

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA
COGEAE**

ANA LAURA MORENO

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASPECTOS GERAIS E POSSIBILIDADE DE
CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

**SÃO PAULO
2009**

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA
COGEAE**

ANA LAURA MORENO

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASPECTOS GERAIS E POSSIBILIDADE DE
CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* – Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Sacco Neto.

**SÃO PAULO
2009**

ANA LAURA MORENO

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASPECTOS GERAIS E POSSIBILIDADE DE
CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* – Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Sacco Neto.

Banca examinadora

Professor

Professor

Professor

SÃO PAULO
____/____/ 2009.

RESUMO

A ação civil pública e seus principais aspectos, analisados sob o enfoque da necessidade de adequação dos institutos do processo civil clássico para o processo coletivo. Uma breve análise do controle de constitucionalidade brasileiro. A discussão acerca da possibilidade de controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

ABSTRACT

Civil class action and yours principals features, analyzed by the optic of the necessity of adequacy of the institutes from the civil procedure classic to the class actions. A summary analysis of the Brazilian modes of judicial review. The discussion surrounding the possibilities of judicial review in public civil action.

SUMÁRIO

I.	Introdução..	08
II.	Ação Civil Pública – Histórico.....	09
III.	Ação Civil Pública – Breve análise dos principais aspectos que se diferenciam do processo individual.....	11
III.i.	Objeto.....	11
III.ii.	Condições da ação – Legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.....	14
III.ii.i.	Legitimidade.....	14
III.ii.ii.	Interesse Processual.....	18
III.ii.iii.	Possibilidade jurídica do pedido.....	20
III.iii.	Intervenção de terceiros, litispendência, conexão e continência.....	21
III.iv.	Competência.....	23
III.v.	Tutelas de urgência.....	25
III.vi.	Poderes do Autor e do Juiz.....	27
III.vii.	Coisa julgada.....	28
IV.	A controvérsia a cerca da possibilidade de controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública.....	35
IV.i.	Controle de constitucionalidade no Brasil.	36
IV.i.i.	Controle concentrado de constitucionalidade.....	37
IV.i.ii.	Ação Direta de inconstitucionalidade.....	38
IV.i.ii.i.	Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei ou ato normativo municipal.....	40
IV.i.iii.	Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	42
IV.i.iv.	Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	43
IV.ii.	Controle difuso de constitucionalidade.....	46
IV.ii.i.	Controle difuso perante os Tribunais.....	46
IV.ii.ii.	Controle difuso no Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário.....	47
IV.ii.iii.	Controle difuso no Supremo Tribunal Federal – art. 52, inc. X da Constituição Federal.....	50

IV.iii.	Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na via difusa e na via direta.....	51
IV.iv.	Importância do controle difuso de constitucionalidade.....	52
IV.v.	Controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública.....	53
IV.vi.	Argumentos para inadmissibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública.....	54
IV.vi.i.	A ação civil pública como processo subjetivo.....	58
IV.vi.ii.	A restrição dos efeitos <i>erga omnes</i> ao dispositivo da sentença em ação civil pública.....	60
IV.vi.iii.	A diferenciação entre a declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública como causa de pedir e pedido.....	64
IV.vi.iv.	A declaração de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal como objeto da ação civil pública - Inadmissibilidade.....	70
V.	Conclusão.....	72
VI.	Referências.....	74

I. Introdução.

A implementação do instituto da ação civil pública na legislação pátria representou uma imensurável evolução em termos de processo coletivo, que, até então, apresentava-se de utilização diminuta e eficácia limitada.

Entretanto, como quase sempre ocorre diante de grandes inovações legislativas como a em questão, surgiram incontáveis controvérsias, doutrinárias e jurisprudências, em torno da ação civil pública, muitas delas reflexos da dificuldade da aplicabilidade de conceitos trazidos do processo civil individual clássico e sua adaptação ao processo coletivo.

Passados mais de vinte anos de ação civil pública no Brasil, muitos dos questionamentos iniciais foram pacificados, entretanto, o tema, em geral, ainda é palco para discussões, mormente tendo em vista a importância do direito material metaindividual tutelado por intermédio dessa espécie de demanda

Dentre as discussões atuais, merece destaque a relacionada com a utilização da ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, atualmente muito debatida no mundo jurídico em função da importância e das consequências da união dos dois institutos.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a um breve apanhado das principais características da ação civil pública, bem como do controle de constitucionalidade no Brasil para, posteriormente, adentrar ao cerne da questão.

II. Ação Civil Pública - Histórico.

Avaliando-se o panorama mundial em que surgiu a idéia de processo coletivo *lato senso*, verifica-se que, nas últimas décadas do século XIX e as primeiras do século XX, com a forte concentração urbana, com o desenvolvimento industrial e com a crescente intervenção dos Estados no domínio econômico, converteu-se a sociedade civil em sociedade de massa, e, conseqüentemente, houve a massificação dos litígios, uma vez que uma única conduta ilícita poderia lesar ou ameaçar de lesão direitos e interesses de centenas e até milhares de indivíduos.¹

Destarte, restava evidente que o processo individual comum, até então conhecido, se mostrava como instrumento absolutamente ineficiente para tutelar essa nova categoria de direitos.

Nesse contexto, e visando suprir a falha do sistema, surgem as ações coletivas, inspiradas no sistema norte-americano, criadas com a finalidade de serem instrumentos de tutela de direitos ou interesses que ultrapassam o nível do indivíduo.

Com relação a ação civil pública propriamente dita, há relatos segundo os quais os primeiros contornos do referido instituto tenham surgido na França, no século XIX, mais especificamente com previsão no art. 46, da Lei de 20 de abril de 1810, o qual dispunha que o Ministério Público poderia promover ação civil, fosse na qualidade de parte principal, quando assim dispusesse a lei, fosse como parte adjunta, sempre que houvesse interesse público.²

¹ FALKS, Milton. *Instrumentos Processuais de defesa coletiva*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 190, p. 61-77, 1992, p. 61.

² FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 17.

No Brasil, a Lei n.º 7.347, de 24 de junho de 1985, Lei da Ação Civil Pública, com as posteriores alterações promovidas pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, foi considerada pelos operadores do Direito como um marco na implementação do processo coletivo.³

A partir da vigência da referida legislação ampliou-se o rol de situações juridicamente tuteláveis pelo processo coletivo, demonstrando, com isso, a intenção das reformas processuais que se seguiam, qual seja, de propiciar a efetiva apreciação pela Justiça de qualquer situação verificada como decorrência da vida em sociedade.

Outro ponto que merece destaque na evolução que trouxe a Lei Ação Civil Pública ao processo coletivo é a ampliação do rol de legitimados ativos, anteriormente restrito ao cidadão, por meio da ação popular, e ao Ministério Público, por meio da ação de reparação de danos prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.⁴

Assim, com essas duas principais modificações trazidas pela legislação em questão, somadas às adaptações dos institutos do processo individual para a realidade coletiva, tem-se que a Ação Civil Pública “veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais (...)”⁵-

³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126.

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

III. Ação Civil Pública – Breve análise dos principais aspectos que se diferenciam do processo individual.

Posto o panorama histórico do surgimento da ação civil pública no Brasil, cumpre passar-se à análise de alguns dos principais institutos de Direito Processual Civil clássico sob o prisma da necessidade de adequação em função da eficácia do processo coletivo, jamais olvidando-se que ao estudar-se as técnicas processuais coletivas, tem-se que estar desarmado do pensamento individual, ou, ao menos, ciente de que deve-se buscar no processo individual soluções teóricas para determinadas situações coletivas, porém nunca perdendo de vistas os princípios e diretrizes finalísticas que regem este.⁶

III.i. Objeto.

Aprioristicamente, mister se faz destacar que a Lei da Ação Civil Pública é um diploma eminentemente processual, uma vez que possui em seu conteúdo um conjunto de normas instrumentais que deverão ser observadas, tanto pelas partes como pelo juiz, com o objetivo de dirimir conflitos que envolvam direitos e interesses coletivos *lato sensu*, nos termos do art. 1º da Lei n.º 7.347/85.

Como bem observa TEORI ALBINO ZAVASCKI, umas das principais causas dos equívocos cometidos pelos aplicadores do Direito na utilização dos preceitos processuais contidos na legislação em comento é a confusão entre os conceitos de direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.⁷

⁶ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 13.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direito*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

Isso porque, os direitos individuais homogêneos não podem ter o mesmo tratamento reservado aos direitos difusos e coletivos, não apenas no tocante à legitimidade, conforme mais aprofundadamente se verá adiante, mas também com relação aos efeitos da coisa julgada, muito embora algumas das disposições sejam aplicáveis indistintamente a quaisquer das categorias elencadas.

Destarte, indispensável para a correta aplicação das regras processuais trazidas pela Lei da Ação Civil Pública a conceituação, caracterização e compreensão de cada uma dessas categorias de direitos.

A classificação amplamente aceita pela doutrina é aquela trazida pelos incisos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual, por direito difuso, tem-se aquele que atinge a coletividade, cujos titulares são indetermináveis e encontram-se unidos por uma relação de fato. São direitos indivisíveis. Na definição proposta por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

(...) são interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto à certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado de fluido, dispersos pela sociedade como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.⁸

De outro lado, por direito coletivo *stricto sensu* entende-se aquele cujos titulares são determinados ou determináveis, unidos por uma relação jurídica entre si ou com a parte adversa.

Tanto os direitos difusos como os coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 125.

circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.”⁹

Por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles cujos titulares são determinados ou determináveis, unidos por uma mesma relação de fato. São direitos divisíveis, à medida que cada parte interessada e/ou lesada poderá comprovar a extensão do dano por ela sofrido.

Vale destacar observação de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARANHART:

Os direitos individuais homogêneos, contrariamente ao que ocorre com as duas outras espécies de direitos já examinadas, são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas, por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem - e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do estado – proteção coletiva, por meio de uma única ação.¹⁰

Destarte, e sendo distintas e inconfundíveis as três categorias, necessariamente devem serão distintos os mecanismos para a respectiva tutela jurisdicional.

O Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI sugere um sistema de classificação genérico, que exatamente por ser genérico comporta exceções, segundo o qual para a defesa dos direitos coletivos *lato senso* - difusos e coletivos *stricto sensu* - serão utilizadas a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa; enquanto que para a defesa dos direitos individuais homogêneos serão utilizados o mandando de segurança coletivo e a ação civil coletiva.¹¹

Entretanto, e ao contrário da tese defendida por IVES GANDRA DA SILVA MARTINS¹², cumpre ressaltar que é, sim, admissível a utilização da ação civil

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 742-743.

¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação Civil Pública é veículo processual imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83, n. 707, p. 19-32, setembro de 1994.

pública na defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, mas não indiscriminada e ilimitadamente, conforme adverte ADA PELLEGRINI GRINOVER:

A Lei 7.347, de 1985, só disciplina a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, como se vê pelo próprio art. 1º (inc. IV) e pelo fato de a indenização pelo dano causado destinar-se ao fundo por ela criado, para a reconstituição dos bens - indivisíveis - lesados (art. 13). A criação da categoria dos interesses individuais homogêneos é própria do Código de Defesa do Consumidor e deles não se ocupa a lei, salvo no que diz respeito à possibilidade de utilização da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, segundo os esquemas do CDC (art. 21 da LACP)¹³

Desta feita, tem-se que a Ação Civil Pública proposta por um dos co-legitimados ativos, conforme ver-se-á a seguir, sempre terá como finalidade defender interesses difusos, coletivos e, em alguns casos, individuais homogêneos.

III.ii. Condições da ação – Legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

III.ii.i. Legitimidade.

Segundo dispõe o art. 5º da Lei n.º 7.347/85, são legitimados ativos para a propositura de ação civil pública o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União; os Estados; os Municípios; as autarquias; as empresas públicas; as fundações; as sociedades de economia mista; e, as associações que tenham sido constituídas há mais de um ano e que, concomitantemente, incluam 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.

Somem-se a esses os co-legitimados os elencados no inc. III, do art. 82, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, “as entidades e órgãos da

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública no STJ. In. *STJ – 10 anos: Obra Comemorativa, 1989 – 1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 29.

administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esse Código”.

Destaque-se, ainda, que o rol supra elencado não é taxativo, havendo legislação esparsa dispondo sobre o tema, como, *v.g.*, a Lei 8.906/94, que confere à Ordem dos Advogados do Brasil legitimidade para a propositura de ações civil públicas em defesa dos interesses da classe.

Postos os esclarecimentos a cerca do rol de legitimados ativos, cumpre elucidar que trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva, ou seja, a demanda pode ser proposta por qualquer dos co-legitimados e o ajuizamento por um deles não impede nem prejudica o direito dos demais, que podem optar por ser litisconsortes.¹⁴

Ademais, vale dizer, ainda, que defende a doutrina majoritária que a legitimidade para a propositura de ações civis públicas se classifica como extraordinária.

