

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Thales Andre Tibola

A (IM)POSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL
PÚBLICA

Casca
2013

Thales Andre Tibola

A (IM)POSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL
PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, Campus Casca, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora
Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca
2013

Dedico o presente trabalho à minha família, em especial aos pais, Joacir e Rosmari, ao irmão Thobias e a avó Zélia, exemplos de pessoas e fruto de inspiração.

Agradeço a Deus, pelo conforto espiritual nos momentos difíceis e por guiar-me quando das decisões a serem tomadas.

Agradeço à família, pelo auxílio, pelo apoio moral e material e, sobretudo, paciência.

Agradeço aos ensinamentos, ao zelo e dedicação da orientadora Me. Nadya Regina Gusella.

Agradeço ao colega e grande amigo Flávio Comunello, por comigo compartilhar todas as angústias e alegrias proporcionadas ao longo do curso e do presente trabalho.

Agradeço aos colegas da Promotoria de Justiça, em especial ao Dr. Damasio Sobiesiak e ao Rafael Parisotto, responsáveis por, além de instigar o tema, fomentá-lo com o material necessário.

Agradeço a minha namorada e amiga Natália Marostiga Bazzo pelo carinho e incentivo, bem como pela compreensão quando da ausência.

“As leis são sempre úteis aos que têm posses e
nocivas aos que nada têm”.

Jean – Jacques Rousseau

RESUMO

O presente estudo versa sobre a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade difuso em sede de ação civil pública. Para tanto, objetiva-se analisar a importância do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil e bem como se ele pode ser realizado *incidenter tantum* em processo coletivo. A questão mostra-se controvertida em que parte da doutrina e jurisprudência sustentam que esse controle de constitucionalidade usurpa competência do Supremo Tribunal Federal. Num viés hermenêutico e dialético, tendo como fundamento o princípio da supremacia constitucional verifica-se que o controle de constitucionalidade busca compatibilizar o sistema normativo infraconstitucional, que deve ser harmônico com a Constituição Federal. Assim constata-se a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade, em sede de ação civil pública, como meio de assegurar a supremacia constitucional, compatibilizando-a com os benefícios da ação coletiva.

Palavras chave: Ação Civil Pública. Controle difuso de constitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	11
1.1 A supremacia constitucional	11
1.2 O controle de constitucionalidade e suas formas	13
1.2.1 Controle difuso	15
1.2.2 Controle concentrado	18
1.3 Modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil	31
2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA COLETIVA	34
2.1 Noções e princípios	34
2.2 Espécies de direitos tutelados	38
2.3 Legitimidade: o Ministério Público como a(u)tor principal	41
2.4 Sentença e coisa julgada: seus efeitos e modalidades na ação civil pública ..	48
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	55
3.1 A necessidade do controle difuso de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito	55
3.2 As críticas ao controle de constitucionalidade na ação civil pública	57
3.3 A defesa do controle difuso: o controle de constitucionalidade, em sede de ação civil pública, não usurpa competência do Supremo Tribunal Federal.....	63
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade da realização do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública. Busca-se, com isso, perquirir se a declaração de constitucionalidade *incidenter tantum*, em processo coletivo, usurpa da competência do Supremo Tribunal Federal visto que a declaração incidental, em tais casos, possui os mesmos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Justifica-se a presente pesquisa frente a gritante diferença de posicionamento existente entre os doutrinadores, o que, de toda forma, se levadas a cabo, alterariam substancialmente a eficácia e a atuação nos processos coletivos. Além disso, importante referir, também, a grande importância que o controle de constitucionalidade assume no Estado Democrático de Direito. Isso porque, ele é responsável pela verificação da compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Carta Magna, esta, reduto de garantias e direitos fundamentais.

Os principais objetivos são analisar a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, na ação civil pública, verificar acerca da importância do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito, discorrer sobre os modelos de controle, bem como aquele adotado pelo Brasil. Ainda, estudar a ação civil pública e os direitos por ela tutelados e a eficácia de suas decisões.

Desse modo o problema consiste em averiguar se existe a possibilidade jurídica de, incidentalmente, efetuar-se o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública e quais os efeitos que essa decisão produz(iria)?

Quanto ao método de procedimento, são utilizados o documental e o histórico. O primeiro mediante análise do material já publicado sobre o tema, em que se pretende buscar um ponto comum entre as divergentes soluções apontadas pela doutrina, além do fato de a matéria não estar adstrita aos bancos acadêmicos, possuindo grande incidência no campo jurídico. O segundo, por buscar explicações no passado para compreender as influências nas sociedades posteriores. Assim, a forma de pesquisa adotada foi a bibliográfica pela análise de obras tradicionais e atuais.

No presente trabalho utilizam-se os métodos de abordagem hermenêutico e dialético, posto que melhor se adaptam ao tema proposto. O método hermenêutico se caracteriza pela circularidade, em que só se alcança a compreensão de um instituto pela interpretação dos diversos fatores que o compõe. Já o método dialético, que se configura por discutir e debater através de opiniões, a realidade, que está em constante alteração. É característico, pois, penetra o mundo dos acontecimentos, através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade; é o modo de compreender a realidade como contraditória e em permanente transformação. Com relação ao marco teórico sedimenta-se no princípio da supremacia constitucional.

O presente trabalho, outrossim, encontra-se dividido em três capítulos, assim nomeados: o controle de constitucionalidade no Brasil, a ação civil pública e a tutela coletiva e o controle de constitucionalidade em sede ação civil pública. O primeiro deles tratou do controle de constitucionalidade, da supremacia constitucional, dos modelos de controle e do sistema adotado pelo Brasil. Buscou-se demonstrar a importância do controle de constitucionalidade como forma de se assegurar a supremacia constitucional, em especial nos Estados Democráticos de Direito.

O segundo tratou da ação civil pública, sua evolução história, espécie de direitos tutelados, legitimidade, objeto e coisa julgada. Buscou-se analisar a importância, dentro do processo coletivo, que a ação civil pública possui. Ainda, sua relevância, no Estado atual, como meio de desafogamento do Judiciário, diante da condensação de inúmeras demandas em uma, bem como instrumento de concretização de direitos fundamentais.

Por fim, destinou-se o terceiro capítulo a referir sobre a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade, em sede de Ação Civil Pública, a importância do controle difuso e as críticas e argumentos favoráveis a declaração *incider tantum*. Nesse ponto destacam-se os argumentos do Ministro Gilmar Mendes e do magistrado Gilberto Schäfer. O primeiro defende que é impossível o controle de constitucionalidade no âmbito da ação civil pública, pois, uma vez admitida, ter-se-ia a outorga da jurisdição competente do Supremo Tribunal Federal a juízos esparsos. Sustenta, ademais, que os efeitos da decisão incidental são os mesmos do processo objetivo.

Já Gilberto Schäfer entende que a ação civil pública não se confunde com o processo objetivo, pois se caracteriza pela existência de partes que provocam a jurisdição a fim de obter

tutela ao interesse coletivo concretamente lesado ou em vias de lesão. Diz que, por vezes, para a efetiva prestação jurisdicional, deve o magistrado enfrentar questões prejudiciais ao mérito.

Embora o relativo número de doutrinas e jurisprudência pesquisada, por certo que o presente trabalho não chegou, sequer, perto do esgotamento do tema, eis que deveras amplo. Com isso, percebe-se o quão complexo é o tema e o quanto poderia, ainda, ser aprofundado.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A necessidade de realização do controle de constitucionalidade, a fim de se garantir a supremacia constitucional, surge como corolário lógico dentro de qualquer Estado Democrático de Direito. Com isso, busca assegurar as garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição, que se revela como fundamento jurídico nesse modelo de Estado.

1.1 A supremacia constitucional

A ideia do controle de constitucionalidade parte do princípio da supremacia constitucional sobre todo o ordenamento jurídico, porquanto se pressupõe no direito positivo um escalonamento normativo.

Com o surgimento do Estado Liberal, no período pós-Revolução Francesa, criou-se um respeito estrito as normas¹, representadas pelas leis. Tal se dava com a necessidade de que se garantisse aos cidadãos a salvaguarda de abusos estatais. Constituía sua principal característica a limitação jurídico-legal negativa do Estado². (TONIAL, 2009, p. 24).

Contudo, a aplicação exacerbada da igualdade formal, aliada ao absentismo estatal, fomentou o capitalismo e as consequências dele advindas, tais como a miserabilidade do proletariado. Com isso, o Estado, no início do século XX, viu-se obrigado a agir, adotando como característica a intervenção econômica e a aplicação da igualdade material. Buscava-se, com isso, o bem estar social – ou *welfare state* – o que fez com que surgissem os direitos de segunda geração, tais como o trabalho, educação, lazer e saúde, positivados nas Constituições, que caracterizam o Estado Social. (SUNDFELD, 2009, p. 55).

Com o passar do tempo, principalmente no período pós-guerra mundial, surgiu o Estado Democrático de Direito. Veio como reparação às falhas do Estado Social e trouxe nas Constituições a previsão dos direitos de terceira geração. Estes, responsáveis pela idealização

¹ As normas subdividem-se em princípios e regras. (DWORKIN, 2010, p. 39).

² A figura do Estado absentista foi de crucial importância para o surgimento dos direitos de primeira geração eis que constituídos das liberdades clássicas, tais como direito a liberdade e propriedade, sendo que, quanto maior o afastamento do agente estatal, maior a amplitude do direito invocado, como bem referiu BOBBIO (1988, p. 19).

de um conteúdo fraternal-humanitário, eis que passou a tutelar os direitos transindividuais. (MORAIS, 1996, p. 166-167).

Não diferentemente, no Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 confirmou o Estado Democrático de Direito. Decorrencia disso, passou a Constituição a ter força normativa, compreendendo-se ela, então, como norma fundamental. Mais, a norma constitucional passou a ter relevante importância, eis que se entende que, se dissociada da realidade, não possui valor algum. A essência da norma constitucional reside na possibilidade da situação por ela regulada, vir a ser concretizada na realidade. (HESSE, 2009, p. 128).

Sobre o tema, esclarece Luño que:

este principio propende a primar aquellas soluciones hermenêuticas que, por tener consciência histórica de processo de cambio em las estructuras sócio-econômicas, permiten una constante actualización de la normativa constitucional garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia³. (1995, p. 278).

De maior importância, ainda, nos Estados que adotam uma constituição rígida, ou seja, aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais solene do que o processo legislativo de alteração de normas não constitucionais. Tal se dá em razão do necessário respeito ao escalonamento normativo, e conseqüente submissão às normas ditas superiores. Porém, necessário perquirir qual seria a norma superior que deve ser respeitada. (LENZA, 2006, p. 89).

Kelsen ilustra o ordenamento jurídico na forma de uma pirâmide, a qual possui em seu ápice a norma hipotética fundamental, que é responsável pela validade de todas as inferiores. Segundo o autor, as normas apenas têm sentido se confluem com a superior. (1999, p. 157).

A partir deste entendimento surgiu a teoria da compatibilidade vertical das normas, no sentido, que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior. Denomina-se, portanto, incompatibilidade vertical a incompatibilidade de normas, devendo resolver eventual conflito em favor das de grau superior, pois, fundamento das inferiores. (LENZA, 2006, p. 90).

³ Tradução livre do autor: “este princípio tende a priorizar as soluções hermenêuticas, com consciência histórica do processo de alteração das estruturas socioeconômicas, permitindo uma constante atualização da norma constitucional, garantindo, desta forma, sua máxima eficácia”.

No dizer de José Afonso da Silva, dito princípio trata-se de “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Noutras palavras, significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, destarte, conferindo validade e legitimidade aos poderes do Estado. (1992, p. 443).

Partindo do pressuposto que a Constituição, além de carta política, estruturadora do Estado e das suas funções, é reduto de direitos e garantias fundamentais, a sua eventual alteração, indubitavelmente, modificaria, ou até extirparia tais direitos.

Como dito, a Constituição Federal é rígida, constituindo lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. Dela decorrem os poderes e competências governamentais, garantindo a soberania dos entes estatais, mas, também, limitando-os, expressa e implicitamente. Tanto as atribuições, quanto as limitações são, e devem ser, delimitadas pela lei fundamental. (SILVA, 2012, p. 46).

Diante disso, exsurge o princípio da supremacia, alinhavando que, todas as situações jurídicas devem se conformar com os preceitos e princípios da Constituição. Não basta, no entanto, uma atuação positiva estatal, na medida em que, também, considera-se conduta inconstitucional a omissão na criação/aplicação de norma constitucional (SILVA, 2012. p. 46).

Não mais se pode, atualmente, realizar, sequer, a simples aplicação da norma infraconstitucional sem antes realizar a aplicação do ‘filtro constitucional’. Todo o sistema jurídico normativo deve ser irradiado com os reflexos da Constituição Federal. Nela se fundamentam os argumentos jurídicos necessários, sob pena de perpetuar, no meio jurídico, a mal fadada ‘baixa constitucionalidade’.

1.2 O controle de constitucionalidade e suas formas

Uma das mais importantes características do Estado Democrático de Direito é possuir como característica de suas Constituições a rigidez. Tal serve como meio de garantia dos direitos constitucionalmente previstos, eis que se assegura a impossibilidade de sua alteração e servem como parâmetro para a aplicação das normas infraconstitucionais.

Hodiernamente existem três sistemas de controle de constitucionalidade, a saber: o político, o jurisdicional e o misto. O controle político é o que incumbe os órgãos de natureza política a declaração da constitucionalidade da norma, como, por exemplo, o Poder Legislativo ou, ainda, um próprio órgão especial⁴. O controle jurisdicional, ou *judicial review*, como é conhecido nos Estados Unidos, é exercido pelo Poder Judiciário, a quem cabe a prolação de decisão acerca da contrariedade, formal ou material, de princípios constitucionais. E, o controle misto é reservado às situações em que a Constituição submete determinadas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional⁵. (SILVA, 2012, p. 49).

