo fato do inciso III do artigo 129 da Constituição mencionar expressamente a possibilidade do Ministério Público defender *outros interesses difusos e coletivos*, além do patrimônio público e social e do meio ambiente, colocou-se em discussão a possibilidade do “*Parquet*” atuar na proteção dos interesses individuais homogêneos, colocando-se em cheque a constitucionalidade e o alcance do artigo 82 do CDC, uma vez que este diploma não fez qualquer distinção acerca dos interesses a serem por ele defendidos.

Contudo, o ponto de equilíbrio da controvérsia deflui da interpretação do “*caput*” do artigo 127 da CF, que dispõe ser dever do Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, em conjugação com a parte final do inciso II, do artigo 82, do CPC, que diz competir ao Ministério Público intervir “[...] nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Assim, quando o interesse for individual, ele deverá vir qualificado pela característica da indisponibilidade, ou seja, da prevalência do caráter de ordem pública (relevância social) em face do bem da vida direto e imediato perseguido pelo interessado.

Esta foi a tese acolhida pela Súmula n. 7 do Conselho Superior do Ministério Público Paulista que estabelece:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança de pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.⁵⁶

Quanto às pessoas jurídicas de direito público interno, é de se ressaltar, que o interesse ou direito por elas defendido, deverá encontrar-se dentro de suas

⁵⁶ Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça no julgamento de uma ação civil pública que versava sobre reajustes de prestações de plano de saúde afirmou que o Ministério Público possuía legitimidade “*ad causam*” para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição (RE 177.965-PR, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 23.08.1999).

respectivas esferas de competência e jurisdição. Assim, por exemplo, não se concebe que a União defenda interesse que pertençam aos Municípios e vice-versa.⁵⁷

A Lei 7.347/85, em seu art. 5º, incisos I e II, estabeleceu dois requisitos necessários a alguns legitimados para a propositura da ação coletiva, quais sejam: a) constituição há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil, denominado de requisito da pré-constituição e, b) que inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio-ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, denominado sistematicamente de requisito da pertinência temática.

A pertinência temática é também denominada pela doutrina de “*representatividade adequada*”⁵⁸ e significa a correspondência entre o interesse a ser protegido e os fins institucionais do suscitante.

Em nosso ordenamento jurídico esta expressão é utilizada para fazer menção às situações nas quais os legitimados, no caso concreto, cumprem os todos os pressupostos processuais necessários para ajuizamento da ação civil pública.⁵⁹

⁵⁷ Atenta-se que não basta apenas ter legitimidade ativa legalmente prevista, esta deverá estar sempre ligada ao interesse de agir, que será aferido na análise do caso concreto. Conforme prepondera Mazzilli (2002, p. 51-52): “Entendemos que a defesa do interesse difuso pela União, pelo Estado ou pelo Município tem de ser compatível com o interesse específico de cada uma dessas pessoas jurídicas”.

⁵⁸ Este termo é originário do sistema americano de tutela dos interesses metaindividuais. É utilizado pela doutrina para fazer menção ao binômio legitimidade e interesse de agir, os quais deverão estar presentes na propositura da ação. Entretanto, naquele país, a representatividade adequada representa um conjunto de fatores que devem ser aferidos concretamente pelo juiz durante todo o curso do processo, com o intuito de verificar se o autor é pessoa idônea para figurar como parte na demanda coletiva. Neste sistema, qualquer um do povo está legitimado à propositura da “*class action*” (ação de classe), desde que preencha alguns requisitos, como, por exemplo, fazer parte da classe ou grupo. Alguns doutrinadores defendem que no Brasil não existe o instituto da representatividade adequada, pois, segundo eles, a legitimidade firmada em lei para a propositura da ação civil pública não permite que essa ação seja manejada pelo particular em defesa do bem transindividual, por derradeiro, a legitimidade para tal missão somente é concedida aos representantes institucionais, o que, em essência, não configuraria a representatividade adequada nos moldes concebidos pelo direito norte-americano (Cf. DINAMARCO, 2001, P. 201-202)

⁵⁹ Não se deve confundir tais requisitos que são pressupostos processuais, com as condições da ação (legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica), pois, conforme prepondera Mazzilli (2002, p. 275): “Uma associação pode estar constituída a menos de um ano e ter interesse processual (o juiz pode dispensar o pressuposto processual da pré-constituição, mas não pode dispensar uma condição da ação, ou, ao contrário, pode ter finalidade institucional para defender o meio ambiente, mas, em concreto, não ter interesse processual”.

Existe na doutrina e na jurisprudência uma certa divergência quanto à aplicabilidade destes dois requisitos previstos no art. 5º da LACP em relação às autarquias, empresas públicas, fundações públicas ou privadas, sociedade de economia mista, e às associações civis. Nesta ceara, Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 149-150) oferece uma solução:

A exegese que nos parece mais lógica, frente ao art. 5º e incisos da Lei 7.347/85, é a seguinte: *a)* os incs. I e II se aplicam, ambos às associações,⁶⁰ *b)* o inc. II se aplica tanto às associações como às entidades paraestatais mencionadas no *caput* (*v.g.*, não está dentre as “finalidades institucionais” do Ibama o controle da poluição atmosférica, mas é de sua inteira competência a vigilância e a repressão ao desmatamento ilegal); *c)* quanto aos entes políticos e ao Ministério Público, não se aplicam, por óbvios, as exigências desses incs. I e II do art. 5º daquela lei.

Por fim, cabe ressaltar que em relação ao requisito da pré-constituição da pessoa jurídica, o juiz poderá dispensá-lo quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou ainda, pela relevância do bem jurídico a ser tutelado. Já, em relação ao requisito da pertinência temática, entende Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 271) que este não poderá ser dispensado pelo juiz, pois,

as associações civis, sindicatos, fundações privadas e entidades da administração pública direta e indireta, a nosso ver devem estar especificamente destinados à defesa dos interesses transindividuais, objetivados na ação civil pública ou coletiva que, como legitimados ativos, pretendam propor.

3.9.4 A Legitimação Passiva na Ação Civil Pública

A Lei da Ação Civil não dispôs em seus artigos sobre quem teria legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

Pedro da Silva Dinamarco (Cf. 2001, p. 267) e Hugo Nigro Mazzilli (Cf. 2000, p. 251) apontam que na hipótese da ação coletiva versar sobre interesses ou direitos também tuteláveis por meio da ação popular, por analogia, podem figurar como legitimados passivos as mesmas pessoas que seriam legitimadas

para esta ação,⁶¹ quais sejam: as pessoas jurídicas de direito público ou privado: autoridades, funcionários ou administradores que, de alguma forma, autorizaram, aprovaram, ratificaram ou praticaram o ato impugnado ou cuja omissão deu ensejo à lesão bem como os beneficiários diretos do ato lesivo.

A doutrina entende que pelo fato da LACP não ter feito qualquer distinção e, salvo a hipótese de também ser cabível a ação popular, a ação civil pública poderá ser ajuizada em face de qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado mas, desde que tenha alguma participação no evento danoso (Cf. DINAMARCO, 2001, p. 267-268).

Assim, é de se concluir que ação civil pública poderá ser intentada em face de todos aqueles que direta ou indiretamente deram ou dariam (em caso de demanda preventiva) causa ao dano alegado, seguindo-se as tradicionais regras de direito material, em especial a do art. 927 do Novo Código Civil. Isto implica na possibilidade de se aplicar a regra do litisconsórcio necessário (decorrente da relação jurídica ou por força de lei – CPC, art. 47) ou do litisconsórcio facultativo (como, por exemplo, em caso de responsabilidade solidária por dano ao meio-ambiente – CPC, art. 46, I).

Não obstante, é de se ater que embora qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, possa figurar no pólo passivo da demanda coletiva, existe na doutrina e na jurisprudência uma certa discussão sobre a possibilidade dos co-legitimados ativos da ação civil pública poderem também substituir a coletividade no pólo passivo.

Por regra, tem-se que esses legitimados só podem substituir processualmente a coletividade de lesados unicamente no pólo ativo, conforme se extrai do art. 5º da LACP, que reza: “a ação principal e cautelar poderão ser propostas”. Entretanto, conforme se verificará, existem algumas exceções.

Com relação às associações, é de se aferir que sua ilegitimidade passiva está também diretamente ligada ao disposto no art. 103, § 1º do CDC, de forma

⁶⁰ Mazzilli entende que o requisito da pré-constituição também deve ser estendido aos sindicatos por analogia (cf. 2002, p. 269).

⁶¹ Lei n. 4.717/65: Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.”

que o insucesso da defesa apresentada por tais associações jamais poderá prejudicar os direitos individuais de seus associados, conforme leciona Dinamarco (2001, p. 270):

Isto é decorrência lógica, no plano infraconstitucional, do art. 472 do Código de Processo Civil: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. No plano constitucional, a admissibilidade da presença de uma associação no pólo passivo, como substituto de terceiros violaria a garantia individual do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), bem como a do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). Assim, é inimaginável que os efeitos de uma sentença, em qualquer processo, possam prejudicar o indivíduo sem que lhe seja dada a ampla oportunidade de se defender e de lançar mão dos recursos inerentes àqueles princípios constitucionais.