Antes de minarem críticas à classificação sugerida, insta ressaltar que não se pode perder de vista que a dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária foi criada a partir de uma visão individualista, partindo-se do princípio segundo o qual não só apenas o titular do direito pode ingressar em juízo, como também a partir da idéia que somente há direitos individuais.¹⁵

Assim, deve se considerar que o conceito extraordinário importado do direito individual, não se aplica perfeitamente ao caso - mesmo porque não se poderia pensar em “direito alheio”, mas deve ser interpretado em adaptação aos moldes do processo coletivo.

Tecendo considerações acerca do tema, segue o magistério de TERESA ARRUDA ALVIM:

(...) a regra, quando se fala em interesses supraindividuais é a de que haja justamente certa dissociação entre os antigos conceitos de legitimidade *ad*

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, v. 03, p. 187-203, 1993, p. 191.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 746.

causam e ad processum. Assim, se de acordo com o sistema individualista do CPC, tinha legitimidade para figurar no processo (*legitimatío ad processum*) exata e precisamente aquele de quem era a legitimidade *ad causam*, justamente por isso, agora, no sistema das ações supra-individuais não ocorre isso.¹⁶

Considerando a classificação mencionada como insatisfatória, e aludindo ao fato de que, assim como a legislação evoluiu de um processo individual para um coletivo, complementado diferenciado daquele, assim deveria evoluir a doutrina, MANOEL GOMES JÚNIOR, citado por Oswaldo Bertogna Júnior, sugere que a legitimação processual deve ser classificada simplesmente como coletiva, que reflete justamente a idéia de poder almejar em juízo a proteção de direitos coletivos *lato sensu*, ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem propõe a demanda e daqueles que, em tese, serão beneficiados.¹⁷

Feita a análise do rol de legitimados ativos, bem como destacadas as principais características desse instituto processual, notadamente diferenciado do processo individual e adaptado para o processo coletivo, passa-se à análise de algumas das principais questões que cercam os possíveis autores de ações civis públicas.

Especificamente com relação à legitimidade do Ministério Público, verifica-se que a Constituição Federal, em seu art. 129, inc. III, prevê a como função institucional deste a promoção de ação civil pública para proteger direitos difusos e coletivos.

Ante a ausência de referência aos direitos individuais homogêneos, surgiram várias correntes dissidentes a respeito da legitimidade ou não do órgão ministerial para defesa de ditos direitos.

Prevalece, entretanto, a tese segundo a qual o Ministério Público é parte legítima para defender direitos individuais homogêneos via propositura de ação civil pública desde que se trate de direitos indisponíveis ou de grande relevância social. Segundo os

¹⁶ ALVIM, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 273-283, julho-setembro de 1994, p. 278.

¹⁷ BERTOOGNA JÚNIOR, Oswaldo. *Ação Civil Pública. Legitimidade. Principais aspectos*. Revista de Processo, São Paulo, ano 31, n. 133, p. 7-26, março de 2006, p. 12.

defensores da referida corrente, tal se assertiva encontra guarida no art. 82, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor; bem como no art. 25, inc. IV, letra *a*, da Lei Orgânica Federal do Ministério Público; e, ainda, na própria Constituição Federal, que dispõe em seu art. 129, inc. IX, que cabe ao *Parquet* o exercício de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.¹⁸

Nesse sentido tem se manifestado a Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça (JTJ 158/; STJ – RT 851/177, 1ª. T., REsp 776.63; STJ-RF 332/281, maioria; JTJ 158/9).¹⁹

Na mesma linha, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, recentemente, editou as Súmulas 44 e 45, segundo as quais o Ministério Público é parte legítima para a propositura de ação civil pública na defesa dos interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade.

Por outro lado, destaque-se que, a controvérsia existente no Colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de quaisquer ações coletivas foi sanada com a edição da lei 11.448/07, que conferiu expressamente tal atribuição à esse órgão.

Frise-se, entretanto, que a legitimidade da Defensoria Pública, assim como no caso do Ministério Público, está extremamente ligada à sua finalidade essencial, de maneira que aquela só poderá ser autora de ações civis públicas que tenham repercussão nos interesses dos necessitados.

Da mesma forma, as associações civis, além de obedecerem aos requisitos previstos no art. 5º da Lei n.º 7.347/85 supra mencionados, devem demonstrar, inclusive com a juntada do estatuto por ocasião do ajuizamento da ação civil pública, a

¹⁸ MORAES, Voltaire de Lima. *Ação Civil Pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58-59.

¹⁹ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1127.

pertinência temática, ou seja, demonstrar que tem como uma das suas finalidades institucionais a defesa do interesse do lesado naquele tipo de conflito.

Assim também ocorre com os demais legitimados - União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, etc - , é necessária a existência de pertinência temática entre o interesse a ser tutelado e a natureza do ente autor.

III.ii.ii. Interesse processual.

Em decorrência das últimas considerações feitas acima acerca da legitimidade, qual seja, a necessidade de se verificar a existência de pertinência temática entre o legitimado ativo e o interesse ou direito que ele pretende defender via ação civil pública, é que, em linhas gerais, tem afirmado a doutrina que o interesse de agir no processo coletivo é presumido, acabando por derivar da própria legitimidade ativa, pela denominada representatividade adequada ou referida pertinência temática.²⁰

Conforme de há muito de se conceituou em Direito Processual Civil, na demanda individual o legítimo interesse processual de agir consubstancia-se na presença do binômio necessidade-adequação, no sentido de que deve haver uma “relação de *complementariedade* entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa (Carnelutti).”²¹ Ou, ainda, conforme alguns, seria o interesse processual identificado pelo trinômio necessidade do ajuizamento da ação, adequação da via eleita e utilidade do provimento jurisdicional decorrente.²²

²⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação Especial*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.302-303.

²² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.80.

De fato, nota-se que tal conceito não poderia ser aplicado totalmente ao processo coletivo, mas daí não necessariamente decorreria a afirmação que o interesse processual neste verificar-se-ia apenas e tão somente com a presença de pertinência temática entre o ente função ou finalidade do autor e o direito ou interesse a ser tutelado.

Como bem observa RICARDO DE BARROS LEONEL, esse interesse a que se refere a doutrina como sendo sinônimo de pertinência temática equivale, em verdade, a interesse material, e não a interesse processual.²³

O que tem que ser feito, assim como com outros institutos do processo civil individual, é adaptar o conceito de interesse processual do direito individual para o processo coletivo, sempre tendo em vista a destinação da legislação coletiva: a tutela de toda uma sociedade. Nesse sentido, o magistério de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

(...) a fim de que a tutela dos interesse difusos se faça eficazmente, é preciso prosseguir nessa linha evolutiva, tendente a reconhecer o interesse processual a partir da necessidade de tutela a interesses legítimos e relevantes, quando se trate de ações com finalidade metaindividual. Com isso se dispensará o penoso recurso de tentar aproximar os interesses difusos dos direitos subjetivos, poupando-se, outrossim, as dificuldades ulteriores que soem advir das construções jurídicas que se estabelecem a partir de analogia extensiva com categorias “afins”.

Destarte, sugere a doutrina que para a verificação do legítimo interesse processual de agir na ação civil pública devem estar presentes a necessidade do provimento jurisdicional, caracterizada pela impossibilidade de solução da questão extra-autos; a adequação da via da tutela coletiva e do provimento almejado, o que implicará na observação da existência de interesses supraindividuais e, no caso dos direitos individuais homogêneos, de sua dimensão e relevância social; e, por fim, da utilidade do provimento para solucionar o conflito material verificado.²⁴

²³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 209.

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 210-211.

Com isso, tem-se por refutada a afirmação de que simplesmente basta para a verificação do interesse processual a presença de pertinência temática.

III.ii.iii. Possibilidade jurídica do pedido.

A possibilidade jurídica do pedido, por sua vez, assim como no processo individual, deve ser verificada de maneira negativa, ou seja, não pode haver no ordenamento jurídico vedação à espécie de provimento pretendido pelo autor da ação civil pública.

Assim, ainda que uma primeira análise das regras pertinentes ao processo coletivo *lato sensu*, mais especificamente do *caput* do art. 3º da Lei da Ação Civil Pública, leve à errônea impressão de que são cabíveis apenas alguns tipos de pedidos em ação civil pública, o que se tem, em verdade, é justamente o contrário, nos exatos termos sustentados por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

De início, a Lei da Ação Civil Pública foi concebida para regular apenas as ações de responsabilidade civil, de obrigação de fazer e de não fazer e as cautelares. Hoje, porém, em vista do art. 83 do CDC – que consagra o direito à adequado tutela jurisdicional-, são cabíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81 do CDC).²⁵

E nem poderia ser diferente. Considerando-se a importância dos direitos e interesses a serem defendidos via ação civil pública, direitos que extrapolam a esfera do indivíduo, com caráter mesmo de relevância social, é muito coerente que se permita a defesa de referidos direitos requerendo quaisquer dos provimentos jurisdicionais previstos pela legislação processual.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 740.

Considerando-se que é permitido, através da ação civil pública, demandar qualquer tipo de tutela, conclui-se, conseqüentemente, que a sentença poderá ter qualquer uma das cinco eficácias conhecidas.

Entretanto, em se tratando de sentença condenatória, cumpre destacar que o produto da arrecadação não poderá ser dividido entre os interessados, uma vez que o montante da arrecadação será revertido para um fundo previsto no art. 13 da Lei n.º 7.347/85.

Tratando-se de sentenças mandamentais ou executivas *lato sensu*, valem as mesmas regras do processo individual, inclusive a realização de ato por terceiro às custas do demandado, multa coercitiva e etc, sempre visando a obtenção da tutela específica ou resultado prático equivalente, somente havendo conversão em perdas e danos quando estes tornarem-se impossíveis (art. 84, §1º, do CDC).

III.iii. Intervenção de terceiros, litispendência, conexão e continência.

A intervenção de terceiros, em sede de processo coletivo, ganha contornos muito diferentes dos delineados para o processo individual clássico.

No processo individual a assistência é permitida desde que presente interesse jurídico do terceiro, nos termos do art. 50 do Código de Processo Civil. Na ação civil pública, diferentemente, é admitida a assistência litisconsorcial apenas e tão somente quando o assistente for legitimado.

Quanto à denunciação e o chamamento, tem-se que, em se tratando de questões ambientais ou do consumidor, em que a responsabilidade do demandado é objetiva, não serão admitidas tais modalidades de intervenção de terceiros, uma vez que estas pressupõem responsabilidade subjetiva.

No que concerne à oposição e nomeação à autoria, pela própria natureza dos institutos é praticamente inimaginável sua ocorrência no processo coletivo.

Com relação à litispendência, conexão e continência, o próprio legislador, no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, cuidou de prever que não verificar-se-ão nenhum desses fenômenos entre demandas coletivas para a tutela de interesses difusos ou coletivos *stricto sensu* e eventual ação individual proposta com fundamento no mesmo fato, uma vez que necessariamente terão objetos diferentes, quais sejam, na primeira a defesa de direitos transindividuais e na segunda a defesa do direito individual do autor.

Por outro lado, destaca-se que, entre duas demandas coletivas, *v.g.*, uma ação civil pública e uma ação popular, ambas propostas em decorrência do mesmo fato e buscando a mesma tutela jurisdicional, verificar-se-á a ocorrência de litispendência, devido ao fenômeno da legitimidade extraordinária.²⁶

Ademais, conforme destaca KAZUO WATANABE, não faria qualquer sentido admitir-se uma incontável multiplicidade de demandas coletivas com o mesmo objeto, o que, além de propiciar a existência de decisões conflitantes, estaria na contramão do objetivo do legislador coletivo, que pretendia conferir à essas demandas tratamento molecular, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada.²⁷

Quanto à conexão e continência, importa destacar que, muito embora sejam conexas a ação coletiva para defesa de direito individual homogêneo e a ação individual, não deverá haver reunião dos processos, visto que essa também não foi a intenção legislativa, que pretendeu tratar as ações como autônomas, afastando, inclusive, a ocorrência dos efeitos da litispendência. Ademais, o imensurável volume de demandas conexas ou

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 767.

²⁷ WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. Revista de Processo, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 15-25, julho- setembro de 1992, p. 19.

continentes em um único juízo provavelmente inviabilizaria a operacionalidade dessas ações, em total desacordo com a *mens legis*.

III.iv. Competência.

Nas ações civis públicas o foro competente é o do local da lesão, nos termos do art. 2º da Lei n.º 7.347/85, ressalvada a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, quando então a competência será do juízo Federal que abarque o local do dano.

Muito embora aparente tratar-se de competência territorial, a lei dá tratamento de competência absoluta, não podendo, portanto, ser prorrogada, sob pena de nulidade absoluta.

Conforme destaca JOSÉ MARCELO MENEZES VIGILAR a regra da competência em função do local da lesão facilita sobremaneira a coleta das provas, bem como a sua melhor apreciação pelo juiz, devido à sua proximidade física entre o processo e os fatos.²⁸ Certamente, tais razões influenciaram o legislador a optar expressamente por esse sistema de competência diferenciado do processo civil individual.