Quanto à atuação temporal, o controle de constitucionalidade pode ser exercido em dois momentos distintos: anteriormente ao ingresso da lei no ordenamento jurídico, ou após sua publicação e entrada em vigor, denominando-se, portanto, preventivo e repressivo, respectivamente. O controle preventivo busca evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais. É exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça, tanto no Senado Federal, quanto na Câmara de Deputados. O chefe do Poder Executivo, também, pode realizar o controle preventivo, mediante o veto, que pode ser jurídico ou político. De outra banda, o controle repressivo atua após a entrada em vigor da lei. É realizado, excepcionalmente, pelo Congresso Nacional, nos casos em que os atos normativos do Poder Executivo exorbitem os limites da lei delegada. Via de regra é realizado pelo Poder Judiciário, na forma mista, podendo sê-lo tanto na via difusa, quanto na concentrada. (LENZA, 2006. p. 97/102).

É certo, também, que a dicotomia, sistema difuso – sistema concentrado, decorre das mais diversas concepções filosóficas e históricas, vivenciadas em um território. Denotam-se tais diferenças, ao analisar, por exemplo, o modelo europeu (sistema concentrado), que adota como principal característica as ações individuais para a defesa de posições subjetivas, com a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto. Em contraponto, o sistema americano, que deixa de lado a visão exclusivamente subjetiva para adotar um modelo processual que privilegia o interesse público em sentido amplo. (MENDES, 2005. p. 2).

Indubitável, pois, a importância da realização do controle de constitucionalidade, ainda mais em um Estado Democrático de Direito, em que se busca, acima de tudo, o respeito aos direitos e garantias individuais expressos na Carta Magna.

⁴ Na antiga União Soviética, tal órgão nominava-se *Presidium do Soviete Supremo*, previsto legalmente no art. 121, da Constituição daquele país. (MORAES, 2004, p. 604).

⁵ Modelo usado na Suíça, onde as leis federais ficam sob a égide da Assembleia Nacional, enquanto as locais sob os cuidados do controle jurisdicional. (MORAES, 2004, p. 603).

1.2.1 Controle difuso

A possibilidade de um juiz esparso poder declarar a escusa da aplicação da norma, com fundamento na violação a lei maior, por vezes, causou certa desconfiança jurídica. Hodiernamente, causa estranheza imaginar a impossibilidade da realização de tal proceder judicial.

A ideia de controle difuso de constitucionalidade surgiu em 1803, nos Estados Unidos, com o julgamento do Caso *Madison x Marbury*. Dita seção era presidida pelo juiz John Marshall, que afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. (MORAES, 2004, p. 609).

Julgando o caso, indagou: “para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para seu governo? Se estiver muito acima dele, e não puder ser por ele inspecionada?” (SWISHER, 1999, p. 35).

Tendo, ele próprio, respondido que:

Se tal for o real caso das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar tal profanação torna-se igualmente um crime. Não é, também, inteiramente indigno de observação, que ao declarar qual será a lei suprema do País, a própria Constituição seja primeiramente mencionada: e não as leis dos Estados Unidos, geralmente, mas aquelas apenas que foram feitas em obediência a Constituição, gozarão daquele respeito. Portanto, a fraseologia particular dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerando essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada. (MORAES, 2004, p. 608).

A decisão em liça foi prolatada em um processo em que se discutia acerca de uma lei do estado de Missouri, que determinava o fim da escravidão. Entenderam, na época, que tal dispositivo feria a garantia constitucional prevista na 5ª emenda, que assim reza: “ninguém poderá ser privado da vida, liberdade ou de bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”⁶. (MORAES, 2004, p. 607).

⁶ Note-se que, a época (1803), ainda, os escravos eram tidos como propriedade e não como cidadãos.

A partir de tal decisão, que demonstrou a necessidade de juízes esparsos realizarem uma filtragem de leis, começou a desenvolver-se o que hoje se chama de controle difuso de constitucionalidade.

No Brasil, conforme refere Ruy Barbosa, tal possibilidade surgiu com a Constituição de 1891, que teve o referido instituto, por ele, assim interpretado

obriga esse tribunal a negar validade a leis federaes, quando contrárias a Constituição, e as leis federaes são contrárias à Constituição, quando o poder legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Contituição o autorizava a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve. (1993, p. 23)

Tal instituto também foi previsto na Constituição de 1934, entretanto, a declaração de inconstitucionalidade difusa somente podia ser declarada pela maioria da totalidade dos membros do Tribunal (MENDES, 2005, p. 38). Na Constituição de 1937, manteve-se as anteriores exigências, acrescentando, o que se considera um retrocesso, a possibilidade do Chefe do Executivo submeter a questão ao Parlamento, que poderia tornar insubsistente a decisão do Tribunal (MENDES, 2005, p. 41).

Por sorte, tal exigência não foi mais prevista na Constituição de 1946, que previa como exigência para realização do controle difuso, a reserva de plenário, quando o julgamento ocorresse no Tribunal. (MENDES, 2005, p. 43). E tais exigências somente se repetiram, por ocasião da promulgação da Constituição de 1967, que nada de relevante trouxe, acerca do tema. (MENDES, 2005, p. 58).

Hodiernamente, o controle difuso, também nominado de repressivo, posterior, controle de via de exceção ou defesa, ou ainda, de controle aberto é exercido por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário⁷. Para tanto, necessário que se dê em sede de caso concreto, em que a declaração de inconstitucionalidade é prejudicial ao mérito, sendo, portanto, questão *incidenter tantum*. No entanto, necessário consignar que, o pedido não pode ser a declaração de inconstitucionalidade da norma, já que a irrisignação constitucional deve dar-se na esfera da causa de pedir processual. (LENZA, 2006, p. 104).

⁷ Artigo 92 da Constituição Federal: “São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal, [...], II - o Superior Tribunal de Justiça, III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho, V - os Tribunais e Juízes Eleitorais, VI - os Tribunais e Juízes Militares, VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

Por se tratar de uma ação com partes, pedido e causa de pedir especificados, por certo que os efeitos produzidos pela sentença e, conseqüente, pela resolução das questões prejudiciais necessárias para chegar-se até ela, tem seus efeitos reduzidos às partes que litigaram em juízo. Então, o que determina os efeitos são os limites estabelecidos pela lide. Ademais, em razão da sentença, em tais casos, ser declaratória, os efeitos por ela produzidos tem o condão de retroagir a data da propositura da ação, ou no caso, da edição da lei, já que se busca, com ela, a esquivar da norma. Tem-se, portanto, que os efeitos da decisão incidental de constitucionalidade, via de regra nominam-se *inter partes* e *ex tunc*⁸. (LENZA, 2006, p. 105).

Porém, há que se levar em conta, que se essa mesma ação for levada ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário, lá também poderá ser realizado o controle difuso de constitucionalidade. E, em sendo procedente o pedido, e julgado por maioria absoluta do pleno, após o trânsito em julgado da decisão, comunica-se ao Senado, que, a teor do artigo 52, X, da Constituição Federal⁹, poderá determinar a suspensão dos efeitos da lei. Tem-se, então, que aqui a decisão poderia alcançar um número indeterminado de indivíduos, que não apenas os litigantes¹⁰. (MORAES, 2004, p. 614).

Como visto, é antiga, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão do controle difuso de constitucionalidade. Atualmente é permitida sua realização, tanto pelos juízes esparsos, quanto pelos tribunais, oportunidade em que deverá ser respeitada a cláusula de

⁸ Brasil, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2009. Apelação Cível AC 326866 RN 0002842-89.2003.4.05.8400: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. FIXAÇÃO DO TEMPO MÁXIMO DE ANTEVEDIMENTO EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. LEI MUNICIPAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. EFEITO "INTER PARTES" IMEDIATO E RETROATIVO. 1. A hipótese é de recurso contra a sentença que julgou procedentes os Embargos à Execução ajuizados pela Caixa Econômica Federal para desconstituir o título executivo embaixador da Execução Fiscal que visa cobrar multa em decorrência do descumprimento de lei municipal declarada inconstitucional por este egrégio Tribunal em sede de controle difuso de constitucionalidade. 2. Este Tribunal já se manifestou no sentido de que a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei nº 5.054 /98, em sede de Mandado de Segurança (AMS68504-RN), tem aplicação "inter partes" imediata e retroativa (ex-tunc), havendo que se reconhecer a nulidade de Auto de Infração com fundamento na norma declarada inconstitucional, bem como a inexigibilidade do título executivo dele decorrente. 3. Apelação não provida.

⁹ Artigo 52 da Constituição Federal: "Compete privativamente ao Senado Federal: [...], X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

¹⁰ Brasil, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Ação Rescisória 9802148741 RJ 98.02.14874-1, 2011: "REEXAME NECESSÁRIO - SENTENÇA ILÍQUIDA - RECENTE ENTENDIMENTO DO STJ - CONHECIMENTO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - PREVIDENCIÁRIO- EMBARGOS À EXECUÇÃO - INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO POR DECISÃO DO STF POSTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO, EM SENTIDO CONTRÁRIO - INOCORRÊNCIA - INAPLICABILIDADE DO ART. 741, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO FEITO - NECESSIDADE DE DECISÃO DEFINITIVA, COM EFICÁCIA "ERGA OMNES" E EFEITOS VINCULANTES OU DECISÃO EM CONTROLE DIFUSO, COM RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL, PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI OU ATO NORMATIVO - RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. Só se aplica o disposto no Art. 741, II, parágrafo único para relativizar a coisa julgada quando houver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado e que não apresente modulação dos seus efeitos para data posterior à do trânsito em julgado, ou em controle difuso, desde que haja resolução do Senado Federal, determinando a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional".

reserva de plenário. Via de regra, possui efeito *ex tunc* e *inter partes*, salvo, no caso de haver decisão do Senado Federal suspendendo a execução da norma.

1.2.2 Controle concentrado

Diz-se concentrado, ou pela via de ação direta, o controle de constitucionalidade exercido diretamente por um único órgão jurisdicional. Tal órgão, em tais casos, não irá discutir o litígio, mas tão somente, a constitucionalidade da norma que lhe é posta.

Historicamente, surgiu com a Constituição Austríaca de 1920, atribuindo a um tribunal a exclusividade do exercício do controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao consagrado judicial *review* norte americano, distribuído por todos os juízes e tribunais. (MORAES, 2004, p. 626).

Imputa-se a Hans Kelsen a criação desse sistema, de controle de constitucionalidade, que assim justificou sua necessidade

[...] se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. (1999, p. 189).

Desse modo, percebe-se que

[...] se o controle de constitucionalidade de leis é reservado a um único tribunal, este pode deter a competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer, dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (1999, p. 190-191).

No Brasil, o controle de constitucionalidade abstrato surgiu por meio da Emenda Constitucional n.º 16, de 06/12/1965¹¹, que atribuiu a competência para processar e julgar,

¹¹As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgam, nos termos do artigo 217, § 4º, da Constituição Federal, a seguinte emenda ao texto constitucional: Artigo 2º: as alíneas c, f, i e k do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação: [...] a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; ".Artigo 19. Ao artigo 124 são acrescentados os seguintes inciso e

originariamente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual, ao Supremo Tribunal Federal. Até meados da década de oitenta, conviviam no sistema de constitucionalidade os modelos abstrato e concreto, embora o último fosse predominante. (MENDES, 2011, p. 311).

Só que com a promulgação da Constituição de 1988, o constituinte preferiu dar mais ênfase ao modelo abstrato do que ao concreto, fazendo com que todas as controvérsias judiciais mais relevantes pudessem ser submetidas a um tribunal superior. Para tanto, ampliou, de forma significativa, o rol de legitimados ativos¹² a propositura de tais ações, além de conferir ao procedimento presteza e celeridade, bem como a possibilidade de pedido cautelar. (MENDES, 2011, p. 311).

Embora, também, seja jurisdicional, o controle de constitucionalidade, pela via principal, é exercício atípico de jurisdição, porque nele não há uma situação concreta, um litígio que necessita de resolução. O objeto da ação é o próprio pronunciamento de validade acerca da lei posta em questão, diferentemente do controle difuso, que exerce a repressão constitucional de forma incidental, aqui, no controle abstrato, o objeto principal da ação é a própria validade da norma. (BARROSO, 2004, p. 114).

A Constituição brasileira estabelece a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade a ser desempenhado nos planos federal e estadual. No federal tem como paradigma a Constituição da República, em que o controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conforme legitima o artigo 102, inciso I, alínea ‘a’¹³, da Constituição Federal, e, por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme determina o artigo 103, §2º da Constituição Federal¹⁴.

parágrafos: "XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado".

¹²Artigo 103 da Constituição Federal: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República, II - a Mesa do Senado Federal, III - a Mesa da Câmara dos Deputados, IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal, VI - o Procurador-Geral da República, VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, VIII - partido político com representação no Congresso Nacional, IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

¹³Artigo 102 da Constituição Federal: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal".

¹⁴Artigo 103 da Constituição Federal: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma

Já na esfera estadual, o paradigma a ser utilizado é o da Constituição Estadual¹⁵, sendo o Tribunal de Justiça do Estado o órgão legitimado para o exercício concentrado. Para tanto, analisa as questões oriundas das representações de inconstitucionalidade e leis ou atos normativos estaduais e municipais, nos termos do artigo 125, §2º¹⁶, da Constituição Federal. (BARROSO, 2004, p. 116).

Verifica-se, portanto, por meio de cinco ações diversas que ora se expõe, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva¹⁷ e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por primeiro, a ação direta de inconstitucionalidade, que é de Competência do Supremo Tribunal Federal. É a ação que almeja expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (formal¹⁸ ou materialmente¹⁹), buscando-se, com isso, a invalidação da lei ou do ato normativo. (LENZA, 2006, p. 92).