Embora seja regra a ilegitimidade passiva das associações, o autor supra citado afirma que em situações excepcionais isto seria permitido. Tais como nos casos em que a associação vem “figurar no pólo passivo para defender interesses próprios, ainda que a procedência da demanda possa atingir indiretamente seus associados, como consequência natural de serem membros daquele ente-réu”. (DINAMARCO, 2001, p. 271). Exemplificando:

É o caso das conhecidas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público paulista contra algumas torcidas organizadas (Mancha Verde e Torcida Independente) para que fossem extintas, diante dos males à ordem pública que elas significariam. As demandas foram julgadas procedentes, “para o fim de decretar a dissolução da associação requerida, com o consequente cancelamento do registro de seus atos constitutivos e respectivas alterações no cartório competente, subsistente a liminar concedida, relegando para a execução a liquidação de seu patrimônio”.

Não se poderá propor ação civil pública contra os órgãos ou agentes do Estado desprovidos de personalidade jurídica, como por exemplo o Ministério Público, o governador do Estado, o presidente do Tribunal de Justiça, etc. Neste caso, de acordo com Mazzilli (2002, p. 317-318):

A pretensão não pode voltar-se contra integrantes de um dos Poderes do Estado que tenham agido impessoalmente na qualidade de órgão ou agente do Estado; nesse caso, a eventual ação civil pública a ser proposta deverá sim ser endereçada apenas contra a respectiva pessoa jurídica de direito público interno, que se vincula, pela relação de organicidade, à responsabilidade pelo ato praticado pelo seu agente. Não se tratando de caso em que a lei expressamente consinta aos

órgãos do Estado desprovidos de personalidade jurídica que integrem o pólo passivo da ação, sua intervenção no processo coletivo seria inadmissível.

Assim, por regra, os entes políticos (União, Estados e Municípios) são os que responderão pelos atos lesivos praticados pelos seus agentes no exercício da função pública. Isto é decorrência da responsabilidade objetiva, em que o ente concorre diretamente à prática da lesão ao licenciar ou permitir a atividade nociva ou ao deixar de coibi-la quando obrigado para tanto.⁶² Neste caso, o agente só poderá ser responsabilizado regressivamente caso tenha agido com culpa ou dolo, através de uma ação autônoma.

3.10 O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O interesse de agir, conforme apontado pela doutrina, se desdobra em três partes, ou seja, *necessidade, utilidade e adequação*.

Assim, para que haja interesse de agir deve haver: a) *necessidade* do autor socorrer-se ao Judiciário para a proteção do direito substancial (o bem da vida), ou seja, o processo deve ser o remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto; b) *adequação* do provimento postulado, em outras palavras, que o pedido apresentado ao juiz traduza uma formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, que a via utilizada seja apta a produzir a correção argüida na inicial; e) *utilidade* da via processual eleita, ou seja, a medida pleiteada deverá ser útil do ponto de vista prático para o autor.

O interesse de agir nas ações coletivas apresenta-se genericamente com a mesma natureza e intensidade em face de todos os co-legitimados. Desta forma, significa dizer que, mediante o caso posto “*sub judice*”, e sem embargo de quem se apresente como autor da demanda, o juiz verificará se ela apresenta as três características do interesse de agir, ou seja, se ela é necessária, útil e adequada, frente aos fins a que se destina.

Entretanto, para alguns autores, o interesse de agir se confunde, em alguns casos, com a legitimidade para propositura da demanda.

⁶² Ou seja, Teoria do Risco Administrativo.

A doutrina tem afirmado que o Ministério Público possui interesse de agir presumido para a propositura de ações civis públicas, uma vez que a Constituição Federal, no artigo 129, inciso III, dispõe ser sua função institucional, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, ainda, a mesma função institucional encontra-se na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), em seu artigo 25, IV, bem como na LC 75/93. Desta forma, o interesse de agir do Ministério Público decorreria “*ope legis*”, sem a necessidade de qualquer indagação em face de um caso concreto.

Neste sentido, escreve Hugo Nigro Mazzilli (apud MANCUSU, 2002, p. 51):

Se o autor da ação for o Ministério Público, parece-me que o interesse é presumido, porque o Ministério Público é, diante do art. 1º da Lei Complementar 40/81, encarregado de defender perante o Judiciário os interesses indisponíveis da sociedade. Ora, se a lei o considera defensor de interesses transindividuais, assim porque a lei lhe dá legitimação para defender os interesses difusos, deve-se-lhe presumir que tenha legítimo interesse para tal fim.⁶³

Em que pese tais argumentos, este interesse conferido aos membros do “*Parquet*” não pode ser confundido com sua legitimidade, ou entendido de forma absoluta, como se ele possuísse uma vantagem⁶⁴ em relação aos outros co-legitimados à propositura da ação civil pública.

Com efeito, o interesse deve ser aferido mediante a análise do caso concreto, pois, por exemplo, pode haver legitimidade para a propositura de uma ação civil pública por danos ambientais, mas a empresa causadora do dano pode ter encerrado suas atividades há alguns anos, fazendo com que a lesão não exista mais. Haveria aí a necessidade da tutela jurisdicional? E, ainda, se eventual empresa poluidora colocasse filtros em suas chaminés por força do Termo de Ajustamento de Conduta, haveria utilidade de se ajuizar uma ação coletiva?

⁶³ Este dispositivo legal encontra-se hoje revogado, devendo-se entender que a referência diz respeito à LOMP, art. 1º que diz: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis”.

⁶⁴ Segundo Edis Milaré, o interesse processual do Ministério Público estaria implícito na legitimidade que lhe é conferida pela lei e, para os demais legitimados, deve-se demonstrar, em cada caso, o interesse específico de cada um na defesa de determinado bem sob ameaça de agressão ou que esteja sendo violado (MILARÉ apud MANCUSO, 2002, p. 52-53).

Assim, conforme prepondera Pedro da Silva Dinamarco (2002, p. 286-287), a presunção de interesse de agir do Ministério Público deve ser entendida com muito cuidado, pois, segundo o autor:

Essa presunção é abstrata e dependerá sempre da apuração, em cada caso concreto, da real existência do interesses de agir, especialmente no aspecto da necessidade (...) ...situações concretas podem demonstrar que o resultado desejado pode ser alcançado sem a utilização do processo. Assim, eventual presunção absoluta do interesse de agir geraria o risco de uma hipertrofia da ação civil pública, precisamente em virtude de seu uso generalizado e indiscriminado.

No que concerne o interesse processual das associações, este deverá estar diretamente relacionado com suas finalidades institucionais e o interesse perseguido na ação civil pública, conforme dispõe o inc. II, do art. 5º, da LACP. Por exemplo, um instituto oceanográfico com personalidade jurídica possui interesse processual para a propositura de uma ação coletiva na defesa da fauna marinha, mas, todavia, não possui interesse para propor uma ação em defesa de consumidores lesados por terem comprado um veículo com defeito.

Quanto aos entes políticos e órgãos da administração descentralizada (LACP, art 5º, “*caput*”), entende Rodolfo de Camargo Mancuso, que embora a lei não diga expressamente que deva existir coincidência entre o fim destes e a ação coletiva, a correlação deveria decorrer dos seus princípios, e exemplifica o autor: “não seria razoável que uma empresa pública como o Metrô propusesse ação civil pública objetivando impedir a construção de aeroporto em área de preservação ambiental” (MANCUSO, 2002, p. 57).⁶⁵

É de se concluir, que o interesse processual de quaisquer um dos co-legitimados à ação civil pública deve ser sempre aferido mediante a análise do caso concreto, para a verificação do preenchimento dos três requisitos do interesse processual (necessidade – adequação – utilidade). Assim, conforme leciona Mancuso (2002, p. 57):

O juiz verificará *in concreto* se o Ministério Público, o ente político, a associação têm, efetivamente, *necessidade* da ação proposta para

⁶⁵ Seguindo esta linha de raciocínio, Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 51-52) afirma: “Entendemos que a defesa do interesse difuso pela União, pelo Estado ou pelo Município tem de ser compatível com o interesse específico de cada uma dessas pessoas jurídicas”.

alcançar o objetivo declarado, e se ela se afigura *útil e adequada* em face desse mesmo objetivo.

Por fim, caso não reste demonstrado o interesse processual, o processo deverá ser extinto sem o julgamento do mérito, conforme estabelece o art. 267, inc, VI, do Código de Processo Civil.⁶⁶

3.11 COMPETÊNCIA

A jurisdição é um poder-dever do Estado “de prestar a tutela jurisdicional a todo o cidadão que tenha uma pretensão resistida por outrem, inclusive por parte do próprio Poder Público” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 137).

Para que essa jurisdição seja exercida na prática, faz-se necessário o concurso de diversos órgãos do Poder Público.

Diante desta consideração, pode-se falar que a competência “é justamente o critério de distribuir entre vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 137), em outras palavras, competência é a medida de jurisdição.