Por sua vez, dispõe sobre o tema o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor:

"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 do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Logo nota-se que a redação do dispositivo é dúbia, permitindo, em interpretação literal, depreender-se que haveria para o autor da ação civil pública que tenha

²⁸ VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2001, p.58.

como fundamento um dano de âmbito nacional a opção pelo ajuizamento na Capital do Estado ou no Distrito Federal.

A despeito de ter Superior Tribunal de Justiça decidido, por maioria de votos, nesse sentido no REsp 944.464/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009, tem-se não ser essa a melhor interpretação do dispositivo, nas palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

Cabe, aqui, uma observação: o dispositivo tem que ser entendido no sentido de que, sendo de âmbito regional o dano, competente será o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. No entanto, não sendo o dano de âmbito propriamente regional, mas estendendo-se por duas comarcas, tem-se entendido que a competência concorrente é de qualquer uma delas.

Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal. Essa interpretação reduziria os casos de competência concorrente, que de qualquer modo seriam solucionados pelo critérios do Código de Processo Civil, inclusive quanto à prevenção (...).²⁹

Vale ainda destacar, no que concerne à competência da Justiça Federal, que esta foi delimitada pela Constituição, não podendo ser ampliada por hipóteses previstas na legislação infra constitucional.³⁰

Ainda sobre o tema, cumpre mencionar que, segundo magistério de BARBOSA MOREIRA, havendo conflito de interesses entre Estados da Federação, em sendo o caso de um propor em face do outro ação civil pública, o foro competente para dirimir o certamente será o do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, letra f, da Constituição Federal.³¹

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 5. ed., São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 683.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, v. 03, p. 187-203, 1993, p. 194.

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, v. 03, p. 187-203, 1993, p. 195.

III.v. Tutelas de urgência.

Assim como no processo civil clássico, via de regra, em ação civil pública admite-se a utilização de medidas cautelares e liminares, nos termos dos arts. 4º e 12 da Lei n. 7.347/85, e, conseqüentemente, a antecipação de tutela.

A princípio, os requisitos autorizadores das medidas de urgência em ações civis públicas seriam os mesmo previsto para o processo individual, quais sejam, *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Entretanto, em virtude de algumas das disposições trazidas pela Lei n.º 8437/92, ocorreram significativas mudanças no que pertine à concessão de tutelas de urgência em ações coletivas *lato sensu*.

Os dispositivos da referida legislação instituíram que não cabe liminar contra atos do Poder Público quando medida semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança; estabeleceram, ainda, que antes da concessão de liminar, figurando o Poder Público no pólo passivo, este deve ser previamente ouvido; e, por fim, que não poderá ser deferida medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação. Seguem transcritos os dispositivos:

Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

(...)

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Art. 2º. No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Cumpre salientar que, com a promulgação da nova Lei do Mandado de Segurança, Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, dispõe o §2º do art. 7º da referida

legislação que não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Há que se destacar que os dispositivos da Lei n.º 8437/92 refletem nítida inconstitucionalidade, seja por violarem o princípio da igualdade, seja por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.³²

Em poucas palavras, pode-se dizer que as restrições elencadas estão, de fato, em total dissonância com a intenção e destinação do processo coletivo.

Impor a oitiva do Poder Público antes da concessão de medida liminar pode causar diversos percalços, mas para dizer o menos, ter-se-á que a delonga entre a intimação, a manifestação e a concessão da medida certamente a tornará menos eficaz, senão imprestável.

Por outro lado, proibir a concessão de medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação é, em verdade, proibir a antecipação de tutela, o que, no mínimo, representa em imensurável retrocesso, ao retirar, em demandas de suma importância como as que ora se estuda, a possibilidade de uso de remédio processual tão útil e que significou verdadeira revolução no que concerne ao tema tutelas de urgência.

Por fim, com relação ao *caput* do art. 1º da Lei n.º 8437/92, que proíbe a concessão de liminar quando providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, limitação estendida à concessão de antecipação de tutela pelo art. 1º da Lei n.º 9494/97, cumpre lamentar que, olvidando-se de todos os esforços despendidos pela doutrina majoritária, buscando incansavelmente demonstrar a inconstitucionalidade de referida disposição, em decisão recentíssima, proferida em 01.10.2008, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 04, declarou

³² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300.

constitucional o art. 1º da Lei n.º 9.494/97 que limita as hipóteses de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

Entretanto, a despeito da referida decisão, nitidamente política, proferida pela Corte Suprema, deverá prevalecer entendimento há muito defendido por NELSON E ROSA MARIA NERY, no seguinte sentido:

Pelo princípio constitucional do direito de ação (CF 5º XXXV), o jurisdicionado terá direito de obter do poder judiciário tutela *adequada*. Caso seja necessária a concessão de liminar, como a tutela adequada, o juiz deverá concedê-la, haja ou não previsão na lei para a concessão de liminares. A vedação para a concessão de liminares somente poderá ser aplicada pelo juiz se não ofender o princípio constitucional do direito de ação.³³

III.vi. Poderes do Autor e do Juiz.

No processo civil clássico há expressa disposição no sentido de que incumbe ao autor instruir a inicial com os documentos indispensáveis para a propositura da demanda, nos termos do art. 283 do Código de Processo Civil, e ainda, que se assim não proceder o autor, será intimado para o fazer no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento da inicial, conforme o art. 284 e parágrafo único do Código de Processo Civil.

Entretanto, em se tratando de ação civil pública, a realidade é oposta. É expressamente autorizado pelo art. 8º da Lei n.º 7.347/85 ao co-legitimado ativo que requisite às autoridades competentes certidões e informações necessárias a fim de munir-se das provas necessárias para a propositura da demanda. Ao Ministério Público, mais ainda, é facultada a instauração de inquérito civil preparatório, além de outras medidas próprias autorizadas em legislação específica.

Considerando a demasiada importância do direito material a ser tutelado, não se admite a desistência infundada ou abandono da ação coletiva pelo autor. Em

³³ NERY, Rosa Maria e Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1577, nota 1 ao art. 1º da Lei n.º 8.837/92.

ocorrendo uma dessas hipóteses, prevê a Lei n. 7.347/85, no art. 5º, §3º, que o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade da demanda, regra que não vige no processo individual.

Com relação à execução de sentença condenatória, por sua vez, essa será, em regra, feita pelo próprio autor da demanda, nos termos do art. 475 – J do Código de Processo Civil. Entretanto, o co-legitimado coletivo que haja promovido a demanda de conhecimento tem o prazo de 60 (sessenta) dias, contados do trânsito em julgado, para iniciar a execução. Transcorrido referido prazo sem que assim se proceda, os demais legitimados têm a faculdade e o Ministério Público tem o dever de dar início à fase de cumprimento de sentença, conforme dispõe o art. 15 da Lei da Ação Civil Pública.

Por fim, vale destacar entendimento segundo o qual compete ao juiz frente ao qual se processa a ação civil pública utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição a fim de buscar o resultado mais próximo da verdade, mantendo uma postura pró-ativa, em virtude da natureza transindividual do direito material tutelado³⁴, diferentemente do processo individual, onde preza-se por uma postura mais inerte, incumbindo às partes o ônus da produção de prova convincente.

III.vii. Coisa julgada.

Nos termos do art. 467 do CPC tem-se que coisa julgada é “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Assim, tem-se que coisa julgada é a uma qualidade da sentença, qual seja, a imutabilidade.

³⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Os Poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo*. Revista de Processo, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 129-134, setembro-outubro de 2004.

O conceito do art. 467 do Código de Processo Civil é aplicável para todas as sentenças de mérito, sejam as proferidas em processos individuais, sejam as proferidas em ações civis públicas.

O que distingue a imutabilidade dessas duas espécies de sentença, entretanto, são os pressupostos para aquisição da qualidade de imutável e os limites da eficácia da sentença.

No processo individual a sentença torna-se imutável quando não mais puder ser objeto de recurso ordinário ou extraordinário, nos termos do citado art. 467 do Código de Processo Civil, e sua eficácia subjetiva se estende apenas entre as partes integrantes da lide, sem beneficiar ou prejudicar terceiros, nos termos do art. 472 do mesmo Código.

Na ação civil pública, por sua vez, a sentença só se torna imutável, nos termos do art. 16 da Lei n.º 7.347/85, quando, além de não mais estar sujeita a recurso, for sentença de procedência ou quando a improcedência não se der em decorrência da insuficiência de provas.

No que pertine aos limites da eficácia, tem-se que, em complemento ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, expressamente dispõe o art. 103, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor que a coisa julgada em relação às ações que tratam de direitos difusos será *erga omnes*, salvo quando o pedido for de improcedência por falta de provas.

O art. 103, inc. II, do mesmo *codex*, por sua vez, estabelece que a coisa julgada nas ações coletivas *stricto sensu* terá efeito *ultra partes*, salvo em caso de improcedência por falta de provas.

Destaque-se desde logo que, tal diferenciação entre a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada material para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* se dá em razão da própria natureza do direito tutelado, uma vez que, enquanto a eficácia da

sentença na ação que trate de direitos difusos interessa a toda uma coletividade, a sentença que trata de um direito coletivo apenas interessa a certa categoria ou classe.

Esmiuçando um pouco o tema, tem-se que, julgada improcedente a ação civil pública para a tutela de direitos difusos ou coletivos por insuficiência de provas, ainda que assim não fundamente expressamente o magistrado, será plenamente viável a propositura de nova demanda idêntica no futuro, desde que instruída com nova prova, por qualquer dos legitimados.

Por nova prova, para essa finalidade, entende-se aquela que não fora utilizada na demanda anterior, seja por má-fé ou por desconhecimento do autor, e não apenas aquela que tenha surgido após a conclusão da primeira demanda.

Mais uma vez destaque-se a adaptação do instituto de processo individual para o coletivo, sempre em benefício da natureza do direito supraindividual tutelado, pois que, conforme sabido, nos termos do Código de Processo Civil, documento novo é aquele que a autor ignorava a existência ou não pôde fazer uso por razão estranha à sua vontade, nos termos do inc. VII do art. 458.

Entretanto, se julgado o pedido improcedente, não por insuficiência de provas, mas pela ausência de lesão ao interesse ou direito que se pretendeu tutelar, verificar-se-á a impossibilidade de ajuizamento de nova ação com a mesma causa de pedir e pedido pelos co-legitimados ativos, porém, ficam resguardadas as eventuais ações individuais de iniciativa de pessoas que tenham sido pessoalmente lesadas.

Ainda, destaque-se que a coisa julgada material da sentença proferida em ação civil pública visando tutela de direitos difusos ou coletivos não prejudicará as ações de indenização por danos individuais eventualmente sofridos, todavia, se antes da propositura da ação civil pública os interessados tiverem aforado demandas individuais e, cientes do processo coletivo, não requererem a suspensão da demanda individual, no prazo previsto pelo

art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, não poderão ser beneficiados com a coisa julgada material da ação civil pública. Havendo o pedido de suspensão, a coisa julgada somente aproveitará o autor individual em caso procedência da demanda coletiva. Caso contrário, ele poderá prosseguir com a demanda individual.

Vale ressaltar que, especificamente no que concerne à coisa julgada nos processos coletivos que visam tutelar direitos individuais homogêneos, estabelece o art. 103, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, que produzirá efeitos *erga omnes* apenas em caso de procedência da demanda coletiva.

Em caso de improcedência, por qualquer motivo, produzirá penas efeitos *inter partes*, restando aos interessados que não tenham ingressado como litisconsortes na demanda coletiva a via da ação individual.

Por todo o ora exposto é que a doutrina classifica a imutabilidade da sentença em ação civil pública como coisa julgada *secundum eventus litis*, ou seja, aquela que se opera de acordo com o resultado do processo.³⁵

Muito embora tenha havido muitas críticas doutrinárias à essa espécie de coisa julgada adotada no processo coletivo, ela acabou por se revelar efetiva, atendendo bem aos anseios das demandas destinadas à tutela de direitos transindividuais.

Coadunando com referido entendimento, vale a pena transcrever entendimento de PEDRO DA SILVA DINAMARCO, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso:

Essa sistemática está em plena sintonia com a preocupação do processualista moderno em busca do aprimoramento do sistema processual e a efetividade do processo, tendo na máxima chiovendiana um verdadeiro *slogan*: ‘Na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’.³⁶

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.475.

³⁶ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.437/85 e legislação complementar*. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 293.

Ainda em se tratando de coisa julgada em ação civil pública, insta comentar a polêmica alteração legislativa levada a efeito pelo art. 2º da Lei n.º 9494/97, que, alterando a redação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, determinou a limitação dos efeitos do julgado coletivo à área da competência territorial do órgão jurisdicional prolator, nos seguintes termos:

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 nova prova.