Surgiu no direito brasileiro através da Emenda Constitucional n.º 16 de 1965²⁰. Utilizava-se, a época, o termo representação, mesmo já possuindo o caráter de ação

constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

¹⁵Artigo 95 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul: Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete: [...] XII - processar e julgar: [...] d) a ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta e a Constituição Federal, inclusive por omissão”.

¹⁶Artigo 125 da Constituição Federal: “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

¹⁷Deixa-se de explicar acerca da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, pois se entende desnecessária a finalidade da pesquisa, já que, em suma, é ação que se limita a intervenção da União, nos Estados e Municípios, e do Estado, nos Municípios, em caso de desrespeito aos princípios sensíveis da Constituição da República, e do Estado, respectivamente.

¹⁸ A título exemplificativo a ADI 2909, oriunda do Rio Grande do Sul, de relatoria do Min. Aires Britto, julgado em 12.05.2010, que assim foi ementada: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.667, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTITUIÇÃO DE SISTEMA DE GERENCIAMENTO DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS. VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. RECONHECIMENTO”.

¹⁹A título exemplificativo a ADI 1505, oriunda do Espírito Santo, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 24.11.2004, que assim foi ementado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. APROVAÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. VÍCIO MATERIAL. AFRONTA AOS ARTIGOS 58, § 2º, E 225, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL”.

²⁰Emenda Constitucional n.º 16 de 1965: “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgam, nos termos do art. 217, § 4º, da Constituição Federal, a seguinte emenda ao texto constitucional: [...] Art. 2º As alíneas *c*, *f*, *i* e *k* do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação: c) os Ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do artigo 92, f) os conflitos de jurisdição entre juízes ou tribunais federais de justiças diversas, entre quaisquer juízes ou tribunais federais e os dos Estados, entre Juízes federais subordinados a tribunal diferente, entre juízes ou tribunais de Estados diversos, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios, i) os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, do Senado e da Câmara dos Deputados ou das respectivas Mesas, do próprio Supremo Tribunal Federal, de suas Turmas ou de seu Presidente do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas e dos Tribunais Federais de última instância (art. 106,

propriamente dita, nos moldes da que existe hoje. Apareceu com a necessidade de estabelecer um meio de realizar a função corretiva, para superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da contradição de julgados proferidos por juízes a Tribunais acerca da mesma matéria. (MENDES, 1996, p. 77).

A Constituição Federal de 88 manteve a redação estabelecida pela Emenda Constitucional n.º 16. No entanto, ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação. Agora, possuem legitimidade ativa o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, e Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador Geral da República, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme estabelece o artigo 103²¹, *caput*, e incisos I a IX, da Constituição Federal.

Pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade as leis, ou seja, todas as espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal²², além dos atos normativos, que se subdividem em resoluções administrativas dos tribunais e atos estatais de conteúdo meramente derogatório, ou seja, qualquer ato revestido de indiscutível caráter normativo. (MORAES, 2004, p. 558).

Todavia, cumpre referir que, não pode ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade as normas originárias da Constituição²³. Inviável, também, a análise das súmulas²⁴, pois carecedoras de abstração e generalidade, característicos de atos normativos.

art. 109, I, e art. 122, k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

²¹ Artigo 103 da Constituição Federal: "podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República, II - a Mesa do Senado Federal, III - a Mesa da Câmara dos Deputados, IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal, VI - o Procurador-Geral da República, VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, VIII - partido político com representação no Congresso Nacional, IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

²² Artigo 59 da Constituição Federal: "O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

²³ A título exemplificativo o Agravo Regimental proferido na ADI 4097, do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 08/10/2008, que assim foi ementado: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário".

²⁴ Para atacá-la, a Constituição de 88 (art. 103-A, §2º) e a Lei 11.417/2006 previram procedimento próprio, qual seja, o pedido de revisão ou de cancelamento da súmula.

Impossível também o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Federal²⁵, ao menos nesta via. (LENZA, 2006. p. 117).

Não dissonante, é o ensinamento de Canotilho, que refere

a possibilidade de uma correção ou adaptação da lei por via de interpretação conforme a constituição, se parecem suficientemente sólidos quanto ao direito pós-constitucional, já se mostram mais claudicantes quando a questão se põe relativamente ao direito pré-constitucional. Aqui perderá força a consideração de a lei se presumir de acordo com a constituição. A lei é anterior à constituição e esta pode nortear-se por princípios radicalmente diversos dos que informavam a constituição anterior. (1993, p. 1314).

Ainda, há posição já firmada no Supremo Tribunal Federal²⁶ de que não é possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais anteriores a promulgação da Constituição de 1988, os quais se nominam normas pré-constitucionais, cabendo tal análise a ação de descumprimento de preceito fundamental. (MENDES, 2011, p. 1189).

O procedimento a ser observado na ação direta de inconstitucionalidade é aquele previsto na Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999. Subsidiariamente, aplica-se o regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Referida lei obriga a instrução da ação com duas vias da inicial, cópia da lei ou ato normativo que se pretende impugnar, além do fundamento jurídico da impugnação. (MORAES, 2004. p. 642).

²⁵ A título exemplificativo, o julgamento da Reclamação 337, do Distrito Federal, de relatoria de Paulo Brossard, julgado em 17/08/1994, que assim foi ementado: “RECLAMAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. LEI MUNICIPAL”.

²⁶ ADIN 521- MT, Rel. Min. Paulo Brossard, que assim foi ementada: “CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou e constitucional ou não e lei. Lei inconstitucional e uma contradição em si. A lei e constitucional quando fiel a Constituição; inconstitucional, na medida em que desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade e congênito a lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação a Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIn n. 2-1/600”.

O julgamento será realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme determina o artigo 97, da Constituição Federal²⁷. No entanto, para a apreciação, deve ter o quórum mínimo de oito ministros. Se julgado improcedente o pedido, a lei objeto da ação será declarada constitucional, ficando vedada a possibilidade de ação rescisória desse julgado. Se procedente o pedido, declara-se a lei inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico. (LENZA, 2006, p.141).

Esclareça-se que, em existindo duas ações diretas de inconstitucionalidade impugnando o mesmo dispositivo legal, serão elas julgadas conjuntamente²⁸. Compete, também, ao relator, ante os termos do artigo 543-B, do Código de Processo Civil²⁹, negar seguimento, de forma liminar, ao recurso manifestamente contrário a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (MENDES, 2011, p. 1217).

Procedente ou não o pedido, certo é que, esta ação possui caráter dúplice. Observa-se que se for requerida a declaração de inconstitucionalidade, e a ação não for acolhida, por consequência haverá a declaração de constitucionalidade. Interessante ressaltar que, conforme já decidido no Supremo, inviável, até, ação rescisória em tais casos³⁰, bem como, a irrecorribilidade de tal decisão. Advoga-se que, tal se dá em razão de garantir a segurança jurídica e a economia processual, permitindo o imediato encerramento do processo. (MENDES, 2011, p. 1217).

Porém, declarada inconstitucional a lei ou ato normativo, a decisão terá efeitos retroativos (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*). Desfaz-se a norma desde sua criação e entrada em vigor, juntamente com todas as consequências dela derivadas. Vê-se, desta forma, que o ato é considerado nulo de pleno direito. Destarte, a declaração de inconstitucionalidade: “decreta a total nulidade dos atos emanados pelo Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito”. (MORAES, 2004, p. 647).

²⁷Artigo 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²⁸Não cabe ação rescisória de acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade. Com base nesse entendimento, o Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto contra despacho do relator que negara seguimento a ação rescisória. Precedente citado: AR 878-SP (RTJ 94/49). AR 1.365-BA (AgRg), rel. Min. Moreira Alves, 03.06.96

²⁹Artigo 543-B do Código de Processo Civil: “ Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo”.

³⁰Neste sentido a ação rescisória n. 1.357-8, julgada improcedente, no STF.

No entanto, o artigo 27 da Lei n. 9.868/99³¹, traz situação diversa, em que se admite a, já nominada, modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Vê-se então, que o aludido dispositivo rompe com o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Aqui resta claro que o direito cedeu às razões de governo ou economia, aumentando, ainda mais, o poder do Supremo Tribunal Federal, que pode regular o início dos efeitos da decisão prolatada que pode ser, até, diverso do momento do trânsito em julgado do aresto. (SCHAFER, 2002, p. 91).

Tal medida possui caráter excepcional, já que, os atos estatais possuem presunção *juris tantum* de legitimidade, ou no caso, de constitucionalidade, nos termos dos parágrafos 6º e 8º, do artigo 17 da Lei n. 8.429/92³². E para a admissão da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, a assente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³³ estabeleceu o requisito que “quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes,” a modulação não poderá ser concedida. (MORAES, 2004, p. 647).

Diversa ação é a, nominada, ação declaratória de constitucionalidade, que por seu turno, busca a declaração da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, posta em questão. Certo que toda lei presume-se constitucional, contudo, esta presunção é relativa, admitindo prova em contrário. Pois bem, esta ação busca tornar esta presunção *juris tantum* em presunção absoluta (*juris et juris*). Pretendendo afastar a insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação da lei ou ato normativo federal, surgiu no Brasil por meio da

³¹Artigo 27 da Lei n. 9868/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

³²Artigo 17, § 6º e 8º, da Lei n. 8.429/92: “A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”.

³³Cita-se como exemplo o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (RE-AgR 353508), de relatoria do Ministro Celso de Mello, oriundo do Rio de Janeiro, que assim foi ementado: “IPTU – RECURSO DO MUNICÍPIO QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO – JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO – NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM – RECURSO DO MUNICÍPIO IMPROVIDO – RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO POR CONTRIBUINTES – PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DE MULTA – AUSÊNCIA DE INTUITO PROCRASTINATÓRIO – ATITUDE MALICIOSA QUE NÃO SE PRESUME – INAPLICABILIDADE DO ART. 18 DO CPC – RECURSO DOS CONTRIBUINTES IMPROVIDO” (STF, RE-AgR 353508, julgado em 14/05/2007).

Emenda Constitucional número 03, de 17 de março de 1993³⁴. Atualmente está disposta nos artigos 103, §1º, inciso I, e §4º, e artigo 102, *caput*, inciso I, alínea ‘a’, todos da Constituição Federal (LENZA, 2006, p. 160).

Possuem legitimidade para a propositura desta ação, os mesmos legitimados que a direta de inconstitucionalidade, quais sejam, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou do Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso, confederação ou sindicato em âmbito nacional ou, ainda, o Procurador Geral da República. Note-se que, o último citado possui legitimidade *ad processum*, enquanto os demais necessitam de procurador, pois possuem apenas legitimidade *ad causam*. Criticava muito, a doutrina, nesse aspecto, compreendendo que o rol de legitimados para a propositura da ação, deveria ser, tão quanto, ou mais, extenso que aquele da ação direta de inconstitucionalidade, já que, até a Emenda Constitucional n. 45/2004, o rol de legitimados era bem menor. Atualmente, com a reforma do artigo 103, da Constituição³⁵, não restam mais discussões acerca da matéria. (LENZA, 2006, p. 161).

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade será a lei ou ato normativo federal, sendo competente para ação o Supremo Tribunal Federal, ao que dispõe o artigo 102, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição³⁶. O processamento do feito dá-se de acordo com a Lei 9.868, com exceção da citação do Advogado Geral da União, já que aqui não há texto a ser impugnado. (LENZA, 2006, p. 161).

Há a necessidade, ainda, como na ação direta de inconstitucionalidade, de demonstrar a controvérsia jurídica. Nesse ínterim, a controvérsia não basta ser doutrinária, mas sim “jurisprudencial, devendo por em risco à presunção de Constitucionalidade do ato normativo sob exame (...) permitindo a corte o conhecimento das alegações em favor da

³⁴Alterou os seguintes dispositivos: “Artigo 102 da Constituição Federal [...] a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; Artigo 103 da Constituição Federal [...] § 4.º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

³⁵Artigo 103 da Constituição Federal: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República, II - a Mesa do Senado Federal, III - a Mesa da Câmara dos Deputados, IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal, VI - o Procurador-Geral da República, VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, VIII - partido político com representação no Congresso Nacional, IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

³⁶Artigo 102, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Constitucionalidade e contra ela, e de modo como estão sendo decididas num ou noutro sentido”³⁷. Portanto, por intermédio desta ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento acerca da constitucionalidade do ato normativo posto em cheque. Ausente a controvérsia judicial, o tribunal não conhecerá da ação. (MENDES, 2011, p. 1220).

O procedimento legal é bastante simples, sendo indispensável, após o ajuizamento, a manifestação do Procurador Geral da República, no prazo de quinze dias, conforme artigo 19 da Lei n. 9.868/99³⁸. Há a possibilidade de deferimento de medida cautelar, antes mesmo do parecer, pelo relator, que também poderá requisitar informações aos tribunais superiores, para que assim cumpridas, designar audiência de julgamento, conforma artigo 20, *caput*, da Lei n. 9.868/99³⁹. (MENDES, 2011, p. 1222).

A procedência ou improcedência⁴⁰ das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal produzem eficácia contra todos (*erga omnes*), retroagindo a data da ação (*ex tunc*) além de possuir efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital. Existe a possibilidade de, como na ação direta de inconstitucionalidade, modular-se os efeitos da decisão, no caso, apenas quando é julgada improcedente, já que a procedência da ação apenas confirma a constitucionalidade, que de relativa passa a ser absoluta, não admitindo mais discussões. (MENDES, 2010, p. 1192).

Ainda, como meio de controle de constitucionalidade pela via direta tem-se a ação direta inconstitucionalidade por omissão. Esse instituto foi aqui introduzido como legado do direito português. Lá, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui previsão legal

³⁷ ADC 1, do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Moreira Alves. Publicada no DJ em 16.05.95, sendo assim ementado: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10º e 13º (em parte) da Lei Complementar n. 70, de 30.12.91. COFINS. A delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar. Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar 70. Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos no parágrafo 2º do art. 102 da Constituição Federal, na redação da emenda constitucional n. 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 10, bem como das expressões “a contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei não extingue as atuais fontes de custeio da seguridade social”, contidas no art. 9º, e das expressões “esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia seguinte nos noventa dias posteriores àquela publicação, ...” constantes do artigo 13, todos da Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991”.