A competência para o ajuizamento das ações civis públicas vem traçada, como regra geral, pelo art. 2º da lei 7.347/85 que dispõe:

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

Como se pode observar, o legislador estabeleceu uma regra especial de competência para o ajuizamento das ações civis públicas que a doutrina tem tratado como *competência funcional absoluta* (Cf. SEGALA, 2002, p. 77).

Entretanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, a competência para o julgamento da ação civil pública passou a incluir mais uma regra, além da estabelecida no art. 2º da LACP.

Assim, em virtude do sistema de complementaridade existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC), o artigo 93 do CDC passou a incluir regras mais específicas acerca do assunto, dispondo:

Art. 93 Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Contudo, pelo fato do art. 93 do CDC estar situado no Capítulo II, que cuida da defesa dos interesses individuais homogêneos, existe uma discussão por parte da doutrina se isto acarretaria na impossibilidade de se estender a aplicação deste dispositivo também aos interesses difusos e coletivos “*strictu sensu*”.

Segundo o entendimento de Motauri Ciocchetti de Souza, a regra do inc. II, do art. 93 do CDC, seria inaplicável, pois, existem incompatibilidades entre as regras destinadas à defesa dos interesses individuais homogêneos (que são tratados de forma específica e isolada pelo CDC) e à tutela dos direitos difusos e coletivos (Cf. SOUZA, 2003, p. 101-116).

Ainda, numa visão particularizada, José dos Santos Carvalho Filho entende que a regra do art. 93 do CDC deve ser aplicada somente em sede de tutela coletiva dos consumidores, e não na defesa de outros interesses homogêneos ou metaindividuais (Cf. CARVALHO FILHO, 1995, p. 39-42).

Em que pese tais entendimentos, a doutrina majoritária tem se posicionado pela possibilidade da aplicação extensiva do dispositivo mencionado a outros interesses metaindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ada Pellegrini Grinover (apud MENDES, 2002, p. 231) destaca:

‘Embora inserido no capítulo atinente às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, o art. 93 do CDC rege todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não há como não utilizar, aqui, o método

⁶⁶ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem o julgamento do mérito: VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

integrativo, destinado ao preenchimento da lacuna da lei, tanto pela interpretação extensiva (extensiva do significado da norma) como pela analogia (extensiva da intenção do legislador)⁶⁷.

No mesmo sentido estão os seguintes juristas: Rodolfo de Camargo Mancuso, Hugo de Nigro Mazzilli, Álvaro Luiz Varley Mirra, Arruda Alvim, dentre outros (Cf. SOUZA, 2003, p. 102).

Analisando o sistema de distribuição de competência instituído pela Constituição Federal, esta criou a denominada Justiça Especial, que compreende a Justiça Trabalhista, a Militar e a Eleitoral, reservando-lhes competência absoluta "*ratione materiae*" e, de outro lado, de forma residual, a Justiça Comum, que se divide em justiça federal e justiça estadual.

Assim, caso a ação civil pública verse sobre interesses metaindividuais concernentes às Justiças Especiais, o legitimado ativo deverá observar, além das regras do art. 2º da LACP e do art. 93 do CDC, a obrigatoriedade de propô-la perante uma das Justiças Especiais, conforme a matéria, em virtude de sua competência absoluta. Exemplo: caso uma ação civil pública verse sobre controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ela deverá ser proposta perante a Justiça do Trabalho.⁶⁷

Com relação à Justiça Comum Federal, será de sua competência as causas em que figurarem como parte a União, autarquia federal e empresa pública federal, sejam como autoras, rés, assistentes ou oponentes, conforme o artigo 109, I, da CF. Esta regra deverá balizar-se pelo disposto no art. 93 do CDC, que ressaltou expressamente a competência da justiça federal.

Assim, será da competência da justiça federal as ações coletivas em hajam interesses da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autora, ré, assistente ou oponente.⁶⁸

⁶⁷ Neste sentido decidiu o STF: "Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho" (RE n. 206.220-MG, informativo do STF, 162, apud MAZZILLI, 2002, p. 245).

⁶⁸ Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal cancelou a Súm. 183 que instituía: "competete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da justiça federal processar e julgar a ação civil pública, ainda que a União figure no processo" – disto decorre que nas ações civis públicas em que a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal forem autoras, rés, assistentes ou oponentes, o foro competente para o seu julgamento será o da vara federal que tenha jurisdição sobre a matéria e competência funcional em razão do local do dano.

Ressalvada a competência da justiça federal, caso o dano seja de âmbito regional ou nacional, a competência para o julgamento de eventual ação civil pública será afeta à justiça estadual. Em se tratando de dano de âmbito regional a ação coletiva deverá ser proposta no foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal onde ocorreu ou ocorrerá a lesão. Caso o dano seja de âmbito nacional, a ação coletiva deverá ser proposta no Distrito Federal.

Nos casos de competência concorrente, deverão ser observadas as regras estabelecidas subsidiariamente pelo Código de Processo Civil.

Em exceção à regra geral de que a ação civil pública deve ser proposta no foro do local do dano, estão os interesses transindividuais tratados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. N. 8.069/90). Segundo este diploma, é absolutamente competente para essas ações o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão (art. 209), ressalvada a competência da justiça federal e a competência originária dos tribunais superiores.

Outra exceção à regra geral está no artigo 101, I, do CDC, que prevê que as ações de responsabilidade de fornecedores de produtos ou serviços podem ser propostas no domicílio do autor, estabelecendo uma hipótese de competência territorial relativa.

3.12 COISA JULGADA:

3.12.1 Conceito e Aspectos Gerais

A coisa julgada é um dos pilares do princípio da segurança jurídica, estando prevista no art 5º, XXXVI, da Constituição Federal, entre os princípios e garantias fundamentais, de modo que nem mesmo a lei pode violá-la, por ser cláusula pétrea.

Uma sentença torna-se imutável a partir do momento em que ocorre o seu trânsito em julgado, ou seja, quando ela torna-se insuscetível de ser reformada por meio de eventual recurso da parte.

A coisa julgada, conforme a conceituação doutrinária moderna, é a qualidade que torna os efeitos da sentença imutáveis.⁶⁹

3.12.1.1 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material

A coisa julgada formal consiste na imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo em que foi proferida e pode ocorrer quando esgotados todos os recursos previstos em lei, porque foram todos utilizados e decididos, ou porque decorreu o prazo de sua interposição. Pode-se dizer que em certo momento, todas as sentenças fazem coisa julgada formal.

Mesmo operando a coisa julgada formal, nada impedirá que a parte intente uma nova ação versando sobre o mesmo objeto litigioso. Isto é possível porque o mérito da causa não é analisado e pelo fato da coisa julgada formal irradiar seus efeitos somente dentro do processo.

Porém, para as sentenças de mérito, quando ocorrer a coisa julgada formal, operar-se-á também a coisa julgada material.

A coisa julgada material é a qualidade que torna imutável os efeitos da sentença, projetando seus efeitos tanto para dentro quanto para fora do processo. Em decorrência desta qualidade, a sentença acaba por se tornar lei as partes (art. 468 do CPC), impedindo que uma nova demanda seja proposta sobre a mesma lide, ou seja, qualquer outro juiz fica proibido de vir a decidir a mesma ação. A doutrina denomina esta proibição de “efeito negativo da coisa julgada material” (Cf. GRECO FILHO, 1996, p. 265).

Como cediço, a sentença é composta de três partes: o *relatório*, a *motivação* e o *dispositivo*.

O *relatório* é a parte da sentença que contém o nome das partes, a suma do pedido do autor e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. Na *motivação* o juiz analisará as questões de fato e de direito a serem decididas e, por fim, a parte *dispositiva* é o

⁶⁹ Segundo Humberto Theodoro Júnior, o Código de Processo Civil, seguindo o entendimento de Liebman, “Qualifica-a como uma qualidade especial do julgado, que reforça sua eficácia através da imutabilidade conferida ao conteúdo da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material)”. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 466).

local em que o juiz resolverá as questões que lhe forem submetidas, acolhendo ou negando o pedido da parte.

A coisa julgada material é justamente a imutabilidade do dispositivo da sentença e de seus efeitos, tornando impossível a rediscussão da lide. Isto quer dizer que não importam quais foram os motivos que levaram à decisão, mas sim a sua conclusão.

3.12.2 Limites da Coisa Julgada

3.12.2.1 Limites Objetivos

No sistema processual civil pátrio, conforme afirmado, somente a parte dispositiva da sentença é que faz coisa julgada. Isto é evidenciado na medida em que o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 469 proclama expressamente:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Nesta ceara, denota-se que o CPC adotou uma posição restritiva quanto aos limites objetivos da coisa julgada, não lhe estendendo aos fundamentos da sentença.⁷⁰

Para que o juiz possa resolver o conflito de interesses que lhe é submetido, ele exerce dois tipos de atividades: *a) a cognitiva*, que é a análise no plano lógico de tudo que for necessário para chegar a uma conclusão a respeito do pedido do autor, *b) a decisiva*, que envolve a relação jurídica material controvertida e que redundará na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado acerca desta relação, a qual é feita na parte dispositiva da sentença. É

⁷⁰ Entretanto, esclarece Liebman (apud GRECO FILHO, 1996, p. 269): “É exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalista, de modo que abranja não só a parte final da sentença, como também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes”.

exatamente nesta última fase que se situa a autoridade da coisa julgada, tornando imutável e indiscutível o que aí se declarar.