Segundo tese defendida por TEORI ALBINO ZAVASCKI, a interpretação sistemática e histórica da limitação territorial prevista pelo art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, leva à inafastável conclusão de que referida limitação apenas poderá ser aplicada em demandas visando a tutela de direitos individuais homogêneos.³⁷

Mais rigorosamente, HUGO NIGRO MAZZILLI, seguido por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO³⁸, RICARDO DE BARROS LEONEL³⁹, GEANDRO LUIZ SCOPEL⁴⁰, CLÓVIS FEDRIZZI RODRIGUES e LEONARDO MACHADO CUSATO⁴¹, defendeu a total inaplicabilidade do dispositivo em questão, sob o argumento que a alteração atingiu apenas a Lei da Ação Civil Pública, não tendo afetado o sistema de efeitos da coisa julgada previsto no Código de Defesa do Consumidor, que, por ser

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 80/81.

³⁸ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.437/85 e legislação complementar*. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 291-303.

³⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 282-285.

⁴⁰ SCOPEL, Geandro Luiz. *A Coisa Julgada sob o Enfoque territorial na Ação Civil Pública – Uma visão crítica à Lei n.º 9.494/97*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, ano IV, n. 33, p. 70-74, janeiro-fevereiro de 2005, p. 70-71.

⁴¹ RODRIGUES, Clós Fedrizzi; CUSATO, Leonardo Machado. *Ação Civil Pública: Considerações gerais*. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental, Porto Alegre, ano I, n. 5, p. 65-73, 2006.

nesse aspecto mais completo, deve prevalecer.⁴² Destaca, ainda que, o legislador confundiu limites subjetivos da coisa julgada com competência territorial ⁴³, no que é acompanhado por NELSON E ROSA MARIA NERY, citados por Rodolfo de Camargo Mancuso:

(...)o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! O que importa é quem foi atingido pela coisa julgada material. No mesmo sentido: Jose Marcelo Menezes Vigliar, RT 745/67. Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF. (sic.) Assim as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por se efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada e, no mínimo, desconhecer a ciência direito.

Malgrado a quase uníssona crítica doutrinária, defendendo a inaplicabilidade do dispositivo, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. ART. 16 DA LEI N. 7.347/85. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Malgrado seja notória a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da coisa julgada em ações civis públicas que tenham por objeto defesa dos direitos de consumidores, o STJ encerrou a celeuma, firmando entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do Tribunal. (AgRg nos EREsp 253.589/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008).

2. Agravo regimental improvido.⁴⁴

Aliás, nesse sentido já vinha decidindo esse Colendo Tribunal nos EREsp 293407/SP, Corte Especial, DJ 01.08.2006; REsp 838.978/MG, Primeira Turma, DJ 14.12.2006 e REsp 422.671/RS, Primeira Turma, DJ 30.11.2006; AgRg nos EREsp 253.589/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 04/06/2008, DJe 01/07/2008;

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.475-478.

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.475.

EREsp 293.407/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 327; REsp 293.407/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22/10/2002, DJ 07/04/2003, p. 290.

Vale dizer que, com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça acaba por prestigiar a repetição de demandas, a ocorrência de litispendência entre as ações coletivas, bem como propiciar que sejam proferidas decisões conflitantes em diferentes estados, como se *v.g.*, uma cláusula de um contrato de relação de consumo pudesse ser nula em São Paulo e válida no Paraná, além de estar na contra-mão do que espera de efetividade, celeridade e economia processual.

IV. A controvérsia acerca da possibilidade de controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

De fato, conforme visto até o tópico supra, em se tratando de ação civil pública, as polêmicas que giram em torno das diversas adaptações que sofreram institutos importados do processo individual clássico para o processo coletivo são incontáveis.

Também conforme já exposto, todas as vezes que a doutrina, e, mais ainda, o legislador e a jurisprudência limitam a aplicabilidade da ação civil pública, como *v.g.* permitindo a existência de demandas litispendentes em diversos estados da federação, nas quais o objeto é de repercussão nacional; ou, ainda, prestigiando a restrição dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência territorial do órgão prolator; olvida-se que as normas atinentes à ação civil pública foram introduzidas ao ordenamento jurídico pátrio com a precípua finalidade de tutelar em massa os interesses e direitos coletivos, a fim de ampliar a prestação jurisdicional do Estado.⁴⁵ Nitidamente desvirtua-se, com essas restrições, a destinação do instituto.

Com efeito, há um outro obstáculo à aplicabilidade e efetividade do instituto em questão, criado principalmente pela jurisprudência pátria, envolvendo a possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade no bojo da ação civil pública.

De fato, nota-se a existência tanto de decisões monocráticas, como julgados dos Tribunais Estaduais e Superiores, extinguindo ações civis públicas onde se questionava a constitucionalidade de determinada norma, sob o argumento de que os efeitos dessas demandas atingiriam toda uma coletividade, o que implicaria em nova forma de

⁴⁵ KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. *A Abrangência da decisão na ação civil pública*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 201-208, abril-junho de 2001, p.208.

controle constitucionalidade, não prevista pela Constituição Federal, sendo, portanto, inadmissível.

Entretanto, antes de adentrar-se propriamente ao cerne da questão do controle de constitucionalidade incidental pela via da ação civil pública, e para melhor abordagem do tema, mister fazer alguns apontamentos sobre controle de constitucionalidade no Brasil.

IV.i. Controle de constitucionalidade no Brasil.

Conforme sabido, “a idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de higidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.⁴⁶

Existem duas formas de inconstitucionalidade: inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por ação decorre da produção de atos legislativos ou normativos que contrariam dispositivos constitucionais.

A inconstitucionalidade das espécies normativas por ação é verificada sob dois aspectos: formal e material. O primeiro consiste na inobservância das normas constitucionais de processo legislativo no momento da produção da norma; o segundo, por sua vez, consubstancia-se na verificação da incompatibilidade material do objeto da lei ou ato normativo com a Constituição Federal.

A constitucionalidade por omissão consiste na não elaboração de atos legislativos ou normativos sem os quais resta prejudicada a plena eficácia de normas constitucionais que requerem essa complementação. Assim, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade por omissão sempre que determinado preceito constitucional não puder

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed., São Paulo:Atlas, 2008, p. 699.

produzir todos os efeitos para os quais fora formulado em virtude da inércia legislativa ou administrativa.

O controle da constitucionalidade, por sua vez, pode ser classificado como preventivo, quando impede o ingresso de uma norma inconstitucional ingresse no ordenamento; ou repressivo, quando procura retirar dele norma editada em desacordo com a Constituição.

O controle preventivo é realizado sempre dentro do processo legislativo, seja pelas Comissões de Constituição e Justiça, seja através de veto do Chefe do Poder Executivo.

O controle repressivo no Brasil, salvo nas hipóteses previstas pelos arts. 49, inc. V, e 62, ambos da Constituição Federal, é feito pelo Poder Judiciário, seja da forma concentrada, seja da forma difusa.

Tendo em vista que a diferenciação entre as duas forma de controle repressivo de constitucionalidade é de extrema importância para a compreensão da questão da declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, passa-se, a seguir, a tecer alguns comentários relevantes sobre as diferenças entre as duas espécies de controle, mormente no que diz respeito aos efeitos das decisões proferidas em cada uma delas.

IV.i.i. Controle concentrado de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade denominado abstrato, concentrado, ou, ainda, por via de ação específica, surgiu no Brasil com a Emenda Constitucional n.º 16, em 06 de dezembro de 1965.

Nessa espécie de controle, a constitucionalidade da lei ou ato normativo é o próprio objeto da demanda. Não há uma lide, um caso concreto. Conforme elucida ALEXANDRE DE MORAES:

Por meio desse controle procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente de caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, afim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.⁴⁷

Ainda, diz-se que o controle de constitucionalidade concentrado “é um processo objetivo, vale dizer, a noção de uma lide, nos clássicos termos propostos pela doutrina de Carnelutti, lhe é estranha”.⁴⁸

Os instrumentos previstos na Constituição Federal para o exercício dessa espécie de controle são a ação direta de inconstitucionalidade, prevista pelo art. 102, inc. I, alínea a; ação direta de inconstitucionalidade interventiva, art. 36, inc. III; ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, §2º; ação declaratória de constitucionalidade, art. 102, §1º, alínea a; e arguição de descumprimento de preceito fundamental, art. 102, §1º.

Passa-se a fazer uma breve análise das principais características dessas demandas.

IV.i.ii. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O objeto dessa ação é a retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, editados após a promulgação da Constituição Federal e ainda em vigor.

Os Ministros ALIOMAR BALEEIRO e MOREIRA ALVES, citados por Regina Maria Macedo Nery Ferrari, enfatizam que essa espécie de demanda não é uma

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed., São Paulo:Atlas, 2008, p. 730.

⁴⁸ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 103, v. 389, p. 11-148, janeiro-fevereiro 2007, p. 118.

ação no sentido processual clássico, mas uma instituição de caráter político, uma ação excepcional, que não visa o julgamento de qualquer relação concreta, mas a defesa da ordem jurídica, fundada nos preceitos constitucionais vigentes.⁴⁹

A competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade é do Supremo Tribunal Federal e os legitimados para a propositura são o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, no momento da propositura demanda, assim como já visto em alguns casos da legitimidade para a propositura de ação civil pública, precisam demonstrar a existência de pertinência temática, ou seja, comprovar que há interesse material do autor demanda em declarar aquela determinada norma inconstitucional.

Conforme leciona MARCELO COLOMBELLI MEZZOMO sobre o tema:

A legitimidade dos elencados, todavia, não é ampla, como pode sugerir o texto da norma. Destarte, criou o Excelso Pretório o critério limitativo da “pertinência temática” em contraponto à “legitimação ativa universal”, quiçá objetivando impor controle ao elevado número de demandas que aportaram naquele sodalício.

A pertinência temática implica que exista uma relação lógica entre a questão constitucional controvertida e a atividade desenvolvida pelo suscitante. Assim, segundo o STF, “a legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os

⁴⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 222.

objetivos do autor da ação” (ADIn n.º 1.507-MC-AgRg, Rel Min. Carlos Velloso, DJ de 06.06.1997)⁵⁰

A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal produz efeitos *erga omnes* e, via de regra, *ex tunc*. Diz-se via de regra pois, em conformidade com o disposto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, é possível a modulação dessa retroatividade, que poderá ser *ex nunc* ou até *ex tunc* com determinado prazo de retroatividade.

Ainda, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem efeito vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta em todas as esferas.

Vale destacar observação posta por OSWALDO LUIZ PALU, segundo a qual a introdução do efeito vinculante no ordenamento jurídica pátrio teve o claro objetivo, ao menos ao princípio, de se contrapor e limitar a eficácia e a amplitude das decisões de inconstitucionalidade tomadas no sistema difuso, mormente nas ações coletivas.⁵¹

IV.ii.i.i. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei ou ato normativo municipal.

Por ter características próprias, relevantes e ligadas ao tema central do presente trabalho, passa-se a analisar o controle concentrado por ação direta de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos municipais.

Conforme se depreende da redação do art. 102, inc. I, alínea *a*, da Constituição Federal, estão excluídos do controle de constitucionalidade por ação direta as leis e atos normativos municipais que encontrem-se em desacordo com a Constituição Federal.

⁵⁰ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 103, v. 389, p. 11-148, janeiro-fevereiro 2007, p. 119.

⁵¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.

Houve, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, divergências doutrinárias sobre o tema. Alguns admitiam que a Constituição teria uma lacuna, devendo interpretar-se que era possível também o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Carta Magna. Outros sustentavam que era permitido aos estados, com fundamento da autonomia estatal, instituir modelo de ação direta visando aferir a constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal afastou essas duas possibilidades.⁵²

A Constituição Federal de 1988 foi expressa ao prever em seu art. 125, §2º que o “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual”, resolvendo, destarte, parte do problema.

Ficou definido que, se a lei ou ato normativo municipal contrariar dispositivo da Constituição Estadual, poderá haver o controle desse ato municipal em âmbito estadual, via controle concentrado, sendo competente para o julgamento da ação o Tribunal de Justiça do Estado.

Mas diz-se que resolveu parte do problema porque restou a questão acerca do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal que contrarie dispositivo da Constituição Estadual que seja de repetição obrigatória e redação idêntica à Constituição Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era pacífica no sentido de ser incabível ação direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça, de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual repetitivos de princípios constitucionais federais.

⁵² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

Ocorre que, em 1992, a Corte Suprema mudou radicalmente seu entendimento, passando a permitir o controle concentrado nesses casos, onde o dispositivo municipal fere disposição da Constituição Estadual que é mera reprodução de disposição da Constituição Federal, a ser exercido na competência dos Tribunais Estaduais.⁵³

IV.i.iii. Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade, que foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 03/93, tem por objeto transferir ao Supremo Tribunal Federal a decisão sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que esteja sendo atacado por juízes singulares e tribunais inferiores. Veja-se, portanto, que não estão abarcados nem os atos normativos ou lei municipais, nem estaduais.