³⁸ Artigo 19 da Lei N. 9.868/99: “Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias”.

³⁹ Artigo 20, *caput*, da Lei n. 9.868/99: “Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento”.

⁴⁰ Vê-se que aqui também, como na ação direta de inconstitucionalidade, a ação possui efeito dúplice, pois, se julgada improcedente, declara-se a inconstitucionalidade da lei.

no artigo 283, da Constituição Portuguesa⁴¹. No Brasil, possui sua base constitucional nos artigos 103, § 2º⁴², e 102, *caput*, inciso I, ‘a’, da Constituição Federal⁴³.

Sua origem remonta ao direito alemão, em 1957, quando a corte constitucional admitiu a possibilidade de intentar medida judicial contra omissão parcial do legislador. Lá se discutia os valores fixados a título de pensão previdenciária, concluindo que o legislador foi omissivo em não estabelecer um valor condizente com os parâmetros mínimos necessários a sobrevivência digna do ser humano. (MENDES, 2011, P. 1287).

Esse remédio processual tem o escopo de por fim à inércia dos Estados, para que estes cumpram ao que estavam obrigados, já que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, dá-se ciência ao poder competente, para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (SCHAFER, 2002, p. 99).

Os legitimados para a propositura da ação são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no artigo 103, da Constituição Federal⁴⁴, sendo o procedimento também aquele previsto em lei especial, conforme já delineado anteriormente. No tocante ao objeto, recai sobre a norma, ou a falta dela, pois visa efetivá-la. A inconstitucionalidade decorre da morosidade dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. (MENDES, 1996, p. 1237).

Porém, as hipóteses de ajuizamento desta ação não decorrem, simplesmente de qualquer omissão do Poder Público, mas sim, das que tenham relação às normas constitucionais de eficácia limitada⁴⁵. Admite-se, então, a ação quando a Carta Política obrigar o Poder Público a emitir um comando normativo, e este nada faz, quedando-se inerte.

Assim, no dizer de Canotilho

⁴¹Artigo 28, da Constituição Portuguesa: “A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

⁴²§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

⁴³Ver nota de rodapé 16.

⁴⁴Artigo 103 da Constituição Federal: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República, II - a Mesa do Senado Federal, III - a Mesa da Câmara dos Deputados, IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal, VI - o Procurador-Geral da República, VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, VIII - partido político com representação no Congresso Nacional, IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁴⁵Segundo Bonavides, tais normas “são as que não receberam do constituinte suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas traçadas”. (Bonavides, 2009, p. 363).

a omissão legislativa (amplia-se o conceito também para administrativa) só e autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral do legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas. (1993, p. 353).

Procedimentalmente, tal ação não desdobra maiores complexidades, cabendo, somente destacar alguns pontos relevantes, tais quais, a impossibilidade de desistência da ação, como nas demais ações concentradas, por expressa previsão legal no artigo 12-D, da Lei n. 9.868/99⁴⁶, além da possibilidade da intervenção de terceiros, inclusive com a previsão do *amici curie*⁴⁷. (MENDES, 2011, p. 1303).

Quanto a possibilidade de cautelar, na espécie, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela impossibilidade⁴⁸, já que, com a decisão de mérito, a medida a ser tomada seria a cientificação do órgão omissor. Tal posicionamento encontra respaldo no princípio da separação de poderes, já que não cabe ao Supremo a prerrogativa de expedir provimentos normativos. (MENDES, 2011, p. 1305).

A produção de efeitos está intimamente ligada ao órgão omissor, pois, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade por omissão, dá ciência ao órgão administrativo, para que adote providências necessárias no prazo de 30 dias. Já, se o Poder Legislativo for o órgão responsável, dá-se a ciência da necessidade da tomada de providências. Entretanto, o Legislativo pauta-se pelos critérios da conveniência e oportunidade, portanto, não lhe fixam prazos para o cumprimento. De toda forma, fixa-se

⁴⁶Artigo 12 da Lei 9.868/99: “Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência”.

⁴⁷Ou ainda nominado *amicus curie*, no singular, é a intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. No projeto do novo Código de Processo Civil apareceu como uma figura de intervenção de terceiros.

⁴⁸ Neste sentido, o julgamento da ADI-o, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 24/10/1990, que assim foi ementado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - RESOLUÇÃO N. 16.336/90 - INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO - MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - BANCADA PAULISTA NA CÂMARA FEDERAL - ELEVAÇÃO IMEDIATA PARA 70 DEPUTADOS FEDERAIS - FUNÇÃO DO S.T.F. NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR NEGATIVO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 45, PAR.1.) - REGRA QUE NÃO É AUTO- APLICÁVEL - MORA CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO AUTOMÁTICA DA REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR - SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA [...] - A SUSPENSÃO LIMINAR DE EFICÁCIA DE ATOS NORMATIVOS, QUESTIONADOS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO, NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A NATUREZA E A FINALIDADE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, EIS QUE, NESTA, A ÚNICA CONSEQUÊNCIA POLÍTICO-JURÍDICA POSSÍVEL TRADUZ-SE NA MERA COMUNICAÇÃO FORMAL, AO ÓRGÃO ESTATAL INADIMPLENTE, DE QUE ESTA EM MORA CONSTITUCIONAL”.

judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos e *erga omnes*. (MORAES, 2004, p. 656).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴⁹, por seu turno, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da edição da Emenda Constitucional número 3 de 1993, alterando o artigo 102, §1º da Constituição Federal⁵⁰. No entanto, por se tratar de norma de caráter e eficácia limitada, carecia de lei que lhe atribuísse efetividade. Assim, em 03 de dezembro de 1999, o Congresso Nacional editou a Lei n. 9.882, que veio a complementar o artigo acrescentado pela Emenda Constitucional número 03. (MORAES, 2004, p. 664).

É cabível nos casos em que se pretende evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. No entanto deverá ser demonstrado o nexo de causalidade entre a lesão ao preceito e o ato do Poder Público, sendo que, em ambos denomina-se arguição autônoma. Já, a arguição por divergência, prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.9.882/99⁵¹, prevê a possibilidade de ajuizamento de ação quando haja controvérsia constitucional acerca da lei, devendo ser demonstrada a controvérsia judicial relevante na aplicação da norma violadora do preceito fundamental. (LENZA, 2006, p. 149).

Gilmar Ferreira Mendes, um dos autores intelectuais da lei, refere, acerca das decisões judiciais, que elas: “devem permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias

⁴⁹Não existe conceituação legal do que seja preceito fundamental. A doutrina oriunda do Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou acerca da definição do termo, limitando-se, apenas, a dizer o que não é preceito fundamental, em casos concretos. Neste sentido a ADPF 1-RJ, de relatoria do Min. Neri da Silveira, publicada no DJ em 07/11/2003, que assim foi ementada: “EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial "quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da "separação de poderes", previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto apostado a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de "ato do Poder Público", para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado”.

⁵⁰Artigo 102, §1º da Constituição Federal: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

⁵¹Artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.9.882/99: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo, após longos anos, quando muitas situações já consolidaram-se ao arrepio da interpretação autêntica do Supremo Tribunal Federal”. (2010, p.1245).

Nos termos do artigo 102, §1º⁵², da Constituição Federal, é de competência originária do Supremo Tribunal Federal a apreciação da matéria. No que tange aos legitimados para a propositura da aludida ação, são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, ao que dispõe o artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal. Questão diversa é que aqui, qualquer do povo, ameaçado ou lesado por ato do poder público, poderá solicitar ao Procurador Geral da República a propositura da ação. Já o procedimento, é aquele estabelecido na Lei n. 9.882/99. (LENZA, 2006, p.150-151).

Observe-se que independente do resultado do julgamento, obrigatoriamente deverá ser comunicada a autoridade ou órgão responsável pela prática do ato questionado. Atente-se, também, que o Tribunal não, apenas, declara a (i)legitimidade do ato do Poder Público, mas também fixa, de maneira expressa, as condições e formas de interpretação do preceito fundamental. (MENDES, 2011, p. 301).

Quanto aos efeitos, via de regra serão retroativos e *erga omnes*. Porém, o artigo 11⁵³ da Lei nº 9.882/99, também, admite a possibilidade, de como na ação direta de inconstitucionalidade, de modular os efeitos da decisão, determinando que incida a sua aplicação quando julgar mais conveniente. Justificou-se tal possibilidade, expressamente, no Projeto de Lei n.º 2.960/97, que originou a lei, em liça, a qual afirmava que deveriam contrapor-se os princípios da nulidade da norma inconstitucional com os da segurança jurídica e do interesse social. (MENDES, 2011. p, 305).

Resta dizer, por fim, que como no artigo 26⁵⁴ da Lei 9.868/99, que regula as ações diretas de (in)constitucionalidade, a Lei n. 9.882/99, em seu artigo 12⁵⁵, preveem a impossibilidade de aforamento de quaisquer recursos, bem como a não rescindibilidade da

⁵²Artigo 102, § 1º da Constituição Federal: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

⁵³Artigo 11 da Lei nº 9.882/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁵⁴Artigo 26 da Lei 9.868/99: “decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

⁵⁵Artigo 12 da Lei 9.882/99: “A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória”.

decisão proferida, justificada, doutrinariamente, em razão do princípio da segurança jurídica e economia processual. (MENDES, 2011, p. 420).

Portanto, verifica-se que todas as ações judiciais calcadas sob o modelo concentrado, ou pela via de ação direta, por ocasião da sua decisão, adotam efeitos *erga omnes*, alcançando a todos que estão sob sua jurisdição, e de forma retroativa (*ex tunc*).

1.3 Modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil

Em face da diversidade dos modelos de controle de constitucionalidade, adotados pelo mundo, o sistema jurídico brasileiro preferiu adotar, quanto ao modo repressivo de atuação, o modelo difuso e o concentrado.

Historicamente, a Constituição imperial de 1824, não admitia que o Poder Judiciário realizasse a recusa de aplicação da lei, por inconstitucionalidade. Tal decorria, da ferrenha e desmedida aplicação do princípio da separação dos poderes, entendendo-se que a guarda da Constituição, enquanto norma, somente cabia ao Poder Legislativo. (POLETTI, 1997, p. 71).

O controle de constitucionalidade apenas afigurou-se como possibilidade a partir da proclamação da República, e com o estabelecimento de um Estado Federado, fruto da forte influência norte-americana. No Brasil República adotou-se o presidencialismo, um Legislativo bicameral e criou-se o Supremo Tribunal Federal.

Legislativamente, surgiu a possibilidade, com a edição do Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, que estabeleceu a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal, no caso de veto político. Posteriormente, alargou-se a amplitude da Corte Constitucional, para atuar também nos recursos das decisões de mérito proferidas pela justiça estadual. (SCHÄFER, 2002, p. 78).

O grande salto deu-se, porém, com a Constituição de 1934, a qual estabeleceu que, por maioria absoluta dos votos, o Tribunal de Justiça poderia declarar a inconstitucionalidade da lei, pela via difusa. Outrossim, admitiu a possibilidade de suspensão dos efeitos da lei ao

Congresso Nacional. Tais disposições foram repetidas nas demais Constituições, inclusive na atual⁵⁶. (SCHÄFER, 2002, p, 80).

Pertinente ao controle concentrado, este surgiu com a Emenda Constitucional número 16, de 1965, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para o processo e julgamento de representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Tal emenda foi absorvida pelas Constituições seguintes, inclusive a de 1988. (SCHÄFER, 2002, p. 81). Na Constituição Federal atual, o controle concentrado possui previsão legal no artigo 102⁵⁷, I, 'a'.

Assim, o Brasil adota o controle de constitucionalidade misto, que é a mistura do sistema político com o jurisdicional. O controle político realizado, por sua vez, pelo próprio órgão criador da norma ou por outro *ad hoc*, o qual não detém garantias de independência, caracterizando-se como preventivo e discricionário. Já o controle de constitucionalidade jurisdicional é exercido por órgãos detentores de garantias de independência, como o Poder Judiciário, os quais não participam da criação das leis, agindo por provocação ou *ex lege*, de forma definitiva e com pouca discricionariedade. Nesta senda, explica José Afonso da Silva que

o controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex- União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n.º 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63). O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial *review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. (2012, p. 51).

Com isso, verifica-se a possibilidade de, concomitantemente, atacar a inconstitucionalidade de uma lei, tanto de forma difusa, quanto pela via de ação ou concentrada, já que o sistema adotado é o misto. A grande diferença, pois, reside na diferença

⁵⁶Os dispositivos constitucionais a que se refere o parágrafo são, respectivamente o artigo 97 (Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público), e o artigo 52, X, da Constituição Federal (Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:[...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal).

⁵⁷Artigo 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

de efeitos produzidos, já que na primeira, tem-se o efeito *inter partes* e na segunda, pelo processo ser objetivo, alcança efeito *erga omnes*.

Despiciendo, referir, ainda, a importância do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. Neste, as garantias e direitos fundamentais possuem expressa previsão na Constituição Federal. Assim, se não houvesse um sistema, responsável por extirpar do ordenamento jurídico as normas contrárias a Carta Magna, e conseqüentemente, contrárias aos direitos individuais, a Constituição não passaria de letra legal inerte.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA COLETIVA

Hodiernamente, a mais eficaz e célere prestação jurisdicional faz-se presente com a ação civil pública, que se tornou instrumento da defesa dos direitos coletivos *latu sensu*, em especial daquelas camadas sociais menos agraciadas, que, em grande parte das vezes, sequer busca o Poder Judiciário quando tem um direito lesado.