De acordo com os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 483):

Os motivos, ainda que relevantes para a fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não se recobrem do manto da intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta.

Do mesmo, modo encontra-se a questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (apud THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 484), prejudicial

‘é aquela questão relativa a outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida (à qual não diz diretamente respeito, mas sobre a qual vai influir), mas que poderia, por si só, ser objeto de um processo separado’.

Assim, por exemplo, o controle difuso de constitucionalidade é exercido de forma incidental dentro de um processo dito principal, no qual a inconstitucionalidade da norma apresenta-se como uma questão prejudicial para o deslinde da controvérsia oposta em juízo, ou seja, esta questão não diz respeito diretamente à lide, situando-se apenas como antecedente lógico do dispositivo da sentença.

Desta forma, infere-se que a questão prejudicial da constitucionalidade suscitada incidentalmente dentro de um processo jamais será atingida pela autoridade da coisa julgada, por não integrar a parte dispositiva da sentença. Esta questão é de fundamental importância para se chegar à conclusão acerca do tema abordado no presente trabalho de pesquisa.

Conforme leciona José Frederico Marques (apud THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 483):

‘A decisão da questão prejudicial, feita *incidenter tantum*, possui eficácia limitada à preclusão, no sentido de se impedir que a mesma questão seja suscitada novamente no mesmo processo. Fora desse processo, pode essa questão ser novamente debatida, porque absolutamente não se estendeu a coisa julgada’.

Para que a solução da questão prejudicial seja atingida pela qualidade da coisa julgada, a parte interessada deverá requerer, necessariamente, a sua declaração incidental, conforme proclama os artigos 5º e 325 do Código de Processo Civil (art. 470 do CPC).⁷¹ Deste modo, o objeto do litígio será ampliado, de forma que o dispositivo da sentença, em razão do pedido da parte e presente as demais condições legais, passará a ser composto de duas partes, quais sejam: a decisão da questão prejudicial, e a decisão da questão primitiva, ambas resolvidas “*principaliter*”.

Todavia, no que concerne à apreciação da inconstitucionalidade pelo juiz singular, a este não é dado o poder de apreciá-la “*principaliter*”, sendo-lhe permitido unicamente, sua análise “*incidenter tantum*”, a qual, conforme será exposto, poderá ser perfeitamente realizável em sede de ação civil pública.

3.12.2.2 Limites Subjetivos

O limite subjetivo da coisa julgada diz respeito ao alcance, à imutabilidade dos efeitos da sentença e sua impossibilidade de rediscussão em relação às partes.

Segundo o artigo 472 do Código de Processo Civil, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Todavia, embora o dispositivo invocado diga que a sentença não beneficia ou prejudica terceiros, isto não significa que eles possam ignorar a coisa julgada, já que, como ato jurídico emanado do Poder Público, a sentença existe e vale com respeito a todos. Assim, não é a sentença que prevalece ou vale entre as

⁷¹ CPC: “Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa a relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz declare por sentença. Art. 325 Contestado o réu o direito que constitui o fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º)”.

parte, mas sim a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença que transitou em julgado que não pode beneficiar ou prejudicar terceiros estranhos ao processo.

Segundo Liebman, deve-se distinguir a eficácia natural da sentença da autoridade da coisa julgada. Para este jurista, a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim a qualidade que recai sobre esta em determinadas circunstâncias que a torna imutável. Assim, dentro de suas idéias, a eficácia natural da sentença vale para todos, do mesmo modo que qualquer ato jurídico, e a autoridade da coisa julgada atua apenas em relação às partes do processo (LIEBMAN apud THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 486).

Assim, é perfeitamente possível que um estranho venha a se rebelar contra aquilo que já foi julgado entre as partes e que se encontra sob a autoridade da coisa julgada, em outro processo, desde que possua interesse jurídico.

Com relação às ações coletivas, a tratativa legal do limite subjetivo da coisa julgada se dá de maneira diferente da tradicional sistemática processual civil, pois, conforme já se expôs, na esfera de defesa dos interesses transindividuais não existe partes bem definidas, individualizadas, e o legitimado ativo à ação civil pública vai a júízo para defender interesses alheios pertencentes a toda coletividade ou a uma gama desta coletividade.

Por conta disso, o legislador pátrio concebeu regras especiais para compatibilizar o instituto da coisa julgada à tutela dos interesses transindividuais.

Desta forma, o artigo 16 da LACP e, posteriormente o artigo 103 do CDC, instituíram e regulamentaram a denominada coisa julgada “*erga omnes*” e também a “*ultra partes*.”⁷²

3.12.3 A Coisa Julgada na Ação Civil Pública

Tendo em vista uma melhor proteção aos interesses metaindividuais, o procedimento para tutelá-los vem se desenvolvendo cada vez mais de forma a superar antiga visão individualista do processo.

⁷² De acordo com Marcelo Dawalibi, a exceção à regra da coisa julgada *intra parte* não foi criação da LACP, mas sim da Lei da Ação Popular (lei n. 4.717/65) (DAWALIBI *apud* SEGALA, 2002, p. 83).

No que diz respeito ao instituto da coisa julgada, fez-se necessário atribuir efeitos diferenciados dos previstos no artigo 472 Código de Processo Civil, que estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”, dada a natureza supra-individual do objeto tutelado e a larga irradiação dos efeitos da decisão proferida.

Desta forma, criou-se o instituto da coisa julgada nas ações coletivas, com características particulares, adotando-se, por exemplo, a coisa julgada “*secundum eventum litis*”, ou seja, de acordo com o resultado da ação e a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse controvertido.

A disciplina legal do instituto está localizada no art. 16 da LACP, que cuida do limite territorial dos efeitos da coisa julgada, bem como nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, que atribui a qualidade da coisa julgada conforme reportado no parágrafo anterior.

Para a compreensão mais simplificada acerca do assunto abordado, este será tratado em dois sub-itens, conforme se confere a seguir.

3.12.3.1 A Coisa Julgada “*Secundum Eventum Litis*” e a Coisa Julgada Conforme a Natureza do Interesse Metaindividual

Como já demonstrado, o Código de Defesa do Consumidor integra e complementa subsidiariamente a Lei da Ação Civil Pública (art. 21, LACP), devendo seus dispositivos serem aplicados não só na defesa dos consumidores, mas também, na defesa de qualquer outro interesse transindividual, seja ele difuso, coletivo “*strictu sensu*” ou individual homogêneo, suscitados por meio de uma ação civil pública ou coletiva.

Assim, de acordo com o interesse transindividual tutelado, o fenômeno da coisa julgada operar-se-á das seguintes formas:

- a) *Interesses difusos*: a sentença transitada em julgado produzirá efeitos “*erga omnes*”,⁷³ ou seja, contra todos, exceto se a improcedência da ação

⁷³ É relevante trazer a colação as considerações feitas por Hugo Nigro Mazzilli sobre as expressões “*erga omnes*” e “*ultra partes*”. Segundo o autor: “Apesar de ‘*erga omnes*’ e ‘*ultra partes*’ serem expressões que, isoladamente consideradas, não se distinguiriam (pois ambas transmitem a idéia de que a imutabilidade da sentença ultrapassa as partes do processo), a verdade é que o legislador tratou de forma diversa seus efeitos. Ao declinar as regras que

civil pública ocorrer por falta de provas (art. 103, inc. I, CDC). Neste caso, não haverá a coisa julgada material, sendo permitido a qualquer legitimado, inclusive ao autor da primeira ação, propô-la novamente, desde que esta seja baseada em novas provas. A coisa julgada, mesmo no caso de improcedência por outro motivo que não a falta de provas, não poderá, em hipótese alguma, prejudicar os interesses individuais diferenciados, sendo permitido ao prejudicado deduzir sua pretensão por meio da propositura de ação individual (art. 103, § 1º, CDC).