A legitimidade para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional n 45/2004, é a mesma da ação declaratória de inconstitucionalidade.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nessa espécie de demanda terão eficácia *erga omnes, ex tunc* e vinculante em relação aos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário.

⁵³ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 57.

IV.i.iv. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Por terem menos ligação com o tema em foco, essas espécies de demandas de controle concentrado de constitucionalidade serão analisadas muito brevemente.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva, segundo observa ALEXANDRE DE MORAES:

possui dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois um controle difuso, para fins concretos.⁵⁴

Tal demanda, que possui como legitimado ativo o Procurador-Geral da República, é de competência do Supremo Tribunal Federal e tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, bem como a intervenção da União no Estado-membro ou Distrito Federal que esteja descumprindo os chamados princípios constitucionais sensíveis, quais sejam, forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta, aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Julgada procedente a ADI interventiva o Supremo requisitará ao Presidente da República que decrete a intervenção. O Presidente da República, através de decreto, suspenderá a execução do ato impugnado. Se essa medida não for eficaz para restabelecer a normalidade, o Presidente da República decretará a intervenção.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed., São Paulo:Atlas, 2008, p. 765.

Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objeto suprir a omissão dos poderes constituídos que não editaram normas regulamentadores de dispositivos constitucionais de eficácia limitada, inviabilizando, com isso, a plena fruição do direito por este garantido. Nesses casos, a inconstitucionalidade reside na inércia do Poder Público.

A competência para apreciação e julgamento dessa ação de controle concentrado de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal que, julgando procedente a demanda, dará ciência ao órgão do poder administrativo afim de que este edite, no prazo de trinta dias, o ato normativo complementar. Em se tratando de norma cuja competência para edição é do Poder Legislativo, há controvérsias na doutrina acerca da possibilidade de fixação de prazo pelo Supremo, tendo em vista a Separação de Poderes, embora haja precedente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI por omissão n.º 3.682, fixando “um parâmetro razoável para atuação legislativa do Congresso Nacional.”⁵⁵

Os legitimados para a propositura desta demanda constitucional são os mesmos da ADI genérica e da ação declaratória de constitucionalidade e os efeitos produzidos pela decisão são *erga omnes* e *ex tunc*.

Por fim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é demanda de competência do Supremo Tribunal Federal que tem por objeto evitar ou reparar lesão produzida por atos normativos federais, estaduais, distritais, municipais ou mesmo aqueles editados antes da promulgação da Constituição de 1988, que se encontrarem em desacordo preceito constitucional fundamental.

Vale, ainda, ressaltar que, conforme leciona ANDRÉ RAMOS TAVARES, citado por Regina Maria Macedo Nery Ferrari, por preceito fundamental entende-se as “normas com superioridade hierárquica em relação às demais, (...)valores supremos e

⁵⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 261-264.

perenes, que assumem uma importância ainda maior em relação as demais normas constitucionais, embora estejam também vestidos de roupagem constitucional.”⁵⁶

Os legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e os efeitos da decisão proferida são *erga omnes*, *ex tunc* e vinculantes.

Vale destacar, concluindo-se, que esta demanda tem caráter subsidiário, apenas sendo admitida quando não houver outro meio capaz de sanar a lesividade.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) - AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) - EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS - INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional. - A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.⁵⁷

⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 435.

⁵⁷ ADPF 17 AgR, Relator. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00001.

IV.ii. Controle difuso de constitucionalidade.

O Controle difuso, presente no Brasil desde a Constituição de 1891, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, consiste no permissivo constitucional segundo o qual todo juiz ou tribunal pode, no caso concreto, verificar a compatibilidade de determinada norma com os preceitos constitucionais.

No controle difuso a constitucionalidade da lei ou ato normativo não é o objeto da demanda, mas questão prejudicial ao julgamento de mérito. Inclusive, deparando-se o magistrado de primeiro grau com um ato normativo inconstitucional, deve reconhecer tal nulidade de ofício. Assim, a inconstitucionalidade é apenas um elemento da causa de pedir.

A principal característica dessa espécie de controle de constitucionalidade é ser exercitável apenas perante um caso concreto, podendo, via de regra, ser versado em qualquer espécie de demanda.

A declaração de inconstitucionalidade na via incidental produz efeitos *ex tunc* e *inter partes*, salvo em exceção prevista pelo art. 52, inc. X, do Constituição Federal, que adiante será apreciado. Ademais, uma vez que tal declaração é questão prejudicial, ou seja, fundamento da sentença, não recaiando portanto sobre ela o manto da coisa julgada.

IV.ii.i. Controle difuso perante os Tribunais.

Em se tratando de o controle difuso nos tribunais, seja em grau de recurso, seja em ações de competência originária, há uma regra específica concernente na cláusula de reserva de plenário.

Segundo o disposto no art. 97 da Constituição Federal, somente pelo “voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial

poderá os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Assim, para que a questão que até então era objeto de apreciação do órgão fracionário chegue ao órgão pleno será instaurado o incidente de inconstitucionalidade, regulado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. Em atenção ao princípio da economia processual, o incidente será dispensado se já houver pronunciamento do Plenário ou Órgão Especial do próprio Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

A decisão proferida pelo Órgão Especial ou Tribunal Pleno tem natureza interlocutória e, assim como a decisão do juiz de primeiro grau, não produz coisa julgada material.⁵⁹ Destarte, inclusive, eventual recurso extraordinário será interposto da decisão do órgão fracionário, e não da decisão do Tribunal Pleno ou Órgão Especial.

A cláusula de reserva de plenário não se aplica para a declaração de constitucionalidade pelos órgão fracionários dos tribunais.⁶⁰

IV.ii.ii. Controle difuso no Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário.

Conforme prevêem as alíneas do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

⁵⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

⁵⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 6, p.277.

⁶⁰ RTJ 98/877.

Considerando os incontáveis questionamentos que envolvem o tema Recurso Extraordinário, vale a pena comentar, ainda que brevemente, cada uma de suas hipóteses de cabimento.

A primeira, quando a decisão impugnada contrariar dispositivo da Constituição Federal, terá aplicabilidade tanto quando a contrariedade for material quanto formal. Nos termos da súmula n.º 400 do Supremo “decisão que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal”.

A contrariedade à Constituição não pode ser reflexa, conforme se depreende do teor da súmula n.º 636 do Supremo: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

A segunda previsão de cabimento do recurso em questão, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, pressupõe que na fundamentação da decisão atacada haja a conclusão que determinada lei federal ou tratado seja inconstitucional.⁶¹

As outras hipóteses, interposição do recurso em face de decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, e contra decisão que julgar válida lei local contestada em face da Constituição, respectivamente, são auto explicativas, não requerendo maiores esclarecimentos.

Além de ter que se encaixar, necessariamente, em umas das hipóteses taxativamente previas pela Constituição Federal para ser conhecido, o recorrente extraordinário deve ainda observar que a matéria objeto do recurso tem que ter sido prequestionada, nos termos das súmulas 282 e 356 do Supremo, assim entendendo este Egrégio Tribunal por prequestionamento: “diz-se prequestionado determinado tema quando o

⁶¹ MOZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado*. Rio de Janeiro: Forense, Revista Forense. V. 389, 2007, p. 143.

órgão prolator da decisão impugnada haja adotado entendimento explícito sobre ele” (STF, RE 125.248/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJU* de 16.10.1990, p. 11266); “o requisito do prequestionamento não pressupõe apenas que a matéria tenha sido mencionada na instância ordinária, mas que tenha sido discutida, tornando-se *res controversa*, *res dúbia*” (STF, Ag. 131.156/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJU* de 22.10.1990, p. 11621); significa o debate (anterior) do tema da causa. Não é a indicação formal dos dispositivos de lei eventualmente aplicáveis à espécie” (STJ, Ag. 7.330-SP, *DJU* de 1.2.1991, p. 451).

Ainda, após a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, para propiciar o conhecimento do recurso extraordinário, cabe ao recorrente, *ex vi* do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, e do art. 543-A, § 1º, do CPC, demonstrar a existência de repercussão geral da questão discutida nos autos.

Como ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, caracteriza-se a repercussão geral quando a questão em debate ultrapassa os limites subjetivos da causa, “cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas.”⁶² Assim, “não havendo transcendência de interesses não há repercussão geral” (RE 575526 RG / PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16/10/2008).

Feitas essas breves considerações, nota-se que o recurso extraordinário, em função da matéria nele debatida, bem como por sua finalidade, não de reformar a decisão impugnada, mas de preservar o sistema jurídico-constitucional em vigor, pode se afirmar, como o faz MARCELO COLOMBELLI MEZZOMO, que referido recurso é instrumento de controle difuso de constitucionalidade.⁶³

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Processo Civil na Reforma Constitucional do Poder Judiciário*, Ribeirão Preto-SP: On Line, 2005 (Internet), p. 7, in http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_48.pdf.

⁶³ MOZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado*. Rio de Janeiro: Forense, Revista Forense, v. 389, 2007, p. 142.

IV.ii.iii. Controle difuso no Supremo Tribunal Federal – art. 52, inc. X da Constituição Federal.

Além do controle difuso em sede de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal pode, incidentalmente, no caso concreto, por maioria absoluta de seus membros, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Essa decisão incidental de inconstitucionalidade transitada em julgado no Supremo Tribunal Federal, assim como nos demais casos de controle difuso, produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

Ocorre que, após essa declaração incidental transitada em julgado, o Supremo pedirá o Senado Federal para que este, nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição Federal, suspenda, através de resolução, a execução da lei declarada inconstitucional, fazendo, destarte, com que a declaração incidental feita no caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal passe a ter efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Assim sendo, a decisão que num primeiro momento gera efeitos apenas entre as parte do processo poderá se estender a todos, numa nítida exceção aos efeitos comuns do controle de constitucionalidade incidental.

Há na doutrina controvérsia acerca obrigatoriedade ou não da edição da resolução pelo Senado.

Defendem a obrigatoriedade aqueles que entendem que não pode o Senado fazer uma avaliação política da conveniência da suspensão de lei federal, estadual, distrital ou municipal, incidentalmente declarada inconstitucional pelo Supremo, sob pena de estar-se permitindo a reavaliação da própria constitucionalidade. Assim, segundo esse entendimento, seria vinculada a edição da resolução para a suspensão da lei.⁶⁴

⁶⁴ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 57.

De outro lado, sustenta a corrente oposta que, em razão da flutuação jurisprudencial, o Senado Federal estaria autorizado a realizar uma apreciação crítica sobre o julgado do Supremo Tribunal Federal, suspendendo-o ou não.⁶⁵

Ocorre que, em que pesem os plausíveis argumentos apresentados, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que este não está obrigado a editar resolução que suspenda o ato cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada, em caráter irrecorrível, e *in concreto*, pelo Supremo; sendo portanto ato discricionário, de caráter político e de alcance normativo.⁶⁶

Porém, cumpre observar, que a partir da edição da Emenda Constitucional n.º 45/04, conforme aponta ALEXANDRE DE MORAIS, “nas questões constitucionais de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, analisando incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, poderá, imediatamente e respeitados os requisitos do art. 103-A da Constituição Federal, editar Súmula vinculante”⁶⁷, retirando-se, com isso, sobremaneira a aplicabilidade do art. 52, X, da Constituição Federal .

IV.iii. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na via difusa e na via direta.

Conforme depreende-se da análise supra, o controle difuso e o controle concentrado tem legitimados distintos, competências diversas, objetos diferenciados, mas, sobretudo, efeitos diferentes.

No controle difuso, a inconstitucionalidade pode ser declarada por qualquer juiz ou Tribunal, como questão prejudicial a um caso concreto, e, como na regra

⁶⁵ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed., São Paulo:Atlas, 2008, p. 714.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed., São Paulo:Atlas, 2008, p. 715.

geral do processo individual clássico, os efeitos da decisão atingem apenas as partes que litigaram em juízo. No momento que a sentença declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, está em verdade reconhecendo a sua nulidade, atingindo-o desde de sua edição, pelo que se diz que os efeitos são também retroativos, com raríssimas exceções nas quais o Supremo Tribunal Federal conferiu efeitos *ex nunc* no controle difuso.⁶⁸

No controle concentrado, a ação é objetiva. A constitucionalidade é o único objeto da demanda, e a sentença, por sua vez, produz efeitos *erga omnes*. Justamente pela amplitude desses efeitos, via de regra retroativos, produzidos pelas sentenças proferidas nas demandas destinadas à essa espécie de controle, é que a legitimação ativa é limitada, nos moldes anteriormente vistos. Também em virtude da extensão dos efeitos é que a competência, salvo no controle de lei ou ato normativo municipal frente a Constituição Estadual, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

IV.iv. Importância do controle difuso de constitucionalidade.