2.1 Noções e princípios

Com o rápido crescimento de demandas interindividuais, no Brasil, houve a necessidade de criar um mecanismo para tutelar os direitos coletivos. A necessidade de desafogamento do Poder Judiciário, aliada a efetiva e célere prestação jurisdicional fez com que surgisse o processo coletivo, que poderia condensar em apenas um processo, um sem número de demandas intersubjetivas, o que resultou no surgimento da ação civil pública.

O processo de criação desse instrumento aconteceu de forma paulatina. Noticia-se a primeira referência legal na Lei Complementar n. 40, que organizou o Ministério Público dos Estados⁵⁸. No mesmo ano, surgiu a Lei n. 6.938⁵⁹, que na esfera ambiental previu a possibilidade de responsabilização civil e criminal por danos causados ao meio ambiente. Entretanto, o grande avanço ocorreu com a edição da Lei n. 7.347/85, oriunda do projeto Bierrenbach⁶⁰. Dito projeto foi aprovado no Congresso Nacional e, posteriormente, sancionado pelo, então, Presidente da República, José Sarney. Eis a lei da ação civil pública. (SCHÄFER, 2002, p. 31).

⁵⁸ A Lei Complementar n. 40 foi publicada em 14 de dezembro de 1981. Esta foi a lei que não só organizou, mas também instituiu o Ministério Público como função e órgão essencial à Justiça. Impende ressaltar que a referida lei complementar foi recepcionada pela Constituição Federal de 88, tendo ela, inclusive, reproduzido alguns artigos, como por exemplo o artigo 1º, que dispõe: “O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis, e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta Lei Complementar”.

⁵⁹ Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

⁶⁰ Nome em alusão ao Deputado Paulista que foi o autor do projeto, Flávio Bierrenbach. Aliás, este era auxiliado pelos renomados professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

Atualmente, além da disposição da Lei n. 7347/85, a ação civil pública é encontrada na Constituição, no artigo 129, inciso III⁶¹. Isso porque, conforme explicam alguns doutrinadores, o Constituinte quis tornar a ação civil pública uma ação constitucional, ou, um instrumento de garantias e direitos individuais. Neste sentido, refere Renata Benedet:

sob o ponto de vista material, a ação civil pública está intimamente relacionada à Constituição, e não apenas pela não contrariedade com as normas constitucionais, mas também, mais importante, por conferir eficácia e concretização aos direitos assegurados na Constituição. Configura-se a Lei 7.347/85, instrumento indispensável à realização de direitos fundamentais, entre eles: do meio ambiente, do consumidor, da criança e do adolescente, dos idosos, da ordem econômica, da livre concorrência, das pessoas portadoras de deficiência, entre outros. Pela sua indispensabilidade no ordenamento jurídico brasileiro não há de se considerá-la, simplesmente, uma ação com assento constitucional, mas sim, uma ação constitucional típica. Mesmo que, formalmente, não esteja elencada no rol de direitos e garantias fundamentais, é um instrumento processual que garante e realização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. (2002, p. 53).

No ano de 1990, atendendo à disposição constitucional⁶², foi publicada a Lei n. 8.078, popularmente conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Ainda hoje é considerada uma legislação muito avançada, eis que no plano material, conceitua os direitos transindividuais e no plano processual, inova na implantação/modificação de vários institutos, como o da legitimidade e da coisa julgada. (ALMEIDA, 2003, P. 361).

Portanto, a ação civil pública constitui instrumento que visa garantir direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal. É certo, também, que o processo individual não conseguiria alcançar os efeitos produzidos pela ação civil pública, na defesa dos interesses coletivos, até porque, muitos conflitos sequer chegariam ao conhecimento do Poder Judiciário.

Assim, a tutela coletiva encontra suas balizas nos princípios da jurisdição universal, da participação no processo e pelo processo, da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva, e do interesse do melhor julgamento do mérito possível. Não se olvide, no entanto,

⁶¹Artigo 129 da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

⁶²Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

que as garantias processuais constitucionais⁶³ devem ser respeitadas e continuam presentes, embora, em decorrência da peculiaridade da ação coletiva, possam adquirir facetas diversas.

O primeiro princípio que rege o direito processual coletivo é o da jurisdição universal. Aludido postulado está intimamente ligado com o do acesso à justiça⁶⁴, sendo, em verdade, um ampliação dele, na medida em que, busca alcançar o maior número possível de pessoas e de causas. É que o sistema processual tradicional, calcado no Código de Processo Civil, publicado em 1973, é voltado às demandas individuais, sendo, portanto, incapaz de concretizar os direitos difusos e coletivos. (ANDRADE, 2013, p. 41).

Não menos importante, são os princípios da participação no processo e pelo processo. Destaca-se que a eficácia da *res iudicata*, disposta no artigo 472⁶⁵, do Código de Processo Civil, define a imutabilidade da decisão e a impossibilidade de nova discussão, pelas partes. Assim, não se poderia impor tal ônus – da inalterabilidade da decisão – a quem não se oportunizou a participação no processo. Com isso, busca o princípio da participação assegurar que o titular do direito material faça parte da relação processual. (NEVES, 2013, p. 76).

Por sua vez, a participação pelo processo é estritamente afeita ao processo coletivo. Nele, outorga-se o direito de ação a um terceiro legitimado que, em juízo, buscará a reparação dos danos suportados pelos titulares do direito material. Caberá ao último a fiscalização do feito. (ANDRADE, 2013, p. 42).

Acerca do tema, assevera Ada Pellegrini Grinover que

há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado representante adequado. (2007, p. 13).

Quanto maior o número de atingidos pela decisão judicial, maior será a redução das demandas, menor será a duração do tempo de tramitação do processo e melhor será a

⁶³O processo civil brasileiro está preso aos imperativos constitucionais. Desta forma, os princípios processuais constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa, constituem direito fundamental do ser humano. (MARQUES, 2000, p. 95).

⁶⁴Considerado por Capelletti, como “o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (1988, p. 11)

⁶⁵Artigo 472 do Código de Processo Civil: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

qualidade da prestação jurisdicional. Com isso, a ação civil pública, hoje, traz, também, como benefício, a economia processual. Embora se reconheça que a simples propositura de ação coletiva não impeça a propositura de ação individual, em decorrência do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário⁶⁶ o Supremo Tribunal Federal vem firmando jurisprudência⁶⁷ no sentido da suspensão obrigatória do processo individual, enquanto tramita um coletivo, fundamentando as decisões no princípio da economia processual. (NEVES, 2013, p. 90).

Antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, as tutelas que poderiam ser protegidas, por meio da ação civil pública eram restritas, limitando-se ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, definidos no artigo 1º, da Lei n. 7347/85. Com o advento do microsistema consumerista, acresceu-se o inciso IV⁶⁸, ao artigo de lei, antes referido, o que afastou a taxatividade existente, admitindo como objeto destas ações, qualquer interesse difuso ou coletivo. Desta forma, surgiu o princípio da não taxatividade (ANDRADE, 2013, p. 44).

Não raras vezes, o apego exagerado ao formalismo tem constituído em óbice ao encontro do mérito processual, redundando o feito em uma sentença terminativa. Buscando evitar a ferrenha e desmedida aplicação de um exacerbado formalismo surgiu a instrumentalidade⁶⁹ no processo, valorizando a finalidade dos atos. Com o fito de trazer esta teoria para o processo coletivo e dar-lhe, ainda mais, aplicabilidade, nasceu o princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva. Há referência de tal princípio, inclusive, no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em diversos artigos⁷⁰. (ALMEIDA, 2003, p. 571-572).

⁶⁶Direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, assim previsto: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁶⁷STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 821.817, assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL ANTE A EXISTÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA SOBRE O MESMO OBJETO. MATERIA PROCESSUAL ORDINÁRIA. OFENSA INDIRETA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O acórdão recorrido decidiu a questão com base em normas constitucionais, sendo pacífico, na jurisprudência desta Corte, o não cabimento de recurso extraordinário sob a alegação de má interpretação, aplicação ou inobservância destas normas. A afronta a constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o Recurso Extraordinário. Precedentes. [...]”.

⁶⁸Artigo 1º da Lei 7347/85: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

⁶⁹Sobre o tema, esclarece Dinamarco que “o processo deve se apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. (2003, p. 330).

⁷⁰Artigo 50 do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: “Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata”.

Entretanto, a doutrina leciona que não basta, somente, uma sentença de mérito, mas, sim, uma sentença definitiva de qualidade. Aí surge o postulado do interesse do melhor julgamento do mérito possível. Neste sentido, aduz Neves que

na tutela individual o princípio ora analisado leva o juízo a fazer o possível para proferir uma sentença de mérito, e com isso atingir o fim normal do processo ou fase de conhecimento. Pouco importa para atender ao princípio do interesse no julgamento do mérito a sua qualidade, bastando que seja proferida uma sentença de mérito. Na tutela coletiva parece que não basta o julgamento de mérito, mas que este tenha a melhor qualidade possível. (2013, p. 97).

A ação civil pública surgida há quase três décadas, paulatinamente, vem ganhando maior importância no meio social, eis que responsável pela efetivação dos direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente. É responsável, ainda, pela ruptura do processo civil individualista, porquanto adota bases principiológicas diversas das popularmente conhecidas, a fim de garantir maior alcance e efetividade às suas decisões.

2.2 Espécies de direitos tutelados

Os direitos⁷¹ que a ação civil pública busca resguardar são aqueles nominados metaindividuais – ou ainda supraindividuais – que se configuram em coletivos, difusos e individuais homogêneos. A legislação brasileira fez expressa alusão a tais direitos com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, a partir de 1990. Atualmente, a conceituação dos interesses transindividuais encontra-se tipificada no artigo 81, daquele Código⁷².

⁷¹Há divergência doutrinária acerca dos termos ‘interesses’ e ‘direitos’, No entanto, embora não haja um consenso sobre qual deveria ser o termo correto, há unanimidade entre os doutrinadores de que não há maior relevância no campo da prática, na diferenciação entre eles. (SÁ, 2002. P. 24).

⁷²Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

O surgimento dos direitos transindividuais ocorreu com o pós-segunda guerra mundial. A partir deste momento histórico, surgiu uma terceira geração de direitos⁷³, que abrange a preservação do meio ambiente e do consumidor, numa clara preocupação com a manutenção da vida na Terra. (BOBBIO, 1992. p. 65).

Mais precisamente, na década de 1970, Mauro Capelletti desenvolveu uma teoria demonstrando a existência de uma nova categoria de direitos, que se situavam entre o interesse público e o privado. A eles, nomearam-se de interesse metaindividuais ou supraindividuais, eis que referentes a uma comunidade de pessoas. Posteriormente, no Brasil, tais direitos foram delimitadas com a publicação do Código de Defesa do Consumidor. (ALMEIDA, 2003, P. 484).

Primeiramente, os direitos difusos, que são aqueles insertos no artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor⁷⁴. Tem-se que ele é um direito transdindividual, já que seu titular não é um indivíduo, isoladamente considerado, bem como, seu objeto é indivisível. Ainda, entre os envolvidos, inexistente relação jurídica base, estando somente ligados por meras circunstâncias fáticas. (NEVES, 2013. p. 117).

Os principais exemplos de direitos difusos são o direito de respirar ar puro, o direito do consumidor não ser alvo de publicidade enganosa e abusiva, e o direito da comunidade sobre a integridade do patrimônio público em sentido amplo, como o erário, o patrimônio ecológico e cultural. (ALMEIDA, 2003, P. 488).

Assim, as características do interesse difuso podem ser definidas

no plano da subjetividade ativa, a) a transindividualidade real ou essencial e ampla e b) a indeterminação de seus sujeitos; na perspectiva da objetividade, c) a indivisibilidade ampla e d) a indisponibilidade; no campo relacional jurídico, e) o vínculo meramente de fato a unir os sujeitos; no âmbito político, f) ausência de unanimidade social, dado fundamental para aparta-los do interesse público, e g) organização possível, mas sempre subotimal, traço este atribuível a característica fática (dispersão) da argamassa que une os sujeitos titulares; por derradeiro, na esfera da reparação, ressarcibilidade indireta (os sujeitos individualmente não são aquinhoados com o *quantum debeatur*, que vai para o fundo. (BENJAMIN, 2002, p. 92).

⁷³ Acerca deles, refere Bobbio que: “Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. (2004, p. 09).

⁷⁴ Artigo 81, inciso I do Código de Defesa do Consumidor: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Já os direitos coletivos estão dispostos no artigo 81, inciso II⁷⁵, do Código de Defesa do Consumidor, que os define como os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. São transindividuais porque se manifestam em razão da própria coletividade, sendo ainda indivisíveis. (SCHÄFER, 2002. p 39).

Assim, existe uma relação jurídica base, que é anterior a própria lesão ou ameaça de lesão, e não dela nascida, o que trará como corolário a indivisibilidade do objeto, assemelhando-se, portanto, ao menos neste aspecto –indivisibilidade do objeto–, com o direito difuso. Difere dele porquanto, no direito coletivo há a determinabilidade dos sujeitos detentores do direito, o que incoorre no difuso. (GRINOVER, 2007, p. 824).

Explica tais direitos, Antonio Hermam V. Benjamin sustentando que

tem eles o seguinte perfil: a) transindividualidade real ou essencial restrita (limitada que está ao grupo, categoria ou classe de pessoas); b) determinabilidade de sujeitos; c) divisibilidade externa e indivisibilidade interna (possibilidade de apartar aquilo que pertence aos membros do grupo, categoria ou classe e o que é domínio de sujeitos alheios; impossível tal exercício no contexto interior dos próprios sujeitos agregados); d) disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual (ou seja, a associação pode, em princípio, dispor dos interesses e direitos decorrentes do associativismo, enquanto que tal possibilidade é negada aos membros do grupo); e) relação jurídica base a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização ótima-viável; h) reparabilidade indireta. (2002, p. 95-96).

São exemplos típicos de interesses coletivos o direito dos alunos de determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso, a boa qualidade no fornecimento do serviço público, a concessão de benefício a determinada classe ou entidade sindical. (ALMEIDA, 2003, p. 490).