- b) *Interesses coletivos “strictu sensu”*: a sentença produzirá efeitos “*ultra partes*”, ou seja, além da partes, mas, evidentemente, limitando-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas, exceto se a improcedência da ação coletiva ocorrer por falta de provas, caso em que, baseando-se em novas provas, poderá ser proposta uma outra ação civil pública (art. 103, inc. II, CDC). Se o autor de eventual ação individual quiser se beneficiar dos efeitos da coisa julgada formada na ação coletiva, ele deverá requerer a suspensão do seu feito individual no momento oportuno assinalado pela lei (art. 104, CDC). No caso de improcedência da ação coletiva, seus interesses individuais não serão prejudicados, nem mesmo se a improcedência se fundar em outro motivo que não seja falta de provas (art. 103, § 1º, CDC).
- c) *Interesses individuais homogêneos*: a sentença de procedência da ação coletiva produzirá efeitos “*erga omnes*”, beneficiando as vítimas e seus sucessores (art. 103, inc. III, CDC). Da mesma forma como ocorre nos interesses coletivos, caso o autor de eventual ação individual queira se beneficiar dos efeitos da coisa julgada formada na ação coletiva, ele deverá requerer a suspensão do seu feito individual no momento oportuno assinalado pela lei (art. 104, CDC). No caso de improcedência da ação coletiva, os lesados individuais que não intervieram no processo como assistentes litisconsorciais poderão propor ações individuais, no caso

informam uma e outra das hipóteses (art. 103, I a III, do CDC), o legislador mostrou que quis efetivamente diferenciá-las: com coisa julgada ‘*erga omnes*’, quis alcançar imutabilidade do ‘*decisium*’ em todo o grupo social, e com coisa julgada ‘*ultra partes*’, quis alcançar, sim, também mais do que as meras partes da ação coletiva, mas mesmo do que todo o grupo social, porque agora limitou a imutabilidade ao grupo, classe, ou categoria de pessoas atingidas” (MAZZILLI, 2002, p. 481-482).

contrário, se atuarem como parte, o mesmo não será permitido (art. 103, § 2º).

Analisando-se sob o prisma do resultado da ação ter-se-á o seguinte:

- a) *Pedido julgado procedente*: se o objeto da ação civil pública tratar de interesses difusos ou individuais homogêneos, os efeitos serão “*erga omnes*”. No caso específico de interesse individual homogêneo, se o lesado já havia proposto uma ação individual, este só se beneficiará do resultado da ação coletiva se tiver requerido oportunamente a suspensão de seu processo individual. Caso a ação coletiva verse sobre interesses coletivos “*strictu sensu*”, os efeitos da sentença serão “*ultra partes*”, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria de pessoas.
- b) *Pedido julgado improcedente*: caso a improcedência da ação seja em decorrência de qualquer outro motivo que não seja a falta de provas, conforme o tipo de interesse discutido, poderá ocorrer eficácia “*erga omnes*” (interesses difusos ou individuais homogêneos) ou “*ultra partes*” (interesses coletivos “*strictu sensu*”); do contrário, se o motivo for o reportado, não ocorrerá o fenômeno da coisa julgada, podendo-se propor uma outra ação civil pública, desde que seja baseada em novas provas. Em se tratando de interesses individuais homogêneos ou também de interesses coletivos “*strictu sensu*”, a improcedência da ação, por qualquer motivo, não impedirá que os lesados busquem suas satisfações de forma individual, exceto se eles intervieram como assistentes litisconsorciais no processo coletivo, caso em que estarão impedidos de ajuizarem outra ação coletiva que verse sobre o mesmo objeto.

3.12.3.2 A Coisa Julgada e o Limite Territorial

A antiga redação do art. 16 da LACP previa que a sentença proferida na ação coletiva faria coisa julgada “*erga omnes*”, excetuando a hipótese em que a ação fosse julgada improcedente por falta de provas, caso em que, poderia ser proposta uma outra ação coletiva, inclusive, sobre os mesmos fundamentos da anterior, desde que instruída com nova prova.

Atualmente, o referido dispositivo foi alterado pela Lei n. 9.494/97,⁷⁴ que lhe deu a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada “*erga omnes*”, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas.

Desta forma, verifica-se que a alteração sofrida pelo art. 16 da Lei da Ação Civil Pública acabou limitando a eficácia “*erga omnes*” da sentença proferida na ação coletiva, estabelecendo que a autoridade da coisa julgada operar-se-á somente nos limites da competência territorial do órgão prolator. Por exemplo: se a sentença proferia na ação civil pública for de procedência e esta transitar em julgado, a coisa julgada “*erga omnes*” terá sua incidência limitada às fronteiras da competência territorial do órgão prolator, alcançando unicamente as pessoas ali localizadas. Contudo, conforme se demonstrará adiante, esta assertiva não é verdadeira.

Com efeito, o legislador acabou por misturar o instituto da coisa julgada (no que concerne seus limites subjetivos e objetivos), com o instituto da competência territorial (embora em sede de ação civil pública a competência seja absoluta – art. 2º da LACP – o que demonstra uma impropriedade em sua nomenclatura) e, conseqüentemente, gerando severas críticas por parte da doutrina.

Desta feita, alguns doutrinadores apontavam o artigo 16 da LACP como inconstitucional/ilegal,⁷⁵ e outros, enxergavam-no como contendo uma impropriedade técnica-legislativa.⁷⁶

No que concerne à aplicabilidade do referido dispositivo, a doutrina é convergente no sentido de que sua alteração mostrou-se inócua, posto que o Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação se dá em caráter integrativo e subsidiário à Lei da Ação Civil Pública, não foi alterado, permanecendo válidas as

⁷⁴ Esta lei é originária da Medida Provisória n. 1570/97. Conforme esclarece Mazzilli (2002, p. 249), ela foi editada sem a observância dos pressupostos de constitucionais de relevância e urgência (CF, art. 62), sendo-lhe ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade n. 1576-1-DF, que, no entanto, julgou constitucional a nova redação dada ao art. 16 da LACP.

⁷⁵ Neste sentido: VIGLIAR apud MAZZILLI, 2002, p. 253.

⁷⁶ Neste sentido: MANCUSO, 2002.

disposições dos seus artigos 103 e 104, que tratam a matéria de forma específica, ou seja, conforme o tipo de interesse transindividual discutido.

Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 249-252), tecendo fortes críticas à nova redação do art. 16 da LACP, asseverou:

A alteração trazida à Lei da Ação Civil Pública pela Lei n. 9.494/97 é de todo equivocada, pois esta última valeu-se de redação infeliz e inócua. O legislado de 1997 confundiu *limites da coisa julgada* (cuja imutabilidade subjetiva e objetiva é *erga omnes*) com *competência* (saber qual órgão do Poder Judiciário está investido de uma parcela de jurisdição estatal); e ainda confundiu a competência *absoluta* (de que se cuida no art. 2º da LACP), com competência *territorial* (de que cuidou na alteração procedida no art. 16, apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta)... Ademais, a Lei n. 9.494/97 alterou o art. 16 da Lei n. 7.347/85 mas se esqueceu de modificar o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, e ainda hoje dispõe corretamente sobre a matéria... (...)

A imutabilidade não será maior ou menor em decorrência da competência que, precedentemente, o autorizou a decidir a lide; a imutabilidade será mais ampla ou mais restrita de acordo, sim, com o grupo social a que se destina. A competência só é critério para determinar qual órgão do Estado decidirá a lide; a imutabilidade do julgado pressupõe uma válida sentença proferida por órgão jurisdicional competente, mas a competência não adere à sentença nem limita sua imutabilidade. A imutabilidade da sentença transitada em julgado só quer dizer que a lide não mais pode ser reaberta entre as mesmas partes ou até mesmo além delas, em alguns casos, nas ações que versem interesses transindividuais (o Estado não mais aceita seja renovada a controvérsia).

No mesmo sentido Nelson e Rosa Nery (apud MAZZILLI, p. 250) preponderaram:

confundiram-se 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 seu território, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença.

Desta forma, devido a esta impropriedade técnico-legislativa, é de se ater, que se o artigo 16 da LACP fosse levado a cabo, poderíamos ter uma série de situações paradoxais, como, por exemplo, um dano ambiental, causado por poluição atmosférica, jamais poderia ser reconhecido por um único juiz, se a empresa responsável fosse uma fábrica localizada em duas ou mais comarcas do

mesmo Estado ou de Estados diferentes, pois nenhum dos juizes do local do dano teria competência territorial completa para processar e julgar o feito, em virtude do local do dano. Ainda, para solucionar o problema, deveriam ser propostas diversas ações civis públicas, uma em cada foro do local do dano, podendo gerar uma série de decisões contraditórias, inclusive, o abarrotamento do Judiciário, inviabilizando a função jurisdicional.

Como bem colocado por Fabiano de Lima Segala (2002, p. 92):

Isso seria uma agressão à instrumentalidade do processo, colocando de lado a economia processual. Representaria um retrocesso, pois daria margem à decisões contraditórias que, sem dúvida, ocorreriam devido ao grande número de ações por todo país, numa contrariedade flagrante a um dos princípios constitucionais mais caros, ou seja, o princípio da segurança jurídica.

Assim, para um melhor atendimento aos anseios das diversas espécies de interesses transindividuais, conforme já exposto no sub-item anterior, a coisa julgada nas ações civis públicas deverá ser definida de acordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), ou seja, conforme o tipo de interesse discutido na ação, seja ele difuso, coletivo “*strictu sensu*” ou individual homogêneo e de acordo com a coisa julgada “*secundum eventum litis*”.

4 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O controle difuso de constitucionalidade das leis e dos atos normativos se caracteriza pelo fato de ser exercitável mediante a análise de um caso concreto, realizado por qualquer juiz, em qualquer tipo de ação e em qualquer grau de jurisdição (art. 97 da CF).