Apontadas as peculiaridades concernentes ao controle concentrado, resta clara a intenção do legislador em restringir, tanto a legitimidade ativa quanto à competência, para demandas onde a decisão acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo produzirá efeitos *erga omnes*.

E é exatamente das restrições ao acesso do controle concentrado que decorre a importância do controle difuso, instrumento posto à disposição de qualquer cidadão interessado em discutir nas instâncias ordinárias a constitucionalidade de lei ou ato normativo, dentro de determinado caso concreto.

Nesse sentido observa OSWALDO LUIZ PALU:

⁶⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

O modo difuso, aliás, tem sido subestimado em suas reais potencialidades, com as características que sempre o distinguiram, o de ser um sistema acessível (tão acessível quanto é o Poder Judiciário) e democrático, a permitir que qualquer cidadão, pó iniciativa sua contestar atos do poder público à guisa de inconstitucionalidade, e permitindo a qualquer Juiz declare a inconstitucionalidade. Sistema que valoriza a iniciativa individual e não a oficial, não atribuindo aos interesses do Estado, ou dos que titularizam temporariamente cargos públicos, preeminência em relação aos interesses do cidadão.⁶⁹

IV.iv. Controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

No processo individual comum, conforme anteriormente exposto, o controle incidental de constitucionalidade é uma importante via de discussão da constitucionalidade de leis e atos normativos, não havendo quaisquer controvérsias relativas aos efeitos da coisa julgada nessa demandas, os quais, mais uma vez afirma-se, recaem apenas sobre a parte dispositiva da sentença, sendo a constitucionalidade questão prejudicial, que, portanto, não faz coisa julgada. Ademais, também conforme visto e revisto, a sentença somente atinge as partes integrantes da demanda.

Na ação civil pública, entretanto, conforme já salientado, a sentença, nos termos do art. 16 da Lei n.º 7.347/85, produz efeitos *erga omnes*, característica que lhe fora imprimida em atenção à necessidade de soluções em massa para situações de fato que criam danos em massa.

Em virtude dessa característica, sem a qual não se poderia sequer falar no instituto da ação civil pública, quase infindáveis são as discussões acerca da possibilidade de declaração incidental de constitucionalidade nesta espécie de demanda coletiva, uma vez que, ao menos a primeira vista, poder-se-ia entender que tal declaração produziria efeitos *erga omnes*, o que, frisou-se e repisa-se, não se admite no controle pela via difusa.

⁶⁹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle coletivo de constitucionalidade no Direito Brasileiro: Uma evolução Democrática e simplificadora*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, v. 765, p. 34-47, julho de 1999, p. 40-41.

Vale esclarecer que toda a controvérsia, doutrinária e jurisprudencial, gira em torno da declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública uma vez, que, julgado-se constitucional a lei ou ato normativo em questão prejudicial, em nada importam os suposto efeitos reflexos *erga omnes* que produziria referida decisão, posto que as leis trazem em si presunção de constitucionalidade até que se prove o contrário, “de modo que a sentença que julga procedente ou improcedente o pedido estará em consonância com tal presunção, reafirmando a vigência e eficácia da lei”.⁷⁰

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise dos diferentes entendimentos, seus fundamentos e evolução.

IV.vi. Argumentos para inadmissibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública.

Em linha gerais, cumpre ressaltar que, aqueles que entendem que a ação civil pública não é instrumento hábil para controle *in concreto* de constitucionalidade o fazem partindo do pressuposto de que esse tipo de demanda é espécie de processo objetivo, sem partes e sem relação jurídica de direito material como plano de fundo, no que se assemelharia muito com o controle *in abstracto*, no qual a constitucionalidade é o próprio objeto da lide, conforme já afirmado.

Assim, em não havendo conflito de direito material como objeto da demanda, não haveria que se falar controle incidental, que, conforme já elucidado, somente poderá se dar como questão prejudicial ao objeto principal da demanda.

Nesse sentido, ARRUDA ALVIM, defendeu, entre outros fundamentos que, se o que se pretende com a ação civil pública é apenas e tão somente a

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, v. 1, n. 8, p. 314-316, agosto de 1998, p. 315.

inaplicabilidade de determinado dispositivo de lei em determinada região ou território, tratar-se, em verdade, de controle concentrado de constitucionalidade, travestido de declaração *incidenter tantum*. Ainda, para o jurista, estar-se-ia diante de um típico processo objetivo, no qual sequer seria possível vislumbrar-se um litígio, tornando-se patente a exclusiva pretensão à declaração de inconstitucionalidade, com a conseqüente utilização distorcida da ação civil pública e com a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.⁷¹

Outro forte argumento apontado pelos adeptos do entendimento em análise encontra-se nos efeitos da sentença prolatada em ação civil pública. Conforme sabido, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública dispõe que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial.

Destarte, considerando que os efeitos nas declarações *incidenter tantum* são *inter partes*, a primeira dificuldade que salta aos olhos seria compatibilizar os dois institutos, em razão da aparente incompatibilidade de efeitos.

Ainda, seria difícil conciliar a disposição “nos limites da competência territorial” com a unicidade da legislação, uma vez que, conforme conhecido, não seria admissível que determinada norma fosse vigente em um e não em outro território do país.⁷²

Reforçando os embasamentos supra, manifestou-se GILMAR FERREIRA MENDES, citado por Alexandre Araujo de Souza, argüindo que, ainda que o legitimado ativo acrescentasse “algum desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de uma norma inconstitucional, é certo que seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo.”⁷³ Ademais, defendeu o referido Ministro que admitir o uso da ação civil pública para controle difuso de

⁷¹ ALVIM, Arruda. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao código de defesa do consumidor*. Revista de Processo, São Paulo, ano 21, n. 81, p. 127-134, janeiro-março de 1996, p. 130-131.

⁷² KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. *A Abrangência da decisão na ação civil pública*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 201-208, abril-junho de 2001, p.207.

⁷³ SOUZA, Alexander Araujo De. *O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática*, Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 99, v. 369, p. 3-29, setembro-outubro de 2003, p. 20.

constitucionalidade seria outorgar à jurisdição ordinária poderes que sequer possui o STF, uma vez que, conforme já salientado anteriormente, as decisões proferidas por este Tribunal no controle difuso produzem, via de regra, efeitos *inter partes*.⁷⁴

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, por sua vez, sustenta que, a solução do pedido principal está inegavelmente ligada ao resultado da apreciação incidental de inconstitucionalidade, de modo que ambas as decisões acabarão produzindo efeitos *erga omnes*, conforme leciona pormenorizadamente:

Diversamente, contudo, se passa no caso em que o juiz, na apreciação incidental, conclui no sentido de que a lei é inconstitucional. Se tal ocorrer, a solução do pedido principal estará indissolúvelmente atrelado ao resultado da apreciação incidental e, em consequência, não só a decisão que acolher ou rejeitar o pedido, como a que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, acabarão por produzir efeitos *erga omnes*. Segue-se, em última análise, que se a ação a julgada improcedente, não só o réu como terceiros ficam isentos de obrigação prevista na lei; e, como os interesses sob tutela são transindividuais, se a ação é julgada procedente, tanto o réu como terceiros estarão sujeitos a ser condenados a uma obrigação de fazer ou de não fazer ou a uma indenização, embora os últimos não tivessem participado do processo. O mesmo se passa se a sentença a constitutiva: a decisão poderá considerar válido ato a que a lei imponha a cominação de invalidez, ou considerar inválido ato que a lei tem como perfeitamente legítimo.⁷⁵

Completando o raciocínio, destaca-se o posicionamento de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, que ressalta que a admissibilidade de controle difuso em sede de ação civil pública, além dos argumentos supra, implicaria em subversão de atribuições, a medida que permitiria a alguém que não figura no rol dos legitimados da ADIn, previsto pelo art. 103 da Constituição Federal, a possibilidade de instaurar uma demanda de controle concentrado de constitucionalidade, disfarçada de controle difuso.⁷⁶

⁷⁴ SOUZA, Alexander Araujo De. *O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 99, v. 369, p. 3-29, setembro-outubro de 2003, p. 21.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, v. 1, n. 8, p. 314-316, agosto de 1998, p. 315.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 788, p. 57-75, junho de 2001, p. 65.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, distinguia a hipótese em que a ação civil pública atuaria como sucedâneo da ação direta, ao versar obre interesses difusos e coletivos, e a hipótese de se tratar de direitos individuais homogêneos. No primeiro caso, seria absolutamente inadmissível o controle incidental de constitucionalidade. No segundo, seria permitido, sob o argumento que a decisão afetaria apenas determinado grupo de pessoas, de forma que não se estaria usurpando competência.⁷⁷

Feita essas considerações, conclui-se, por ora, que aqueles que defendem a inadmissibilidade de controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública partem premissa que a ação civil pública é um processo objetivo, assim como no controle concentrado, sem partes e sem relação jurídica material.

Soma-se esse pressuposto ao entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade em seu bojo, ainda quando seja fundamento da decisão principal, produz coisa julgada *erga omnes*, o que, via de consequência, implica em usurpação competência, seja do Supremo Tribunal Federal, no controle em face da Constituição Federal; seja dos Tribunais Estaduais, no controle da constitucionalidade em face da Constituição Estadual.

Ademais, em decorrência da previsão do art. 16 da Lei n.º 7.437/85, a coisa julgada teria efeitos *erga omnes* apenas nos limites da competência territorial, o que geraria incongruências em virtude não se admitir que determinada norma seja válida em um determinado território e inválida em outro.

Outrossim, e considerando a ocorrência de todas as consequências supra – ser a ação civil pública um processo objetivo, sem partes; produzindo a declaração incidental de constitucionalidade decidida em seu bojo, ainda que como questão prejudicial, efeitos em face de todos aqueles que ocuparem determinado território, no qual tenha sido

⁷⁷ SOUZA, Alexander Araujo De. *O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 99, v. 369, p. 3-29, setembro-outubro de 2003, p. 26.

prolatada – é conclusão lógica que estar-se-ia, por fim, diante de alteração do rol de legitimados ativos, uma vez que, conforme já apontado, os legitimados ativos para a propositura da ação civil pública não se confundem com os da ação direta de inconstitucionalidade.

Feita a breve síntese da linha de pensamento que traçaram aqueles que, veementemente, defenderam e bradaram pela inadmissibilidade da utilização do controle incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, fica notório que todos os robustos argumentos apresentados decorrem basicamente de duas premissas: ser a ação civil pública um processo objetivo, e produzir a declaração de inconstitucionalidade nela proferida incidentalmente efeitos *erga omnes*, nos limites da competência territorial.

Ocorre que, conforme passa-se a expor, *data venia*, não merece acolhida o entendimento supra desenvolvido, justamente por partir de pressupostos equivocados.

IV.vi.i. A ação civil pública como processo subjetivo.

Primeiramente, cumpre destacar que não deve prevalecer o entendimento de que a ação civil pública é um processo objetivo.

Com feito, há nessa espécie de demanda a presença de partes determinadas, bem como uma pretensão deduzida em juízo e, ainda um pedido, certo e determinado, que jamais poderá ser confundido com declaração de inconstitucionalidade. O objeto imediato é a providência jurisdicional solicitada, enquanto o mediato é o bem da vida que se pretende preservar.⁷⁸

⁷⁸ SOUZA, Alexander Araujo De. *O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 99, v. 369, p. 3-29, setembro-outubro de 2003, p. 22-23.

É fato que, conforme amplamente demonstrado anteriormente, em se tratando de ação civil pública, houve uma profunda adaptação dos pressupostos teóricos de direito processual clássico, notadamente no que concerne à legitimidade ativa, na qual houve uma extensão do rol, e à coisa julgada, com relação à qual houve a extensão dos efeitos tradicionalmente *inter partes*. Entretanto, tais adaptações, no magistério de OSWALDO LUIZ PALU, não fizeram da ação civil pública um processo objetivo, ou seja, sem partes, no qual a parte atua não em defesa de determinadas situações subjetiva.⁷⁹

Também nesse sentido é a lição de RICARDO DE BARROS LEONEL:

As demandas coletivas não são espécie de processo objetivo, sem partes, em que não há relação jurídica material ou subjacente deduzida pelo autor em juízo. A relação existe, mas tem contornos metaindividuais. Quando os legitimados propõem a ação, estão promovendo a defesa de interesses que não são deles, mas da coletividade, grupo ou classe.(...)

Mesmo que a relação material metaindividual não tenha contornos nítidos aos olhos habituados a relações intersubjetivas (de cunho individual), ela existe, pois o ajuizamento da ação coletiva sem que haja causa de pedir e pedido fundados numa situação concreta coletiva implicaria a inépcia da petição inicial, ensejando seu indeferimento.⁸⁰

Destarte, afastando-se a premissa segundo a qual a ação civil pública é um processo objetivo, tem-se preenchido o primeiro pressuposto para a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade: ser a constitucionalidade questão prejudicial ao objeto da demanda.