Por fim, os direitos individuais homogêneos, previstos no inciso III, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor. Também são nominados pela doutrina de direitos acidentalmente coletivos *latu sensu*. Impende salientar que estes direitos são apenas meta-individuais para fins de ingresso de tutela coletiva, e não na sua essência. Dito de outro modo, cada titular do direito, se assim o quisesse, poderia ingressar em juízo, demandando quem lhe

⁷⁵ Artigo 82, inciso II do Código de Defesa do Consumidor: “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

tenha causado prejuízo. No entanto, até por economia processual, entende-se mais adequado a via do processo coletivo. (BENJAMIM, 2002. p. 87).

Observa-se que os direitos individuais homogêneos⁷⁶, diferentemente dos coletivos *strictu sensu*, não possuem vínculo organizacional ligando os indivíduos determináveis, ou, ainda, um liame jurídico envolvendo os lesados. Contudo, apresentam característica do coletivo, pela possibilidade de determinar os sujeitos envolvidos. (SOUZA, 2009, p. 188).

Explicitando, as palavras de Antonio Herman V. Benjamin:

os interesses e direitos individuais homogêneos assim se caracterizam: a) transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental (ou pragmática); b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade (os benefícios aceitam fruição individual); d) disponibilidade (quando a lei não determina o contrário); e) núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização ótima, viável e recomendável; e h) reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados (permitindo-se, excepcionalmente, a *fluy recovery*). (2002, p. 112-115).

Como visto, para a identificação dos direitos tutelados, necessária a verificação de suas características, que em suma, podem ser deduzidas como, a determinabilidade dos sujeitos atingidos, a divisibilidade e a disponibilidade da pretensão subjetiva e o possível vínculo entre eles. Os difusos possuem objeto indivisível e sujeitos indeterminados, decorrência de uma situação de fato. Os coletivos, também, objeto indivisível e sujeitos determinados por uma relação jurídica base. Já os individuais homogêneos possuem objeto indivisível e sujeitos determinados por uma situação de origem de dano comum.

2.3 Legitimidade: o Ministério Público como a(u)tor principal

Nos termos do artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor⁷⁷ e, também, do artigo 5º, da Lei da ação civil pública⁷⁸, possuem legitimidade concorrente para propositura da ação

⁷⁶ Como exemplo cita-se a queda de um avião que vitimou diversas pessoas ou a aquisição de determinado veículo, por várias pessoas, que possua defeito de fabricação. (GRINOVER, 2007, P. 825).

⁷⁷ Artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à

civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as associações cíveis, bem como os órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica.

A moderna processualística civil entende como legitimado, via de regra, o detentor titular do direito material violado, devendo ser ele, a figurar no polo ativo da demanda. É o que se denomina de legitimação ordinária⁷⁹. Já, excepcionalmente, o próprio Código de Processo Civil, a teor do artigo 6º⁸⁰, admite casos em que, o autor da ação não seja titular do direito material. Um desses casos é o da ação civil pública. (CARVALHO, 1999, p. 98).

Em que pese algumas parcas divergências doutrinárias⁸¹, esta é a posição mais aceita, de que o autor da ação civil pública é substituto processual. Encabeçando tal corrente doutrinária, o ensinamento de Hugo Nigro Mazzili: “a predominância do fenômeno da legitimação extraordinária ou da substituição processual, pois esse fenômeno processual só não ocorreria se o titular da pretensão processual estivesse agindo apenas no interesse material dele próprio, por ele mesmo invocado”. (2002, p. 55)

O Ministério Público é, por excelência, o titular da ação civil pública mais lembrado. Embora não haja números concretos, é certo que a grande maioria das ações coletivas são propostas por membros do *parquet*. Dá-se isso, frente a desorganização social, ainda vivenciada no Brasil, no que tange a defesa dos interesses meta individuais, aliada a falta de estrutura da Defensoria Pública, único órgão que poderia igualar-se ao Ministério Público. (SÁ, 2002. p. 43).

Também, neste sentido:

é praticamente unânime a opinião doutrinária de que o Ministério Público é o legitimado mais atuante, responsável pela propositura da maioria das ações

defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

⁷⁸Artigo 5º da Lei da Ação civil pública: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

⁷⁹Que nos dizeres de Humberto Theodoro Junior “é a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide”. (2005, p. 57).

⁸⁰Artigo 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

⁸¹Carlos Alberto Salles defende tratar-se de legitimação extraordinária, atuando o Ministério Público, em tais casos, como figura anômala. (1999, p. 149).

coletivas. Essa é uma constatação empírica, e as razões de ser dessa realidade dividem a comunidade jurídica, por vezes em posições radicalmente antagônicas. (NEVES, 2013, p. 160) .

A legitimidade de tal ente possui previsão legal no artigo 5º, I, da Lei 7.347/85⁸², no artigo 82, I, da Lei 8.078/1990⁸³ e artigo 129, III, da Constituição Federal⁸⁴.

Contudo, insta consignar que, em face de haver previsão legal expressa apenas de direitos ‘difusos e coletivos’, ocorrem duras críticas, por isolados doutrinadores⁸⁵, acerca da ilegitimidade do Ministério Público, na propositura de ações civis públicas que tenham como objeto a defesa de interesses individuais, isso porque:

a) a Constituição Federal, na parte reservada ao Ministério Público, fala em interesses difusos e coletivos, não se referindo, ao menos, nomeadamente, a individuais homogêneos, b) que o texto constitucional, quando legitima o Ministério Público, à defesa dos interesse individuais, acrescenta o qualitativo indisponíveis, c) que a isolada circunstância do número porventura expressivo de sujeitos abrangidos num dado interesse individual homogêneo, não seria motivo suficiente para imprimir a nota de relevância social à espécie, de onde pudesse exsurgir a legitimação do *parquet*. (MANCUSO, 2002, p .55).

No entanto, os demais doutrinadores⁸⁶, bem como a assente doutrina, entendem pela legitimidade do Ministério Público, ainda que se trate de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, fundando-se, para tanto, na relevância social, que pode ser, tanto, do bem jurídico tutelado, quando da própria tutela coletiva. (GRINOVER, 2001. p .757).

Desse modo, indubitável que o Ministério Público é o grande a(u)tor quando se fala em ação civil pública, em face do alargamento das suas funções institucionais, com a Constituição Federal de 1988. Assim embora juridicamente se admita outros legitimados, estes não têm a estrutura física e pessoal necessária e adequada para intentar demandas coletivas, seja para a defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Como o processo coletivo difere, e muito, do processo civil tradicional, necessário que se perquiria o foro competente para o julgamento de uma ação civil pública. A questão

⁸²Artigo 5º, I, da Lei 7.347/85: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público”.

⁸³Artigo 82 da Lei 8.078/1990: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público, [...]”.

⁸⁴Artigo 129 da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

⁸⁵ Como, por exemplo, Carlos Alberto Salles (1999. p. 51).

⁸⁶ Dentre eles, Nelson Nery Junior (1992, p. 785).

ganha ainda mais relevância quando, por exemplo, tem-se um dano ocorrido no âmbito de duas Comarcas distintas ou, ainda, em dois entes da federação.

O direito ao juízo natural – ou juízo competente – constitui direito fundamental, previsto no artigo 5º, LIII, da Constituição Federal⁸⁷. É consabido que, todo juiz possui jurisdição⁸⁸, no entanto, nem todo possui competência. Neste sentido

a competência é uma medida da jurisdição. Todos os juízes têm jurisdição; mas nem todos têm competência para conhecer de um determinado assunto. Um juiz competente é, ao mesmo tempo, juiz com jurisdição; mas um juiz incompetente é um juiz com jurisdição e sem competência. A competência é um fragmento de jurisdição atribuído ao juiz. (COUTURE, 2005. p. 24-25).

As ações coletivas, por sua própria natureza, são afeitas ao primeiro grau de jurisdição. Isso porque, os pedidos nela veiculados buscam evitar a prática de ato ilícito⁸⁹, a anular o ato espúrio já praticado e/ou o ressarcimentos dos danos causados⁹⁰. Pouco importa, ainda, se no polo passivo encontram-se agentes públicos ou autoridades políticas detentoras de foro privilegiado na seara penal, que da mesma forma, não será modificada a competência. (NEVES, 2013, p. 132).

Neste aspecto, inclusive, já houve manifestação do Supremo Tribunal Federal⁹¹, declarando-se incompetente para o julgamento de uma ação civil pública que ostentava no polo passivo o Presidente da República (NEVES, 2013. p. 132). A decisão foi justificada, dentre outros fundamentos, que “não se pode olvidar as dificuldades inerentes à instrução de uma ação civil pública perante o Supremo Tribunal Federal, ainda mais com a feição que o mesmo possui, de Corte Constitucional”. (DANTAS, 2010. p. 18).

⁸⁷Art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIII- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

⁸⁸ “É a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”. (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 34).

⁸⁹ Artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁹⁰ Como por exemplo a anulação de um certame licitatório, por ofensa aos princípios da administração pública e a condenação, em pecúnia ao agente causador de um dano ambiental.

⁹¹O STF, julgando o recurso 3.087, AgRg/DF, assim decidiu: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, IMPUGNANDO ATO DE NOMEAÇÃO DE MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. LEI Nº 7.347 /85. INCOMPETÊNCIA, EM SEDE ORIGINÁRIA, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Nos termos do art. 102 e incisos da Magna Carta, não detém esta Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações movidas contra o Presidente da República, exceto quando se tratar de feitos criminais e de mandados de segurança. Agravo desprovido. (BRASIL, STF, 2004).

Quando houver interesse efetivo da União, em termos de competência, será ela deslocada para a Justiça Federal, nos termos do artigo. 109, I, da Constituição Federal⁹². Por certo, as demais causas, frente a característica de residualidade da justiça estadual, nela serão processadas, (DANTAS, 2010, p. 21) é claro, desde que a matéria não seja afeta à Justiça Especializada do Trabalho⁹³. (NEVES, 2013, p. 137).

A matéria de competência também foi alvo da legislação infraconstitucional. O artigo 2º, da Lei 7.347/85⁹⁴ estabelece que o foro competente para o processamento da ação civil pública é o do local onde ocorreu o dano. Em caso de medida cautelar, ou de adoção de pleito antecipatório, em processo principal, deve-se usar a mesma regra, ou seja, onde o dano irá ocorrer. (DANTAS, 2010, p. 49).

No entanto, há forte embate doutrinário acerca do quanto estabelecido pela Lei. Quem argumenta favoravelmente à legislação fundamenta que

a competência é territorial funcional, ou seja, absoluta e improrrogável. É o que consta expressamente do art. 2º da Lei 7.347/85, e se deve ao fato de que o juiz do local do dano se encontra em melhores condições para julgar a lide. Além disso, o próprio Ministério Público que atua na comarca onde ocorreu ou deva ocorrer o dano dispõe de mais elementos para a propositura da ação coletiva. (PIZZOL, 2004, p. 572-573).

Em sentido contrário, sustentam que “juridicamente, há um erro grosseiro na formulação legal, pois, de fato, o legislador misturou e confundiu os institutos da competência (territorial⁹⁵) e da competência funcional⁹⁶, que, repita-se, não têm qualquer relação entre si, pois cuidam de coisas distintas”. (ANTUNES, 2005. p. 39).

Perdura, ainda, esclarecer a competência para julgamento de um dano que extrapola os limites territoriais de uma Comarca ou mesmo de um Estado da Federação. Em tese, a legislação sana tal dúvida, conforme se infere do artigo 93, II, do Código de Defesa do

⁹²Artigo 109 da Constituição Federal: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

⁹³Por óbvio, impossível a existência de demanda coletiva na Justiça Criminal, em face de seu caráter penal ou na Justiça Eleitoral, por vedação do artigo 105-A, do Código Eleitoral.

⁹⁴Artigo 2º da Lei 7.347/85: “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

⁹⁵É aquela referente a circunscrição geográfica, definindo o critério de foro.

⁹⁶Aquela responsável por definir a competência originária dos Tribunais, que é dada em razão da função ou hierarquia.

Consumidor⁹⁷, estabelecendo a competência, em tais casos, para o foro da Capital ou do Distrito Federal, embora tal posição seja duramente criticada por parcela da doutrina⁹⁸. (DANTAS, 2010, p. 52).

Portanto, diferentemente das ações individuais, que tem sua competência jurisdicional definida nos artigos 94 a 111 do Código de Processo Civil, as ações coletivas – aqui representadas na forma da ação civil pública – têm sua competência territorial estabelecida em outros estatutos legais, eis que regidas por critérios totalmente diversos, em que passa a ser necessário suplantar o caráter individualista previsto no Código de Processo Civil.

Com relação ao objeto da ação civil pública, a doutrina costuma classificar em imediato e mediato, representando, respectivamente, o tipo de prestação jurisdicional pretendida e o próprio bem da vida a ser tutelado. (SÁ, 2002, p. 103). Dessa forma, “o objeto, nas ações civis é exteriorizado através do pedido, que permite múltiplas formulações: simples, cumulado, sucessivo, eventual ou alternativo”. (MANCUSO, 2002, p. 28).

A defesa do objeto imediato encontra respaldo no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor⁹⁹, admitindo-se, portanto, todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela, podendo sê-lo, como exemplo, as ações condenatórias, cautelares, executivas em sentido *lato* e mandamentais. (ZAVASCKI, 2007, p. 72-74).

Tal é a amplitude, pois, sempre que possível, deve-se dar preferência, a tutela específica da obrigação, ou seja, o retorno ao *status quo ante* a lesão do bem. Neste sentido, leciona Mancuso

a imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque na maioria dos casos o interesse público é de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano, do que receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como no envenenamento de um manancial com a mortandade da fauna aquática. (2002, p. 30).

⁹⁷ Artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor: “Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça 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”.

⁹⁸ Sustenta Patrícia Pizzol (2004, p. 578) que haveria concorrência de foros entre o do local do dano com o da capital do Estado.