De acordo com as lições de José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 203):

A qualquer órgão singular ou colegiado do Poder Judiciário, porém, é lícito apreciar, *por via incidental*, a questão da constitucionalidade no curso do processo relativo a caso concreto, como questão prejudicial, que se resolve para assentar uma das premissas lógicas do julgamento da lide.

Não obstante a possibilidade de ser aferido em qualquer tipo de ação, em sede de ação civil pública a questão tem se apresentado de forma bastante polêmica e controversa, posto que muitos vêem a ação coletiva como um instrumento sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, frente à possibilidade de sua decisão possuir alcance “*erga omnes*”, não se limitando unicamente às partes do processo.

O temor e a conseqüente restrição doutrinária e jurisprudencial assentam suas premissas em torno dos limites subjetivos da coisa julgada, já que, conforme demonstrado no item 3.12.3.1 (Limites Subjetivos), a relação processual em sede de ação civil pública assume contorno metaindividual, e eventual controle de constitucionalidade na via difusa poderia causar sério comprometimento na harmonia entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade existentes no país. Isto se daria pela possibilidade da decisão proferida na ação civil pública assumir o mesmo resultado prático “*erga omnes*” obtido através da ação direta de inconstitucionalidade.

Sem dúvida, não se pode admitir que o instrumento da ação civil pública seja utilizado para atacar, em caráter abstrato, os efeitos “*erga omnes*” atuais e futuros da norma apontada como inconstitucional, seja ela municipal, estadual, distrital ou federal, pois, neste caso, o juiz da ação civil pública estaria fazendo às vezes do Tribunal, a quem compete, com exclusividade, declarar a

inconstitucionalidade em tese da lei ou ato normativo, com a conseqüente suspensão de sua eficácia e imutabilidade “*erga omnes*”.

Para Alexandre de Moraes, não importa se a questão foi oposta como pedido principal ou incidentalmente, se a ação civil pública gerar efeitos “*erga omnes*”, haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Assim, nas palavras do autor:

(...) não importa se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido *incidenter tantum*, pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos nas decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei nº 7.347 de 1985. (MORAES, 2001, p. 570).

Na mesma linha de pensamento encontra-se Arruda Alvim, chamando atenção para as ações civis públicas propostas de forma desconexas de um verdadeiro litígio, com o intuito de se obter a não aplicação da norma dentro de uma determinada área de jurisdição, ainda que o pedido tenha se realizado “*incidenter tantum*” (ALVIM apud MORAES, 2001, p. 570).

O próprio Supremo Tribunal Federal, em suas decisões mais antigas, não admitia o controle difuso de constitucionalidade nas ações civis públicas que possuíssem efeitos “*erga omnes*”, mais especificadamente, nas ações em defesa de interesses difusos ou coletivos, pois, neste caso, seus efeitos seriam idênticos ao da declaração concentrada da inconstitucionalidade. Porém, se o objeto da ação civil pública versasse sobre a tutela de interesses individuais homogêneos, previstos no art. 81, inc. III, da Lei n. 8.078/90, o Pretório Excelso se propugnava pelo cabimento, pois, em tais casos, a decisão só alcança um grupo determinado ou perfeitamente determinável de pessoas, não usurpando a finalidade constitucional das ações diretas de inconstitucionalidade.⁷⁷

Desta forma, verifica-se que o Supremo visualizava a questão sob o mesmo prisma dos limites subjetivos da coisa julgada, mas com contornos diferentes, conforme o tipo de interesse metaindividual discutido na ação.

⁷⁷ Neste sentido: STF – Reclamação nº 554-2/MG – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, Seção I, 26 nov. 1997, p. 61.738; STF – Pleno – Reclamações nº 597-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, e para o acórdão o Min. Néri da Silveira, 600-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, e 602-SP,, Rel. Min. Ilmar Galvão - Sessão de 3.09.97.

Fabiano de Lima Segala, em sua pesquisa monográfica “Ação Civil Pública como Instrumento de Tutela dos Interesses Metaindividuais”, sustentou o cabimento do controle difuso inclusive nas ações civis que versassem sobre interesses coletivos “*strictu sensu*”. Segundo o autor:

(...) a autoridade da coisa julgada na ação civil pública que trata de interesses coletivos “*strictu sensu*” nem se quer faz coisa julgada “*erga omnes*”. O art. 103, inc. II, do CDC diz prevê que as ações relativas a essa espécie de interesse farão coisa julgada “*ultra partes*”, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe.

(...) é imperioso que se reconheça a legitimidade dessa ação para a apreciação incidental de inconstitucionalidade, quando o seu objeto for não somente a tutela de interesses individuais homogêneos, mas também nas situações de defesa dos interesses coletivos “*strictu sensu*”.

Há que se reconhecer a coerência dessa assertiva, pois o grupo que é titular do interesse coletivo “*strictu sensu*” pode ser especificado e, por vezes, se consegue até mesmo a individualização das pessoas que o compõem, porém, não há a possibilidade de divisão do objeto desse interesses entre seus titulares, sendo essa a diferença mais relevante existente entre os interesses coletivos “*strictu sensu*” e os interesses individuais homogêneos, diferença essa que em nada compromete a questão da distinção relativa a abrangência da coisa julgada. (SEGALA, 2002, p. 102-103).

Em que pesem tais posicionamentos, entende-se não serem estes os melhores entendimentos sobre o assunto em tela. Não se pode confundir o efeito “*erga omnes*” inerente às decisões proferidas em ação coletiva, desde que procedente, com os efeitos “*erga omnes*” da ação direta de inconstitucionalidade.

Esta questão pode ser dirimida analisando-se os limites objetivos da coisa julgada em sede das ações coletivas e o instituto do controle difuso de constitucionalidade.

Antes de tudo, cabe lembrar os requisitos inerentes ao exercício do controle difuso de constitucionalidade. São eles:

- a) deverá haver um caso concreto a ser solucionado pelo Poder Judiciário;
- b) a questão da inconstitucionalidade deverá ser argüida incidentalmente na demanda, como questão prejudicial à análise da matéria de mérito;

c) ao entregar a prestação jurisdicional, o magistrado deverá afastar constitucionalidade da norma dentro dos fundamentos da decisão, para, posteriormente, na parte dispositiva, pronunciar-se sobre o pedido do autor.

Como se verifica, a eventual declaração acerca da constitucionalidade no processo servirá tão somente para que o demandante atinja os objetivos principais da ação.

Embora alguns doutrinadores entendam pelo não cabimento do controle incidental nas ações civis públicas que possuem efeitos “*erga omnes*”, em face do disposto no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, tal característica não possui o condão de transformar a ação coletiva em ação direta de inconstitucionalidade e, muito menos, confundir o objeto de uma ou de outra medida processual.

Primeiro, porque a ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto o ataque à lei ou ato normativo reputado como inconstitucional de forma abstrata e genérica, sendo que este pedido integrará o dispositivo da decisão fazendo coisa julgada material com eficácia “*erga omnes*”.

Segundo, porque a ação civil pública tem objeto completamente diverso, ou seja o seu pedido visa especificamente à tutela dos interesses transindividuais e, será este mesmo pedido é que integrará a parte dispositiva da decisão, sendo a questão da constitucionalidade apenas mera questão prejudicial integrante da fundamentação.⁷⁸

Vale dizer, que a prejudicial de inconstitucionalidade alegada “*incidenter tantum*”, ao contrário do direito transindividual controvertido, não fará coisa julgada material, e, sim, será mero antecedente lógico da sentença - o que não se

⁷⁸ Pedro da Silva Dinamarco também sustenta essa posição: “De fato, a inconstitucionalidade pode ser eventualmente alegada incidentalmente em demanda coletiva... É indispensável 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 objeto da ação civil pública jamais poderia ser alcançado pelo controle abstrato da norma questionada” (DINAMARCO, 2001, p. 279-280).

mostra apta a subtrair a competência do Tribunal encarregado do controle concentrado.⁷⁹

Este é o entendimento do artigo 469 do Código de Processo Civil que dispõe:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Gilberto Schäfer (2002, p. 128-130), criticando tese do não cabimento do controle difuso de constitucionalidade nas ações civil públicas que tivessem efeitos “*erga omnes*”, dispôs:

Na ACP de tutela de interesse difuso, a coisa julgada *erga omnes* decorre da impossibilidade da cisão do objeto. É a ampliação do objeto que determina que a coisa julgada seja mais ou menos abrangente e, por isso sustentamos a ineficácia da nova redação do art. 16 da Lei da ACP.

Portanto, a coisa julgada *erga omnes* a que se refere a LACP envolve apenas o bem da vida em discussão. A questão constitucional, que pode ser alegada em ação ou defesa, é apenas prejudicial e não integra o conteúdo da coisa julgada (não se torna imutável e indiscutível a constitucionalidade da norma). Submete-se à regra das questões prejudiciais que não fazem coisa julgada material (art. 269, III, do CPC). (...)

Dessa forma, a conclusão é de que quando se trata de interesses difuso, os próprios efeitos da sentença são amplos, mas a declaração de inconstitucionalidade não faz coisa julgada, não vinculando outros julgadores em questões futuras, por que ela não pode ser objeto do pedido.