Nesse sentido, vale destacar trecho extraído de acórdão de relatoria do Desembargador Samuel Júnior, membro Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

A Ação Civil Pública pode ser, como toda a ação em princípio o é, instrumento de controle difuso de constitucionalidade, sendo necessário, no

⁷⁹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle coletivo de constitucionalidade no Direito Brasileiro: Uma evolução Democrática e simplificadora*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, v. 765, p. 34-47, julho de 1999, p. 41.

⁸⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 399-400.

entanto, que o pedido formulado aponte para a possibilidade de ocorrência de situação específica que autorize a sua propositura.⁸¹

IV.iv.ii. A restrição dos efeitos *erga omnes* ao dispositivo da sentença em ação civil pública.

A segunda premissa que invocam aqueles que defendem a impossibilidade do controle *incidenter tantum* em ação civil pública, segundo a qual referida decisão produziria efeitos *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, com que se verificaria haveria usurpação de competência, ilegitimidade ativa e ofensa a uniformidade legislativa, da mesma forma, não deve prevalecer.

Na ação civil pública, assim como em qualquer outra demanda de processo individual ou coletivo em que haja discussão acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, tal questão deverá sempre ser posta como incidente, como causa de pedir, e não como pedido da demanda. O objeto da ação civil pública deve ser sempre o direito metaindividual a ser tutelado, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, na qual o objeto é excluir do sistema jurídico determinada norma.⁸²

Assim sendo, a decisão acerca da constitucionalidade será dada na motivação da decisão, como questão prejudicial.

Destarte, não recairá sobre tal decisão, que não fará parte do dispositivo da sentença, o manto da coisa julgada. Por óbvio, não havendo coisa julgada sobre a constitucionalidade não há que se falar em efeitos *erga omnes*, tampouco em limites da competência territorial do órgão prolator.

⁸¹ Apelação cível com revisão nº 410.788-5/8-00, Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dj. 27 de setembro de 2007.

⁸² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 281.

Deste modo, não verifica-se usurpação de competência, tampouco de carência por ilegitimidade ativa, uma vez que os efeitos de uma e de outra espécie de declaração não serão os mesmos.

Em verdade, quando o Supremo Tribunal Federal declara, no controle concentrado, a inconstitucionalidade de determinada norma, reconhece sua invalidade absoluta, retirando-a do mundo jurídico, via de regra, como se jamais tivesse existido no ordenamento.

Por outro lado, na ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade incidental afeta apenas certos atos, aqueles correlacionados à relação jurídica metaindividual discutida no feito, de maneira que não haverá a suspensão da eficácia da norma como se essa jamais tivesse existido, mas só a declaração de inadequação àquela relação jurídica – e concreta – delimitada na petição inicial.⁸³

Assim sendo, nas ações coletivas em que a questão da constitucionalidade é questão de fundo, trata-se de controle difuso que em nada se diferencia do exercido no processo individual, uma vez que, seja na ação civil pública, seja no processo civil clássico, a constitucionalidade é questão prejudicial, não fazendo portanto, coisa julgada, nem entre as partes. O que faz coisa julgada é apenas a questão principal, de modo que não faz nenhuma diferença se a sentença tenha eficácia *inter partes* ou *erga omnes*, pra fins de controle de constitucionalidade.⁸⁴

Nessa linha, após conceder liminares em sentido contrário em diversas Reclamações, o Supremo Tribunal Federal, julgando o mérito, reconheceu que não havia usurpação de competência, porquanto a inconstitucionalidade, apreciada na via difusa, não

⁸³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 401.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada “erga omnes” das ações coletivas*. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXVI, n. 89, p.7-11, dezembro de 2006, p. 11.

produzia efeitos fora do processo, pois não fazia coisa julgada, estando essa restrita, com efeitos *erga omnes*, ao dispositivo da sentença coletiva.⁸⁵

Vale destacar o seguinte trecho de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na Reclamação n.º 600, de relatoria do Min. Néri da Silveira:

Na ação civil pública em exame, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/9C, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão nas vias ordinárias afasta a incidência de lei aplicável a hipótese concreta, ao entendimento de sua não aplicação, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, decerto, o acórdão não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, a vista do art. 102, III, letra b, da Lei Major, eis que a decisão definitiva da Corte local ter& reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal. A *quaestio juris* vira, então, ou isso poderá sucede-lo, ao controle desta Corte. Tal, de resto, ocorre no mecanismo do controle difuso de constitucionalidade de lei federal ou local.

Nessa linha, convivem os dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, nesta Corte, quer na via difusa, incidenter tantum, no desate de controvérsia, na defesa dos direitos subjetivos das partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. Nas ações coletivas, não se afasta, a evidência, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.

Ganha, e certo, espaço especial a consideração da matéria, quando a decisão, na ação civil pública, tem eficácia *erga omnes*, a semelhança do que sucede com o acórdão na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, bem assim na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

De fato, no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum pelo STF opera entre as partes litigantes, somente se tornando a decisão, com eficácia *erga omnes*, na hipótese de o Senado Federal, recebendo a comunicação do STF, quanto a decisão definitiva, suspender a execução no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional per esta Corte (Constituição, art. 52, X).

Na ação civil pública, a decisão opera *erga omnes*; o autor não defende direito subjetivo próprio, mas um interesse público devidamente caracterizado. Não tenho, entretanto, como possível desde logo, ver, na ação civil pública, um processo objetivo, a semelhança do que sucede com a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade, segundo a jurisprudência desta Corte.⁸⁶

Também nesse sentido vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada “erga omnes” das ações coletivas*. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXVI, n. 89, p.7-11, dezembro de 2006, p. 11.

⁸⁶ Rcl 600, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/1997, DJ 05-12-2003 PP-00019 EMENT VOL-02135-01 PP-00006.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA *ERGA OMNES*. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, desde que não constitua hipótese de ludíbrio ao sistema de controle constitucional, fato não verificado quando a decisão acerca da in/constitucionalidade seja destituída de efeito *erga omnes*, vindo a obrigar apenas as pessoas que concorreram para o evento danoso apontado na ação coletiva.

2. Recurso especial não-provido.⁸⁷

“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. Embargos de divergência providos.”⁸⁸

Assim, verifica-se que houve uma evolução no entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, restando afastadas as antiquadas premissas de que a ação civil pública era um processo objetivo e sua sentença produzia efeitos *erga omnes*, razões pelas quais, e por todas as consequências delas advindas, não era autorizado o controle difuso nessa espécie de demanda do processo coletivo.

Atualmente prevalece o entendimento segundo o qual é permitido o uso da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade pela via difusa, desde que a questão constitucional não seja o único objeto da demanda, ou seja, desde que

⁸⁷ REsp 457090/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 25/04/2006 p. 106.

⁸⁸ EREsp n. 305.150-DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 30.5.2005.

não se pretenda, com seu uso, atacar em caráter abstrato os efeitos atuais e futuros de determinada norma, supostamente inconstitucional.⁸⁹

Em suma, desde que a declaração incidental em sede ação civil pública produza exatamente os mesmos efeitos que produziria em uma demanda individual comum, ou ainda, mais resumidamente, que não seja essa espécie de demanda coletiva utilizada como sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade, tem sido admitida sua utilização como instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

IV.vi.iii. A diferenciação entre a declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública como causa de pedir e pedido.

Muito se falou até agora que, para que seja autorizado, conforme o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência, o manejo da ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, basta que alegada inconstitucionalidade do ato normativo impugnado seja causa de pedir, e não pedido, o que evitaria a eficácia *erga omnes* da eventual declaração de constitucionalidade.

Ocorre que, empiricamente, poder-se-á verificar casos em que a declaração de inconstitucionalidade não consta expressamente do pedido da ação civil pública, entretanto, seu reconhecimento equivalerá à declaração de ineficácia de determinado ato normativo, o que não se pode admitir.

Nesses casos, trata o autor de “mascar” a demanda coletiva, colocando a questão da constitucionalidade aparentemente como questão prejudicial ao julgamento do pedido principal, nos exatos moldes anteriormente postos, mas, entretanto, reconhecida tal inconstitucionalidade, e julgada procedente a ação, estar-se-á retirando totalmente a eficácia do ato normativo impugnado.

⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 128.

Tal tipo de “disfarce”, como nomeiam alguns doutrinadores, é patentemente inadmissível, uma vez que o que importa para a possibilidade ou não do manejo do instrumento em questão não é a classificação da declaração como causa de pedir ou pedido, mas os efeitos que decorrerão da sentença.

Podendo-se vislumbrar que, com a sentença de procedência na ação civil pública, e ainda que aparentemente a declaração de inconstitucionalidade faça parte da causa de pedir, os efeitos serão idênticos ao de ação declaratória de inconstitucionalidade, tal demanda deve ser extinta sem julgamento de mérito, reconhecida a carência.

Assim decidiu, em julgamento de Recurso Especial o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão cuja ementa vale a pena ser transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FGTS. LETRAS HIPOTECÁRIAS. RESOLUÇÃO Nº 53/92. DIRECIONAMENTO DE RECURSOS.

1. A dimensão política do controle de inconstitucionalidade atribuída com exclusividade ao Egrégio Supremo Tribunal Federal infirma que o mesmo se proceda no âmbito da ação civil pública, salvo em caráter incidenter tantum.
 2. Ação civil pública proposta a pretexto de tutelar o patrimônio público-social consistente nos valores integrantes do FCVS, cujo pedido principal é a declaração de nulidade da Resolução nº 53/92 do BNDES.
 3. Inequívoca natureza declaratória de inconstitucionalidade travestida em ação civil pública com contornos competenciais de legitimação e eficácia da coisa julgada incompatíveis com o modelo federal de controle concentrado dos atos do Poder Público.
 4. Impossibilidade jurídica do pedido acrescida da carência acionária pela inadequação do meio que induz à extinção do processo.
 5. Incabível a ação civil pública, cuja sentença tenha eficácia erga omnes, quando substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade.
- Precedentes: REsp 678911/MG, DJ 23/06/2005, desta Relatoria; REsp 401554/DF, DJ 26.05.2006; REsp 457090/DF, DJ 25.04.2006.
6. In casu, o Ministério Público propôs ação civil pública em desfavor da UNIÃO e do BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES, a fim de ver declarada a nulidade do art. 1º da Resolução nº 53/92 do BNDES, em que se autoriza a aquisição de direitos e ações de empresas estatais no Programa Nacional de Desestatização utilizando-se de letras hipotecárias emitidas nos termos da Resolução nº 1.923/92, haja vista permitir o irregular direcionamento de recursos pertencentes ao SFH para a esfera privada em detrimento do interesse público.
 7. Recurso Especial interposto pela União provido.⁹⁰

⁹⁰ REsp 801.180/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 194.

Verifica-se que, com referido “disfarce”, a identificação da declaração de inconstitucionalidade como sendo causa de pedir ou como pedido revelou-se tarefa árdua.

Em trecho de acórdão proferido pela Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 302.261 5/0, tendo como Relator o Desembargador Torres de Carvalho, a complexidade de tal ministério ficou consignada nos seguintes termos:

(...) A dificuldade, como esta ação demonstra, está na caracterização da declaração de inconstitucionalidade como pedido principal ou como causa de pedir, como objeto da ação ou como questão incidental de cuja solução depende o pedido. Observo que a existência de pedido, por si só, não afasta a complexidade da análise, toda ação tem pedido e o Ministério Público, conhecedor da jurisprudência, não formula ações em que a declaração de inconstitucionalidade seja o pedido principal (...)

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, citado pelo Ministro Francisco Falcão, no voto proferido no julgamento do REsp 833690/PR, já anteriormente citado, muito embora seja adepto da corrente que defende a impossibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, reconhecendo o inclinamento atual da jurisprudência, sugere os seguintes critérios que para a diferenciação entre a declaração incidental autorizada e a não autorizada por produzir efeitos de ação direta:

Consideramos que a questão pode ter solução satisfatória se for feita a distinção no que toca ao objeto da ação civil pública. Se o objeto da ação for de natureza condenatória mandamental, ou seja, quando o pedido, acaso procedente, ordenar ao réu um *facere* ou *non facere*, afigura-se incompatível suscitar, incidenter tantum, questão concernente à inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. A razão parece simples: como a sentença tem eficácia *erga omnes*, o mandamento judicial dela decorrente, ao mesmo tempo em que obriga a todos e reconhece que ninguém pode adotar a conduta do réu, produz idêntica obrigação, igualmente em relação a todos e de modo implícito, no sentido da sujeição de todos os indivíduos à eventual declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, o que implicaria em verdadeira ordem para que nenhuma pessoa tivesse a obrigação de observar a lei, tida por inconstitucional pelo juiz prolator da sentença.