⁹⁹ Artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Além da doutrina, a interpretação sistemática da lei, também, dá tal norte, pois, de acordo com o artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁰, somente é admitida a conversão da obrigação em perdas e danos, em hipótese última. Para sua efetivação, o juiz poderá, ainda que *ex officio* determinar ao demandado o cumprimento da obrigação sob pena de fixação de multa diária¹⁰¹, ao teor do que diz o artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública¹⁰². (ZAVASCKI, 2007, p. 100).

Por seu turno, o objeto mediato é deveras amplo, não se limitando a *numerus clausus*. Os exemplos mais recorrentes são a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, da ordem econômica, patrimônio público, social, populações indígenas, portadores de deficiências, crianças e adolescentes, idosos, dentre outros. Vê-se que qualquer interesse transindividual pode ser tutelado pela ação civil pública. (ZAVASCKI, 2007, p 100).

Só há uma ressalva em todo o ordenamento jurídico brasileiro, acerca da impossibilidade de ajuizamento de aludida ação, ainda que estejam em jogo interesses metaindividuais. Isso se dá quando o objeto da ação contraria interesse do governo. É o que se extrai do teor da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001, que alterou o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, que passou a vigorar com a seguinte redação “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS- ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. (MAZZILI, 2002, p. 120).

Embora muitos doutrinadores entendam por inconstitucional tal medida provisória, até o momento não se tem notícia de tramitação de qualquer ação que busque a declaração da inconstitucionalidade.

Observa-se, com isso, que o Ministério Público, além de possuir legitimidade para o ajuizamento das ações civis públicas, é o ente mais lembrado como autor das tutelas coletivas, em especial da ação civil pública. Esta inegavelmente responsável pela ruptura com o

¹⁰⁰ Artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor: “ Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

¹⁰¹ Também conhecida como astreintes, que servem para coibir o adiamento indefinido do cumprimento de obrigação imposta pelo Poder Judiciário.

¹⁰² Artigo 11 da Lei da Ação civil pública: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

processo individualista, responsável pela modificação de vários institutos, tais como o da competência e da coisa julgada.

2.4 Sentença e coisa julgada: seus efeitos e modalidades na ação civil pública

A coisa julgada representa uma garantia individual prevista no artigo 5º, inciso XXXVI¹⁰³, da Constituição Federal, revestindo-se da condição de cláusula pétrea. Assim, para garantir a segurança jurídica das relações e conferir-lhes estabilidade foi criado o instituto da coisa julgada, que tem o condão de tornar definitivos e imutáveis os efeitos de uma decisão judicial, ou seja, de uma sentença.

A sentença é o ato judicial que culmina em alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269, ambos do Código de Processo Civil¹⁰⁴. Mesmo no processo coletivo, tal sentença pode dispor dos mais variados provimentos, quais sejam: condenatório¹⁰⁵, constitutivo¹⁰⁶ e declaratório¹⁰⁷, embora, admita-se, seja o primeiro o mais comum. (ANDRADE, 2013, p. 220).

Da mesma forma como ocorre no processo individual, não há violação ao princípio da correlação – congruência entre pedido e sentença - se numa demanda coletiva, que possui como provimento a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, esta, não sendo espontaneamente cumprida, haja determinação judicial que busque assegurar o resultado prático equivalente, ao que dispõe o artigo 461, *caput*, do Código de Processo Civil¹⁰⁸. (ANDRADE, 2013, p. 220).

¹⁰³ Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁰⁴ Artigo 267 do Código de Processo Civil: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito [...]”. Artigo 269 do Código de Processo Civil: “Haverá resolução do mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor, II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido, III – quando as partes transigirem, IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou prescrição, V – quando o autor renunciar ao direito que se funda a ação”.

¹⁰⁵ É a sentença que certifica a existência do direito da parte vencedora, constituindo um título executivo. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 475).

¹⁰⁶ É sentença responsável por criar, modificar ou extinguir um estado ou relação jurídica. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 476).

¹⁰⁷ É o provimento jurisdicional responsável por declarar a certeza da existência ou inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 475).

¹⁰⁸ Artigo 461 do Código de Processo Civil: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Contudo, diversamente do que ocorre no processo tradicional, quando na ação civil pública houver pedido de indenização – ou seja, uma obrigação de dar – e esse for acolhido, tal montante pecuniário devido, até por razões óbvias, não será revertido em favor do autor da ação. Assim, quando o interesse a ser protegido for difuso ou coletivo, o valor da indenização deverá ser depositado em um fundo especial, destinado à reconstrução dos bens lesados, ao que dispõe o artigo 13 da Lei n. 7.347/85¹⁰⁹. Quando o direito for individual homogêneo, a sentença será condenatória genérica, nos termos do artigo 95, do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁰, devendo ser apurado, individualmente, o valor devido em liquidação de sentença. (CARVALHO, 1999, p. 61).

A coisa julgada possui seu fundamento jurídico e social na necessidade de não se permitir a eternização dos litígios. Com isso, sempre que um conflito de interesses for posto a apreciação do Judiciário, sendo ele solvido, não mais poderá ser discutido. A coisa julgada divide-se em formal e material. A primeira indica a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado e a imutabilidade de tal decisão dentro do processo. (CARVALHO, 1999, p. 378). A segunda, por sua vez, além das mesmas qualidades da primeira, “se caracteriza pela circunstância de impedir-se o reexame do litígio em qualquer juiz ou tribunal, ultrapassando os limites do processo e fixando a interpretação jurídica definitiva”. (MARQUES, 2003, p. 233).

Muito embora a nomenclatura dada pela legislação à coisa julgada seja de efeito, conforme o artigo 467 do Código de Processo Civil¹¹¹, a moderna processualística, aqui encabeçada por Liebman, tem entendido a coisa julgada como uma das qualidades da sentença, tendo o autor, assim a definido: “ a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença como postula a doutrina unânime, mas sim, modo de manifestar-se e produzir-se os efeitos da própria sentença, algo que a esse efeito se junta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”. (apud, MANCUSO, 2002, p. 289).

O limite subjetivo alcançado pela coisa julgada material da decisão é que as partes envolvidas do feito não poderão mais discuti-lo, sequer em outro processo. Os efeitos são

¹⁰⁹Artigo 13 da Lei n. 7.347/85: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados”.

¹¹⁰Artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

¹¹¹Artigo 467 do Código de Processo Civil: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

inter partes alcançando tão somente autor e réu da ação¹¹². Essa é a regra absoluta para a ação de cunho individual, que possui previsão legal no artigo 472 do Código de Processo Civil¹¹³. (SCHÄFER, 2002, p. 54-55).

Contudo, há situações especiais em que tal princípio deve ser relativizado para que terceiros possam aproveitar-se da situação jurídica existente. Ressalte-se que tais situações representam exceções ao princípio geral da coisa julgada e só ocorrem por expressa previsão legal. Tal possibilidade criou o que se denomina de princípio da extensibilidade da coisa julgada, visto processualmente, por exemplo, no caso da sucessão processual, em que a coisa julgada se estende aos sucessores da parte e no da legitimação extraordinária, no caso de substituição processual, em que a *res iudicata* é oposta, também, ao substituído. (PIMENTEL, 1979, p. 580).

Também não constituirá coisa julgada a questão prejudicial, conforme artigo 469, do Código de Processo Civil¹¹⁴. No entanto, a própria legislação¹¹⁵ admite a possibilidade da *res iudicata* quando a questão incidental constituir pressuposto necessário ao julgamento da lide, como é o caso do controle de constitucionalidade. (SCHÄFER, 2002, p. 56).

Por outro lado, o surgimento de demandas coletivas fez que se rompesse essa dogmática individualista do processo civil e, conseqüente, da coisa julgada, fazendo com que a decisão extravase para além das partes que postularam em juízo. O precedente legislativo responsável por essa transmutação processual encontra-se no artigo 18 da Lei n. 4.717/65¹¹⁶, a Lei da Ação Popular. As legislações posteriores que trataram do tema – processo coletivo – ratificaram e ampliaram a existência dos efeitos da *res iudicata*, como se percebe da leitura do

¹¹²Deve ser entendido como autor e réu, para fins de compreensão deste tema, todos os que participarem do feito como intervenientes.

¹¹³Artigo 472 do Código de Processo Civil: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

¹¹⁴Artigo 469 do Código de Processo Civil: “Não fazem coisa julgada: III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

¹¹⁵Artigo 470 do Código de Processo Civil: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5o e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

¹¹⁶Artigo 18 da Lei 4.717/65: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

artigo 16 da Lei n. 7.347/85¹¹⁷, Lei da Ação Civil Pública e do artigo 103 da Lei n. 8.078/90¹¹⁸, o Código de Defesa de Consumidor. (CARVALHO, 1999, p. 382).

Há de se registrar, também, que existe diferença na coisa julgada quando se trata de interesses difusos e coletivos e quando for individual homogêneo, embora em ambos deve-se considerar, para análise da coisa julgada, o fundamento da decisão. No primeiro caso, difusos e coletivos, quando procedente o pedido, a sentença prevalece em definitivo, adquirindo a qualidade da coisa julgada material. Quando o pleito for julgado improcedente por insuficiência probatória, a sentença se revestirá, tão somente, de coisa julgada formal, podendo qualquer legitimado intentar nova demanda, com o mesmo fundamento. Por fim, nos demais casos de improcedência os efeitos serão *erga omnes* em relação aos legitimados e beneficiários, ficando vedada a propositura de nova demanda coletiva. Todavia, admite-se a propositura de ação individual. (SCHÄFER, 2002, p. 58).

Então, quando se trata da defesa de interesses difusos em juízo encontra-se fundamento jurídico no artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que a coisa julgada terá efeito *erga omnes*. Justifica-se por ser tratar de direitos difusos, e não poder determinar os sujeitos detentores do direito, pois a solução encontrada na sentença beneficiou a todos. (LENZA, 2003, p. 228).

Dessa forma, mesmo que a sentença seja julgada improcedente, por outro motivo que não a ausência de provas, pode o interessado propor nova demanda, de maneira individual. É a inteligência do artigo 103, § 1º do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁹, já que a sentença de improcedência não pode prejudicar o lesado, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário¹²⁰. A esse efeito denomina-se *res iudicata secundum eventum probationis*. (CARVALHO, 1999, p. 385).

Se os direitos em questão forem os coletivos *strictu sensu* a sentença de procedência fará coisa julgada *ultra partes*, contudo, limitando-se ao grupo, categoria ou classe lesado, ao

¹¹⁷Artigo 16 da Lei n. 7.347/85: “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”.

¹¹⁸Artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81”.

¹¹⁹Artigo 103 da Lei 8.078/90: “§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

¹²⁰Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

que dispõe o artigo 103, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor¹²¹. Ainda, se for improcedente a ação civil por falta de provas, ou qualquer outro motivo, não constitui óbice para o ajuizamento de ação individual. (NEVES, 2013, p. 316).

Em suma, percebe-se que a coisa julgada, nas ações coletivas apresentam o seguinte limite subjetivo:

sentença de procedência: nesse caso, haverá coisa julgada material (erga omnes, no caso de direitos difusos; ultra partes, no caso de direitos coletivos). Isso implica que a matéria decidida na sentença não poderá ser rediscutida, pelo réu, contra qualquer colegitimado, ainda que ele não tenha feito parte do processo. Desse modo, qualquer dos colegitimados poderá executar o título judicial. Trata-se de verdadeira coisa julgada material. Sentença de improcedência por insuficiência de provas: se a sentença for de improcedência por não terem sido produzidas todas as provas necessárias a um juízo de certeza, não haverá coisa julgada material. Qualquer legitimado – inclusive o que ajuizara a ação malograda – poderá propor outra, com o mesmo objeto litigioso (fundamento + pedido), valendo-se de nova prova. Para Grinover, a possibilidade de propositura de uma nova ação no caso de improcedência por debilidade probatória pode ser traduzida como excepcional hipótese – no direito moderno – de non liquet, ou seja, “uma autorização legal ao juiz no sentido de não julgar a causa em face da insuficiência de provas produzidas pelo autor coletivo”. Sentença de improcedência por pretensão infundada: se, em um processo no qual foram produzidas todas as provas necessárias à análise do mérito, a sentença for de improcedência (pretensão infundada), haverá coisa julgada material (erga omnes ou ultra partes, conforme se trate de direito difuso ou coletivo). A implicação prática é que, nessa hipótese, nenhum legitimado – ainda que não tenha participado do processo – poderá propor outra ação civil pública com o mesmo objeto litigioso. (ANDRADE, 2013, p 227).

No que tange a coisa julgada decorrente de interesses individuais homogêneos, tem-se que distinta dos demais interesses individuais. Em caso de procedência da ação, a coisa julgada será *erga omnes*, além de *in utilibus*¹²², podendo a vítima e seus sucessores, de forma individual, proceder a liquidação e execução da sentença. Já, se for julgado improcedente o pedido, os terceiros que não atuaram no processo, mas titulares de pretensões indenizatórias, são imunes a coisa julgada, podendo ajuizar ação própria. (SCHÄFER, 2002, p. 61).

Então, a *contrario sensu*, “extrai-se que o juízo de improcedência atinge, com força vinculante, os que tiverem aderido ao processo coletivo, em atendimento ao edital previsto no

¹²¹ Artigo 103 da Lei 8.078/90: Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada [...] II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

¹²² É a possibilidade de utilizar a coisa julgada do processo coletivo favorável no processo individual, desde que se comprove a identidade fática da situação. (ZAVASZCKI, 2007, p. 194).

art. 94 do aludido diploma legal¹²³”. Destarte, os efeitos da coisa julgada não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias a contar da ciência de ajuizamento de ação coletiva. (ZAVASZCKI, 2007, p. 193-194).