Isto significa, que a lei dada como inconstitucional incidentalmente em sede de ação civil pública continuará em vigor pra todas as outras situações da vida, dotada de plena eficácia e observância “*erga omnes*”, podendo qualquer juiz ou tribunal continuar a aplicá-la.

⁷⁹ O próprio Supremo Tribunal Federal ao analisar a Reclamação n. 600-0/SP, relatada pelo i. Min. Néri da Silveira (julgada em 03.09.1997) pronunciou: “8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de 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. 7.347/1985, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF (...)”.

Assim, conforme já analisado no capítulo acerca dos limites objetivos da coisa julgada (item 3.12.2.1), essa questão incidental apenas fará parte da fundamentação da sentença, ou seja, pertencerá à fase cognitiva que é a análise, no plano lógico, de tudo o que for necessário para se chegar a uma conclusão a respeito do pedido do autor, não fazendo coisa julgada em face do inciso III, do art. 469 do Código de Processo Civil.

Somente através da ação declaratória incidental é que a autoridade da coisa julgada alcançaria a manifestação de inconstitucionalidade, fazendo coisa julgada formal, vinculando as partes litigantes no processo. Ressalta-se que, mesmo assim, a lei continuará em vigor para toda a sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo os últimos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, tem dado respaldo às assertivas aqui levantadas, analisando a questão do controle difuso de constitucionalidade sob o prisma dos limites objetivos da coisa julgada.

Assim, em suas últimas decisões, tem-se assentado o entendimento de que a declaração incidental de inconstitucionalidade não faz coisa julgada, sendo tranqüilamente passível de ser suscitada na via da ação civil pública, independentemente da decisão possuir ou não eficácia “*erga omnes*”, mas, logicamente, desde que esteja vinculada a análise de um caso concreto. A seguir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

É possível a propositura da ação civil pública com base na inconstitucionalidade da lei, isto porque, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas de controle difuso de constitucionalidade.

Destarte, somente se exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública quando nela o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

In casu, o pedido formulado pelo Parquet diz respeito à proteção do meio ambiente e do patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social, em face da ocupação de áreas públicas localizadas no SCLS, Quadra 107. A inconstitucionalidade da lei Distrital n. 754/94, nada mais é do que o fundamento da ilegitimidade dessa

ocupação e sequer faz coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil.

Recurso especial provido (STJ, Segunda Turma, Resp. 402044/DF; Recurso Especial 2001/0179517-6, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 05.08.2002, p. 00298).

No mesmo sentido, ao analisar o recurso especial nº 175222/SP, relatado pelo i. Min. Franciulli Netto, em decisão publicada no DJ de 24.06.2002, a Segunda Turma do STJ entendeu:

RECURSO ESPECIAL, AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal admite a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade, ao fundamento de que, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas sim de controle difuso de constitucionalidade, passível de correção pela Suprema Corte pela interposição de recurso extraordinário.

Na verdade, o que se repele é a tentativa de burlar o sistema de controle constitucional para pleitear, em ação civil pública, mera pretensão de declaração de inconstitucionalidade, como se de controle concentrado se tratasse.

In casu, o pedido formulado pelo Parquet diz respeito ao direito individual homogêneo do contribuinte de não recolher tributo, que, segundo seu entendimento, é ilegítimo. A inconstitucionalidade da lei criadora do “complemento da taxa de serviços públicos”, instituído pela Municipalidade de Campos de Jordão, nada mais é do que o fundamento dessa ilegitimidade e sequer faz coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil.

Admitida a declaração incidenter tantum da inconstitucionalidade de lei municipal em ação civil pública, devem os autos retornar à Corte a quo para que examine as demais preliminares argüidas, incluído o exame da legitimidade do parquet para a defesa dos contribuintes, e, se for o caso, prossiga no exame do mérito da demanda.

Recurso especial parcialmente provido (STJ, Segunda Turma, Resp. 175222/SP, Recurso Especial 1998/0038317-4, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 24.06.2002, p. 00230).

Como se verifica, nossos Tribunais Superiores tendem pela possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, não obstante o tipo de interesse transindividual discutido, seja ele difuso, coletivo “*strictu sensu*” ou individual homogêneo e da decisão possuir ou não eficácia “*erga omnes*”.

Neste sentido, reforçando-se os argumentos aqui levantados, faz-se imperioso trazer à colação o julgamento do recurso especial nº 299271/PR, realizado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no *DJ* de 08.09.2003, que traz, claramente, a distinção entre os efeitos da coisa julgada material em sede de ação civil pública com eficácia “*erga omnes*” e os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

3. O efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.

4. Recurso especial parcialmente provido (STJ, Segunda Turma, Resp 299271/PR, Recurso especial 2001/0002883-7, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 08.09.2003, p. 00269).

Ainda, em recentíssima decisão relatada pela i. Min. Eliana Calmon, no EResp n. 439.539-DF, julgado em 06.10.03, entendeu a Primeira Seção do STJ:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCIDENTE. INCONSTITUCIONALIDADE.

A Seção, ao admitir os embargos, entendeu ser cabível a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, quando se tratar de questão referente apenas à causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial necessários para solução do litígio principal. Note-se que essa declaração está sujeita ao crivo revisional do STF em recurso extraordinário. Outrossim, o efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, local ou regional conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, mediante,

principalmente, as tutelas condenatória, executiva e mandamental que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. Precedentes citados do STF: Rcl. 1.733-SP, DJ 12/3/2003; Rcl.1.519-CE, DJ 20/6/2000, e RE 227.159-GO, DJ 17/5/2002. (Informativo do STJ, nº 0187. Período: 6 a 10 de outubro de 2003 – EResp 439.539-DF. Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 6.10.2003).

No que concerne o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais contestados em face da Constituição Federal, este somente poderá ser exercitado pelo método difuso, segundo o entendimento já exposto no capítulo 2.5, pois o constituinte federal não disciplinou a matéria na alínea “a” inc. I, art. 103, da Constituição Federal, conferindo ao Supremo Tribunal Federal somente competência para julgar e processar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei e ato normativo federal ou estadual. Ainda, também não outorgou aos Tribunais de Justiça Estaduais esta função, facultando-lhes apenas, no §2º do art. 125 da CF, competência para instituir a representação de inconstitucionalidade das leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Pode-se afirmar, que nada impede que o controle incidental das leis e atos normativos municipais seja exercido em sede de ação civil pública, pelos mesmos argumentos até aqui defendidos, ou seja, eventual declaração de inconstitucionalidade não fará coisa julgada.

Ademais, para aqueles que defendem que os efeitos práticos da decisão da ação coletiva seriam os mesmos de uma ação direta de inconstitucionalidade sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade se emanaria por todo o município, cumpre verificar que, mesmo neste caso, não haverá o que se falar em usurpação da competência concentrada do Supremo Tribunal Federal, pois, como já afirmado, para este caso não existe previsão legal de controle concentrado.⁸⁰ Ainda, mesmo se vislumbrando algum efeito tópico

⁸⁰ Este também é o entendimento de Fabiano de Lima Segala que, no entanto, vai mais além: “(...) no silêncio da CF em relação ao controle concentrado das leis e atos normativos municipais, entende-se que tanto o controle difuso (concreto) quanto o concentrado (abstrato) poderão ser realizados por intermédio da ação civil pública, quando esses comandos normativos violarem direito ou interesse metaindividual, mediante desrespeito a norma constitucional, pois, a não admissão desse instrumento como hábil para tal finalidade representa denegação de justiça, por não existir outro instrumento processual apto para a tutela dos interesses metaindividuais”. (SEGALA, 2002, p. 105).

semelhante (no que diz respeito aos efeitos da ação coletiva em toda área da jurisdição municipal), não existe no Direito pátrio qualquer vedação legal que impeça tal coincidência, que na verdade, não será bem uma coincidência, posto que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade e o objeto da ação civil pública são totalmente diferentes. Neste sentido, o Desembargador Almeida Melo, integrante da 4ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais aduziu:

Essa coincidência decorre de que, via de regra, uma decisão, em Ação Civil Pública, terá eficácia na jurisdição do Promotor, a qual sempre compreende o âmbito Municipal titular da lei questionada. Trata-se, apenas, de coincidência parcial de efeito prático, pois é desnecessário enfatizar que os objetivos e o alcance de ambas as ações são diferentes. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, proibição a essa coincidência parcial de efeito prático nem, pelo seu fato, pode-se inibir a ação, porque acontecerá aí condicionamento da prestação jurisdicional e do livre acesso ao judiciário à vontade alheia, a de algum titular da Ação Direta de Inconstitucionalidade, caracterizando-se então, nesse caso, afronta a garantia máxima da Constituição (art. 5º, XXXV) no sentido de que nem a lei excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de direito (TJMG, 4ª Câmara Cível, Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 130.835-2/01, j. 27.04.2000).