De outro lado, sendo condenatório pecuniário ou constitutivo o pedido, pode admitir-se a arguição incidental sob o argumento de que da sentença não emanarão determinações gerais - próprias de leis e atos normativos mas sim decisão in concreto em relação ao réu, seja para a condenação ao pagamento de indenização (art. 3º, Lei nº 7.347), seja para desconstituição de relação jurídica (art. 25, IV, "b", Lei nº 8.625/93 ou art. 51, § 4º, Código de Defesa do Consumidor).

Nessas hipóteses, a sentença não impõe condutas de forma genérica, mas, ao contrário, hostiliza diretamente a relação jurídica principal posta na controvérsia e, sendo assim, a declaração incidental de inconstitucionalidade, apenas afetará indiretamente os indivíduos - efeito normal, aliás, de decisões dessa natureza em qualquer ação. Por tal motivo é que se pode admitir a arguição incidental, inclusive, na ação popular: é que, apesar de ter a sentença, como regra, eficácia *erga omnes*, a pretensão do autor é a de anular o ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade etc, o que redundaria, caso procedente a ação, na prolação de sentença de natureza constitutiva, com o que se atingem diretamente os sujeitos do processo e só indiretamente terceiros.⁹¹

Assim, em breves palavras, aponta o referido jurista que o cerne da questão estaria na natureza da ação civil pública, conforme seja de obrigação de fazer ou não fazer, quando não seria admitida declaração incidental, porque esta produziria, ainda que de modo implícito, efeitos *erga omnes*; e conforme seja condenatória ou constitutiva, quando, pela própria natureza, a sentença produzirá efeitos apenas com relação ao demandado, sendo, nesses casos, autorizada a declaração incidental em sede de ação civil pública.

Tal classificação, quase que matemática, facilita, ao menos em tese, a identificação de ações civis públicas típicas e ações civis públicas com intenção de produzir efeitos de ação direta de inconstitucionalidade.

Ocorre que, haverá demandas em que, inobstante não tenha havido dolo do autor coletivo em propor ação civil pública em “mascarar” a demanda para obter efeitos de ação declaratória, para reconhecer o direito metaindividual que se busca tutelar, imprescindível a declaração da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes*.

Resta claro que, na opinião unânime da jurisprudência, assim como entendem a maioria dos doutrinadores, tal não seria possível em sede de ação civil pública, pelas razões amplamente colocadas anteriormente.

O caminho correto, segundo estes, seria a representação a algum legitimado para a propositura da ação direta, para que esse desse início ao controle concentrado

⁹¹ REsp 833690/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 21/05/2007, p. 549.

de constitucionalidade e, posteriormente à decisão nesta demanda, voltar a avaliar a questão do direito metaindividual, em ação civil pública.

Entretanto, de se ponderar que, segundo alertam alguns doutrinadores, desta forma procedendo-se, estar-se-ia, para dizer o menos, desprestigiando o tão em voga princípio da economia processual, da efetividade jurisdicional, e, quiçá, do próprio acesso à Justiça, uma vez que, conforma já salientado anteriormente, o controle difuso de constitucionalidade é um instrumento de cidadania, posto à disposição de todos, para evitar no caso concreto que normas inconstitucionais prejudiquem os jurisdicionados, sem a necessidade do burocrático e politizado processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda, estar-se-ia aplaudindo um apego ao processo individual, cujas características e conceitos devem ser adaptadas para o processo coletivo, sob pena de implicar na absoluta ineficácia deste, conforme já, por diversas vezes, pretendeu-se demonstrar no presente trabalho.

Por fim, e estar-se-ia retirando, ainda que em parte, do instituto da ação civil a utilidade e finalidade para o qual fora criado: a proteção em massa, seja dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A permanecer o entendimento hoje dominante, havendo a necessidade de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo incidentalmente em ação civil pública, como questão prejudicial, mas com efeitos, ainda que reflexos, *erga omnes*, coíbe-se o uso da ação civil pública. O direito que nela se buscava tutelar não poderá ser, por ora, sequer conhecido. Aguardar-se-á a decisão do controle concentrado, o que, isso sim, inegavelmente, retira a eficácia que pretendeu o legislador coletivo imprimir e alcançar com referido instituto.

Vale a pena destacar a opinião de ANTONIA LÉLIA NEVES SANCHES KRUEGER sobre o tema:

Com efeito, se para dizer o direito for imprescindível a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei, o fato da eficácia *erga omnes* do julgado alcançar ou beneficiar toda uma categoria ou classe de pessoas não pode constituir-se em óbice a declaração, pois de ação direta de inconstitucionalidade travestida de ação civil pública não se trata, haja vista as peculiaridades de cada uma, além do escopo das normas que regem a ação coletiva, cuja *intentio legis* é justamente a proteção em massa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de modo a albergar toda a coletividade formada pelas pessoas titulares dos direitos assim considerados.

Contudo, muito embora seja convidativo aderir à essa corrente minoritária, que aparentemente, no conflito entre prestigiar normas processuais e o direito material, opta por este, parece que, entretanto, as implicações da adesão à esta corrente acabariam por gerar consequências mais danosas ao próprio direito material.

De fato, pode-se vislumbrar, à título de elucidação, que uma lei federal declarada inconstitucional incidentalmente em sede de ação civil pública em tramite perante a justiça estadual comum, determinada lei ou ato normativo, tendo a constitucionalidade sido colocada como matéria prejudicial ao pedido principal, mas, entretanto, produzindo essa declaração efeitos *erga omnes*, voltaremos a um dos motivos anteriormente colocado por aqueles que inadmitiam, em qualquer hipótese, o manejo de referida demanda coletiva para controle difuso de constitucionalidade: leis que têm eficácia em determinados territórios e não o tem em outro.

Daí já se vê que tal corrente, mais permissiva, dificilmente conseguirá inverter a atual situação, tendo em vista todos os percalços de ordem pública que decorreriam do suposto prestígio ao direito material metaindividual a ser tutelado e à *mens legis* do legislador coletivo.

IV.vi.iv. A declaração de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal como objeto da ação civil pública - Inadmissibilidade.

É certo que no controle difuso de constitucionalidade, conforme já exposto em item próprio, podem ser atacadas leis ou atos normativos federais, estaduais, distritais em municipais.

Da mesma forma, também já fora anteriormente colocado que não é possível o ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, sendo admitido apenas o controle da legitimidade da lei municipal em face da Constituição do Estado, e perante o Tribunal de Justiça.

Dessas considerações poderia decorrer o entendimento segundo o qual, não havendo a possibilidade de discussão acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade, fazer da ação civil pública um instrumento com essa finalidade não implicaria em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, nem em carência por ilegitimidade de parte, tampouco haveria decisões conflitantes em diversos territórios, uma vez que os efeitos *erga omnes* acerca da inconstitucionalidade propagar-se-iam apenas nos limites do próprio Município, área que coincide com a de vigência da lei o ato normativo.

Entretanto, tal hipótese jamais foi admitida pela jurisprudência, que conforme já visto, veda qualquer decisão proferida por Juiz ou Tribunal, em sede de ação civil pública, que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja municipal, estadual, distrital ou federal, em face da Constituição Federal, que gere efeitos *erga omnes*, posto que isso implicaria sim, em “usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a interpretação concentrada da Constituição Federal.

Nesse sentido, segue entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão cuja ementa vale a pena transcrever:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IPTU. TAXA DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS E ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". PRECEDENTES. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. NATUREZA TRIBUTÁRIA.

1. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivos tributários, escopo visado na demanda com pedido pressuposto de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que instituiu a cobrança de taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte.
 2. A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.
 3. Deveras, a premissa do pedido do Ministério Público de que a cobrança de taxas municipais e do IPTU, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a legitimatio do *Parquet* com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular "pretensões que envolvam tributos". (Art. 1º § único da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001)
 4. Consectariamente, qualquer ação, ainda que não ostente tipicidade estrita tributária, mas que envolva "pretensão tributária", consoante dicção legal, torna interdita a legitimatio ad causam do Ministério Público.
 5. Inequívoca natureza declaratória de inconstitucionalidade travestida em ação civil pública com contornos competenciais de legitimação e eficácia da coisa julgada incompatíveis com o modelo federal de controle concentrado dos atos do Poder Público.
 6. Impossibilidade jurídica do pedido acrescida da carência acionária pela inadequação do meio que induz à extinção do processo.
 7. Incabível a ação civil pública, cuja sentença tenha eficácia erga omnes, quando substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade.
- Precedentes: REsp 678911/MG, DJ 23/06/2005, desta Relatoria; REsp 401554/DF, DJ 26.05.2006; REsp 457090/DF, DJ 25.04.2006.
8. Recurso especial desprovido.⁹²

⁹² REsp 883.690/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 204.

V. Conclusão.

Postas todas as considerações ao longo da análise do tema, tem-se que quando da aplicação da ação civil pública, primeiramente, não se pode perder de vista a impreterível necessidade de adequação para o processo coletivo dos conceitos e institutos do processo civil individual clássico.

Isso porque, não se pode olvidar da finalidade a para a qual essa espécie de demanda foi introduzida em nosso ordenamento jurídico, qual seja, ampliar a eficácia da prestação jurisdicional do Estado, afim de atender às necessidade oriundas do direito material metaindividual decorrente da massificação da sociedade e, conseqüentemente, dos litígios.

Destarte, qualquer apego às regras processuais atinentes ao processo civil individual que implique em restrição à utilização, bem como à efetividade da ação civil pública, importará em um retrocesso na evolução do processo coletivo no Brasil, categoria tão em voga atualmente no panorama jurídico mundial.

Mais especificamente, com relação à possibilidade de emprego da ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, afora os casos em que realmente tal manejo implique em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, não se pode, sobremaneira, afirmar que referida utilização não é admitida.

Ao contrário, desde que com observância das regras processuais e constitucionais atinentes à hipótese em questão, a possibilidade de declaração incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública representa um importantíssimo instrumento, uma vez que reúne, em uma só demanda, a defesa de um direito supraindividual com a mais democrática e acessível forma de controle de constitucionalidade.

Por fim, e a confirmar que a Lei da Ação Civil Pública, desde sua edição, em 24 de julho de 1985, até os dias de hoje, vem sendo objeto de muitas discussões e controvérsias, que acabam por tolher sua utilização e eficácia, vale ressaltar que está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 5139 /09, que, em sendo aprovado, revogará a Lei n.º 7.347/1985, com a nítida intenção de esclarecer pontos obscuros e dispor, expressamente, sobre questões que hoje são aplicadas apenas com fundamento na doutrina e jurisprudência.

VI. Referências.

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALVIM, Arruda. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao código de defesa do consumidor*. Revista de Processo, São Paulo, ano 21, n. 81, p. 127-134, janeiro-março de 1996.

ALVIM, Teresa Arruda. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 273-283, julho-setembro de 1994.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação Especial*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BERTOOGNA JÚNIOR, Oswaldo. *Ação Civil Pública. Legitimidade. Principais aspectos*. Revista de Processo, São Paulo, ano 31, n. 133, p. 7-26, março de 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade*. Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, v. 1, n. 8, p. 314-316, agosto de 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Processo Civil na Reforma Constitucional do Poder Judiciário, Ribeirão Preto-SP: On Line, 2005 (Internet), p. 7, in http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_48.pdf*.

FALKS, Milton. *Instrumentos Processuais de defesa coletiva*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 190, p. 61-77, 1992.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. *Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Os Poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo*. Revista de Processo, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 129-134, setembro-outubro de 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed., São Paulo: Forense Universitária, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública no STJ. In. *STJ – 10 anos: Obra Comemorativa, 1989 – 1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada “erga omnes” das ações coletivas*. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXVI, n. 89, p.7-11, dezembro de 2006.

KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. *A Abrangência da decisão na ação civil pública*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 201-208, abril-junho de 2001.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.437/85 e legislação complementar*. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Interesses Difusos*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 742-743.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação Civil Pública é veículo processual imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83, n. 707, p. 19-32, setembro de 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.475.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 103, v. 389, p. 11-148, janeiro-fevereiro 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed., São Paulo:Altas, 2008.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação Civil Pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, v. 03, p. 187-203, 1993.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed., São Paulo: saraiva, 2007.

NERY, Rosa Maria e Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle coletivo de constitucionalidade no Direto Brasileiro: Uma evolução Democrática e simplificadora*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, v. 765, p. 34-47, julho de 1999.

_____. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTO. Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 6, 2000.

RODRIGUES, Clós Fedrizzi; CUSATO, Leonardo Machado. *Ação Civil Pública: Considerações gerais*. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental, Porto Alegre, ano I, n. 5, p. 65-73, 2006.

SCOPEL, Geandro Luiz. *A Coisa Julgada sob o Enfoque territorial na Ação Civil Pública – Uma visão crítica à Lei n.º 9.494/97*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, ano IV, n. 33, p. 70-74, janeiro-fevereiro de 2005.

SOUZA, Alexander Araujo De. *O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 99, v. 369, p. 3-29, setembro-outubro de 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 788, p. 57-75, junho de 2001.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. Revista de Processo, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 15-25, julho- setembro de 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.