Em síntese, o controle incidental de constitucionalidade poderá ser realizado na via da ação civil pública independentemente do objeto metaindividual discutido e da eventual decisão ter ou não alcance “*erga omnes*”.

Para tanto, a questão da inconstitucionalidade deverá ser argüida “*incidenter tantum*”, como matéria prejudicial à análise da questão principal - o mérito da ação coletiva – ou seja, o interesse difuso, coletivo “*strictu sensu*” ou individual homogêneo ameaçados ou lesados.

Desta forma, a declaração de constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo federal, distrital, estadual ou municipal, deverá situar-se na fundamentação da decisão, não fazendo coisa julgada, podendo a qualquer tempo ser decidida de forma diferente pelos demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive no mesmo processo pelo próprio Supremo Tribunal Federal, na apreciação de eventual recurso extraordinário.

Assim, a competência constitucional concentrada de aferição de constitucionalidade pelos Tribunais não estará sendo usurpada pelo juiz da ação civil pública, já que o efeito “*erga omnes*” da ação coletiva se restringirá ao

dispositivo da decisão e não a sua fundamentação, ou seja, somente a tutela do interesse transindividual invocado fará coisa julgada material com eventual abrangência “*erga omnes*”.⁸¹

⁸¹ Para um melhor entendimento acerca do assunto, traz-se à colação um exemplo elaborado por Gilberto Schäfer (2002, p. 129): “Pensemos na proteção de um determinado bem particular, de incontestável valor histórico e na existência de uma lei municipal que autorize o proprietário a demolir tal obra. Ora, se houver uma decisão que determine a preservação e a reconstituição de tal obra, ela beneficiará a todos, independentemente de sua posição, de haver participado no processo. Beneficiará uma coletividade indeterminada e, por isso, esse benefício terá o caráter de imutabilidade se o pedido não for julgado improcedente por falta de provas. O julgador poderá, nesses casos, afastar a lei que reputa inconstitucional. Mas esse afastamento é feito apenas ‘*incidenter tantum*’. Em outro julgamento, o Poder judiciário poderá ter como válida tal lei, pois, não existe coisa julgada no que diz respeito ao aspecto de constitucionalidade da lei, eis que ele foi feito de forma incidental e difusa”.

6 CONCLUSÃO

1. O controle de constitucionalidade das leis é decorrente do Princípio da Supremacia da Constituição que, por sua vez, está ligada à rigidez constitucional, à proteção dos direitos e garantias fundamentais e ao próprio Estado Democrático de Direito.

2. No modelo brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos encontramos dois sistemas: o controle concentrado ou abstrato e o controle difuso ou de exceção.

3. O controle concentrado é exercido pela via principal, ou seja, por um processo autônomo, em que a lei ou ato normativo é discutido abstratamente. Seu objetivo é defender puramente a Constituição, seja ela Federal, quando então a competência para analisar, processar e julgar a ação será exclusiva do Supremo Tribunal Federal; seja Estadual, sendo competentes os respectivos Tribunais de Justiça dos Estados.

4. O controle difuso de constitucionalidade encontra sua disciplina legal no artigo 97 da Constituição Federal. Caracteriza-se pela possibilidade de todo e qualquer juiz ou tribunal poder aferir, mediante a análise de um caso concreto, a compatibilidade material ou formal de uma lei ou ato normativo com a constituição.

5. O controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido em qualquer tipo de ação, procedimento e em qualquer grau de jurisdição. Pode-se contestar a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo, seja federal, estadual, distrital ou municipal.

8. No controle difuso, a inconstitucionalidade da norma deve ser argüida incidentalmente, como questão prejudicial da matéria que constitui o objeto da demanda, ou seja, como causa de pedir.

9. Neste controle, a declaração de inconstitucionalidade, ou não, da norma suscitada fará parte da fundamentação da decisão do juiz ou tribunal, como um mero antecedente lógico do dispositivo.

10. A lei declarada incidentalmente inconstitucional será considerada absolutamente nula em relação às partes do processo, produzindo-se efeito “*ex tunc*”. Desta forma, a relação jurídica originada sob sua égide será fulminada desde o seu nascimento, como se esta lei, relativamente à lide, nunca houvesse existido e a decisão de mérito acerca do caso concreto será final, inatacável e definitiva.

11. Com relação aos terceiros não partícipes do feito, a norma continuará a vigorar e a produzir efeitos, uma vez que esta declaração “*incidenter tantum*” possui eficácia meramente intraprocessual, sem força de coisa julgada, de acordo com o artigo 496, inc. III, do Código de Processo Civil, que dispõe que a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente não faz coisa julgada.

12. A coisa julgada incide somente sobre a parte dispositiva da sentença, ou seja, sobre a decisão acerca da relação de direito material discutida, que é o pedido principal do autor.

13. Caso o interessado queira estender a autoridade da coisa julgada a uma questão prejudicial de mérito, ele deverá fazê-lo por meio da ação declaratória incidental, conforme dispõe o art. 5º c.c art. 470 do CPC. Neste caso, a decisão só fará coisa julgada formal, não podendo a matéria ser novamente discutida dentro do processo em que foi analisada.

14. O controle difuso de constitucionalidade poderá ser exercitado na via da ação civil pública, que é o instrumento de tutela dos interesses transindividuais, ou seja, dos interesses difusos, coletivos “*strictu sensu*” e individuais homogêneos.

15. A possibilidade de se exercer o controle difuso de constitucionalidade na via da ação civil pública deverá ser analisada sob o prisma dos limites objetivos da coisa julgada (art. 469 do Código de Processo Civil), e não sob o ângulo dos limites subjetivos, que se refere ao tipo de interesse discutido na ação coletiva e a extensão dos efeitos de sua decisão (se “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”). Este é o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme as decisões já colacionadas no capítulo anterior.

15. Não se deve ter a ação civil pública como um instrumento sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, argumentando-se frente à possibilidade de sua decisão possuir eficácia “*erga omnes*” (art. 16 da LACP), que também é característica da decisão na ADIN, mas sim, se a questão da inconstitucionalidade for argüida de forma abstrata, desconectada de um verdadeiro litígio, caso em que, incontestavelmente, ocorrerá a usurpação da competência constitucional do tribunal de guardar, em caráter máximo, a Constituição. Ao Supremo Tribunal Federal compete a apreciação concentrada da constitucionalidade das leis ou atos normativos contestados em face da Constituição Federal, e aos Tribunais de Justiça dos Estados, compete a apreciação das leis e atos normativos contestados em face das Constituições de seus respectivos Estados-Membros.

16. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, distrital, estadual ou municipal no processo coletivo servirá, tão somente, para que o demandante atinja os objetivos principais da ação, não fazendo coisa julgada.

17. A declaração de inconstitucionalidade incidental em sede de ação civil pública será um mero antecedente lógico da sentença, localizando-se em sua fundamentação, podendo, a qualquer tempo, ser decidida de forma diferente pelos demais órgãos do Poder Judiciário em processos diferentes, inclusive no mesmo processo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, na apreciação de eventual recurso extraordinário. Já, quanto ao pedido de tutela transindividual, que é o objeto principal da ação civil pública, este sim poderá fazer coisa julgada material ou formal, uma vez que integrará a parte dispositiva da decisão e, conforme for, terá ou não eficácia “*erga omnes*”, estendendo seus efeitos ao longo do território da jurisdição. Desta forma, a competência constitucional concentrada de aferição de constitucionalidade pelos tribunais não estará sendo usurpada pelo juiz da ação civil pública, posto que, o efeito “*erga omnes*” da decisão na ação civil pública se restringirá, unicamente, ao dispositivo da sentença e não à sua fundamentação. Ou seja, somente a tutela do interesse transindividual invocado fará coisa julgada material com eventual abrangência “*erga omnes*”, o que encontra pleno respaldo na sistemática de controle de constitucionalidade pátria.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIRA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AMARAL, Carlos Alberto do. **Súmula e efeito vinculante**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 25 maio. 2003.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. v. 1: parte geral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **O novo código de processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. v. 5, n. 25. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública. Comentários por artigo. Lei 7.347/85**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CLEVÊ, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. Constituição e Orçamento. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 15**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996, ano 4, p.18.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRARI, Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4 ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. atualizada. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Restrição e exclusão do direito de ação molecular**. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/justitia/CIVEL/cível%2069.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2003.

_____. **Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Aloisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil . v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>>. Acesso em 21 maio. 2003.

_____. **Controle de constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 9. ed. Atualizada com EC nº 31/00. São Paulo: Atlas, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceito sistemas e efeitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de constitucionalidade das leis.** ed rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção.** São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Saulo. **Questões do efeito vinculante.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 1996.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais.** São Paulo: Atlas, 2001.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SEGALA, Fabiano de Lima. **Ação civil pública como instrumento de tutela dos interesses metaindividuais.** Presidente Prudente: A.E.T. 2002.115p.

SEVERO NETO, Manoel. **Substituição processual.** 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA, Landolfo Andrade de. **Controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública**. Presidente Prudente: A.E.T. 2000. 64p.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública – competência e efeitos da coisa julgada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 39 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.