Em tais casos – interesses individuais homogêneos -, a coisa julgada ganha a nomenclatura de *secundum eventum litis*. Isso porque, diferentemente do processo civil individual, aqui, nem toda sentença de mérito fará coisa julgada material. Pelo contrário, neste caso, a existência de *res iudicata* dependerá do resultado concreto da sentença. Assim sendo, em caso de improcedência do pedido na demanda coletiva, inexistirá óbice ao ajuizamento de ação individual. A única sentença vinculativa é a de procedência. (NEVES, 2013, p. 322).

Sintetiza-se que os limites subjetivos, nas ações que discutem interesses individuais homogêneos são fixados:

No caso de procedência, haverá coisa julgada material erga omnes. Isso significa, a exemplo do que se dá em relação às ações em prol de interesses difusos e coletivos, que a matéria decidida na sentença não poderá ser rediscutida, pelo réu, contra qualquer dos colegitimados, ainda contra aqueles que não tenham feito parte do processo. Ademais, como a matéria discutida nos autos eram os direitos individuais homogêneos, o conceito erga omnes aqui abrange todos os titulares desses direitos, que também serão atingidos favoravelmente pela coisa julgada. Conforme veremos mais adiante, eles apenas necessitarão provar, na liquidação da sentença, que estão na situação fática nela reconhecida, e qual o montante de seu prejuízo, para, posteriormente, executá-la. No caso de improcedência, seja qual for o fundamento, haverá coisa julgada, mas ela não será erga omnes. De fato, a coisa julgada impedirá a propositura de uma nova ação civil pública (defesa molecularizada) com o mesmo objeto litigioso, mas não obstará a que os interesses individuais homogêneos que ela visava a defender sejam tutelados fragmentadamente, por meio de ações individuais propostas por cada lesado (defesa atomizada), ou que as ações individuais já ajuizadas tenham prosseguimento. Mas atenção: se o lesado valeu-se da faculdade do art. 94 do CDC, e interveio na ação civil pública como litisconsorte (assistente litisconsorcial), será, nos termos do § 2.º do art. 103 do mesmo estatuto, prejudicado pela coisa julgada (mesmo porque foi parte no processo coletivo), e estará impedido de propor ação indenizatória individual. (ANDRADE, 2013, p. 228).

Então, observa-se que por mais restrito que seja o direito tutelado, como é o caso do individual homogêneo, ou ainda, do coletivo *strictu sensu*, que atinge uma coletividade determinada, a *res iudicata*, em caso de procedência, produzirá efeitos *erga omnes secundum eventum litis* diferindo, portanto, de temática processual individualista, em que a coisa julgada

¹²³Artigo 94 da Lei 8.078/1990: “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

possui efeito *inter partes*. A par disso, vê-se que a coisa julgada, no processo coletivo, somente atingirá os ausentes do processo quando os beneficiar.

Em verdade, não só a coisa julgada, mas todo o procedimento da ação civil pública, seus institutos, princípios do processo coletivo, seu objeto e os direitos tutelados são diversos da ação individual. Graças ao processo coletivo, o Judiciário, ainda, pode vislumbrar um meio de desagofamento, podendo oferecer uma prestação jurisdicional una a vários conflitos de massa.

Só que a complexidade dos conflitos postos em questão, decorrência do avanço social, aumentam, paulatinamente, com o decurso do tempo. Assim, começam a surgir, inclusive na ação civil pública – instrumento de realização e efetivação de direitos -, divergências jurídicas. Uma delas, dizendo pela (im)possibilidade de realização do controle incidental de constitucionalidade.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Através do controle de constitucionalidade busca-se expungir do ordenamento jurídico uma norma incompatível com a Constituição. Isso se faz necessário frente a necessidade de garantir a supremacia constitucional.

Da mesma forma, ação civil pública, como processo coletivo que é, tornou-se instrumento indispensável para a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente. Inimaginável um meio jurídico sem ela. O problema reside no fato, então, de quando se deve contrapor o controle de constitucionalidade com a ação civil pública.

Desse modo, a celeuma sempre existiu acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade na ação civil pública desde a edição da lei que a criou. Tal dúvida, com o decurso do tempo, não diminuiu. Pelo contrário, apenas fez com que surgissem mais, e bem fundamentadas, teses acerca da possibilidade ou não da realização de dito procedimento.

3.1 A necessidade do controle difuso de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito

Hodiernamente, os Estados Democráticos de Direito possuem em suas Constituições a salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão. Nelas se previu as garantias – materiais e processuais – inerentes a qualquer ser humano. Entretanto, a fim de que as disposições constitucionais não passem de letra inerte, de fundamental importância, neste cenário, é o papel do juiz, como protagonista, afastando as incongruências legislativas das normas infraconstitucionais, em nome da supremacia constitucional.

Em contraponto, no passado, mais precisamente no período positivista, tal atuação judicial era estritamente vedada. Isso porque, o juiz era mero ‘boca da lei’¹²⁴, cabendo-lhe, tão somente, a aplicação do texto legal, sem qualquer indagação subjetiva. Assevera Luiz Guilherme Marinoni que:

¹²⁴ Expressão proveniente do francês “*bouche de la loi*” (MONTESQUIEU, 1973, p. 91), utilizada após a Revolução de 1789.

o positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses. Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária. (2008, p. 32).

Com o passar do tempo começaram a surgir Constituições que dispunham em seu bojo a previsão de direitos sociais¹²⁵. Exemplo crucial que marcou essa fase de transição – Estado Liberal/Estado Social - ocorreu na Alemanha, com a Constituição de Weimar¹²⁶ e que, posteriormente, acabou difundindo-se pelo mundo. Nesse período entrou em cena o Estado Providência, responsável pela efetivação dos direitos sociais. Tal frenesi, conseqüentemente, refletiu no Poder Judiciário, que, diante da inércia do Poder Executivo, passou a efetivar as promessas sociais. (MORAIS, 1996, p. 79).

E uma das formas encontradas, principalmente pelos juízos esparsos, foi o afastamento de normas jurídicas que afrontassem os princípios gerais do direito e as garantias constitucionais. E tal somente foi/é possível mediante o controle difuso de constitucionalidade, porquanto, “é dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”. (STRECK, 2004, p. 456-457).

Não deve o magistrado, como ocorria outrora, aplicar, ferrenha e desmedidamente, a letra da lei. Ela só é passível de aplicação se em consonância com a Constituição e como forma de integrá-la à sociedade. Se não for, deve ser declarada incidentalmente, inconstitucional. Nessa linha

o controle difuso aproxima a Jurisdição Constitucional e a sociedade. Disperso por todos os ramos do Poder Judiciário, especialmente nas comarcas da Justiça Estadual primária, o controle difuso tem o condão de incrementar o exercício da cidadania,

¹²⁵ Assim entendidos não como ao indivíduo visto isoladamente, mas sim a uma perspectiva de coletividade. (SÁ, 2002, p. 10).

¹²⁶ Embora cronologicamente posterior a Constituição Mexicana de 1917, eis que promulgada em 1919, é tida como precursora do constitucionalismo social. (PINHEIRO, 2006, p. 5).

robustecendo a noção de democracia, especialmente em países como o Brasil, com uma história constitucional tão atribulada. Assim, não são somente os tribunais, normalmente distantes, situados nas capitais dos Estados ou da própria República, que têm atribuição exclusiva para apreciação da constitucionalidade de leis e debates sobre a aplicação de leis e de atos normativos. Além disso, qualquer indivíduo pode argüi-la desde que o faça no bojo de processo que discuta concretamente ameaça/violação de direito subjetivo, seja ele individual, heterogêneo ou homogêneo, coletivo ou difuso. (CRUZ, 2004, p. 345).

Inimaginável, pois, um Estado Democrático de Direito que inadmita o controle difuso de constitucionalidade, na medida em que ele, em muitos casos, pode ser o responsável pela salvaguarda dos direitos fundamentais. Não permitir esse procedimento judicial é dar guarida a possíveis abusos estatais, corporificados em leis arbitrárias, fruto do conchavo político havido entre Poder Executivo e Legislativo, não raras vezes ocorrido.

3.2 As críticas ao controle de constitucionalidade na ação civil pública

O reconhecimento da inconstitucionalidade, de forma incidental, em processo coletivo, encontra resistência tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Os argumentos, em suma, fundam-se no fato que a declaração *incider tantum* somente se dá em processo que envolva litígio concreto, o que não seria o caso dos direitos difusos. Ainda, que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada, na ação civil pública usurparia a competência do Supremo Tribunal Federal.

Muitos doutrinadores tecem ferrenhas críticas quanto ao controle de constitucionalidade na ação civil pública. Reputam-na abusiva por entender que seria ela um verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, já que, a decisão que afasta determinada norma, em sede de ação civil pública suspende sua aplicação em toda a área de jurisdição do magistrado prolator da sentença. (ALVIM, 1999, p. 127).

Posteriormente, o autor exemplifica a situação, explicando que:

se um juiz de primeiro grau vier a decidir pela procedência de uma tal ação, a ineficácia das leis que sejam, por esse havidas como inconstitucionais, resultariam suspensas em toda a área de sua jurisdição independentemente, mesmo, de qualquer providência ulterior, porque o efeito da coisa julgada da ação civil pública (artigo

16 da Lei 73.47/85¹²⁷) alberga inexoravelmente tal implicação. Ou, pior ainda, se o juiz viesse a entender ter jurisdição nacional, como já se tem entendido, disto resultaria a suspensão em todo o território nacional. (ALVIM, 1999, p. 155).

Também, neste sentido, Arnold Wald, posiciona-se contrariamente a esse controle, referindo que:

ou a inconstitucionalidade é declarada localmente tão somente na área de competência do juiz e, aplicando-se *erga omnes*, cria um direito substantivo estadual diferente do nacional e viola a Constituição que estabelece a unidade do direito substantivo, havendo até a possibilidade de criar-se um direito específico aplicável a determinada localidade e não em todo o Estado, ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo juiz da função do Supremo Tribunal Federal. (1994, p. 74-75)

Por essa situação estaria instaurado um caos jurídico, pois, enquanto uma lei poderia ser declarada inconstitucional em um estado da federação, em outro, haveria sua plena aplicação. Desta forma, restariam violados os princípios da igualdade¹²⁸ e da segurança jurídica¹²⁹, defendendo que tal enfrentamento somente poderia competir ao Supremo Tribunal Federal. (ALVIM, 1999, p. 127-128).

Outro forte fundamento em que se alicerça a doutrina contrária a essa espécie de controle de constitucionalidade é que, a sentença da ação civil pública tem efeito *erga omnes*. Consequência, é que a declaração de inconstitucionalidade, também, alcança tais efeitos, sendo, portanto, idêntica a ação direta de inconstitucionalidade. Admitir isso, no dizer de Gilmar Mendes “seria subverter todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil”. Logo, argumenta que “tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento do controle de constitucionalidade. (MENDES, 2010, p. 1256).

E o ministro do Supremo Tribunal Federal vai além, referindo que a ação civil pública, em decorrência de sua natureza e forma, não é processo subjetivo¹³⁰. Sustenta que a parte ativa não atua na defesa de interesse próprio, mas, sim, de “interesse público

¹²⁷ Artigo 16 da Lei n. 7.347/85: “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”.

¹²⁸ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

¹²⁹ Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹³⁰ Processo caracterizado pela existência de partes – autor e réu -, de litígio e que culminará em uma sentença de caráter mandamental, declaratório ou constitutivo. (SCHÄFFER, 2002, p. 125).

devidamente caracterizado”. Então, a ação civil pública se aproxima muito do processo objetivo¹³¹, em que não há defesa de situação subjetiva e o agir, basicamente, resume-se a defesa de um interesse público geral. (2012, p. 765).

Somente as ações concentradas são responsáveis pelo ataque frontal e direto a constitucionalidade da norma. No caso concreto – processo subjetivo – sempre haverá uma “questão como pano de fundo”, calcada numa pretensão resistida, que originou um litígio, ou seja, a disputa entre autor e réu. (GOZZOLI, 2010, p. 402).

E não discrepou, outrora, o entendimento da Corte Constitucional, quando ainda vigente a Constituição Federal de 1967, houve manifestação pela impossibilidade do controle abstrato de normas, nas unidades da federação. Tal posicionamento encontra-se no corpo do acórdão oriundo do julgamento do Recurso Extraordinário 91.740, do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Moreira Alves que assim fundamentou:

com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido — como sucede no Brasil — ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle *incidenter tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), insito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao Judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato dos outros Poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os Poderes devem guardar obediência (WALD, 2003. p. 153).

Ressalta-se, ainda, a ocorrência de outra adversidade. A declaração incidental de inconstitucionalidade, como é de conhecimento notório, em processo individual, possui efeito *inter partes*. Inclusive quando há julgamento de tal incidente, pelo Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário¹³², da mesma forma, as questões ali decididas, em regra, não extravasam para além das partes que postularam em juízo. (LENZA, 2006. p. 274).

¹³¹ É um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. Um processo sem partes no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. (SCHAFFER, 2002, p. 125).

¹³² Artigo 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição, b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição, d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

Para adquirir efeito *erga omnes*, a decisão do Tribunal Constitucional depende de resolução do Congresso Nacional, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal¹³³. Tal ato legislativo está condicionado aos critérios da oportunidade e conveniência¹³⁴. Contudo, subvertendo a lógica do sistema de controle de constitucionalidade, o reconhecimento *incidenter tantum*, em Ação Civil Pública, gera por si só, eficácia *erga omnes*. Com isso, exemplificando, a decisão de um Juiz Federal poderá alcançar efeitos mais amplos, até, do que uma decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal. (MENDES, 2012, p. 765).

Outros defendem que existe a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública. Contudo, sustentam que tal proceder não pode ser realizado em processo coletivo pois gera efeitos *erga omnes*, e com isso a “usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único Tribunal cuja competência encontra-se a interpretação concentrada da Constituição Federal”. (MORAES, 2004, p. 614).

Seguindo este mesmo posicionamento, André Ramos Tavares explica que:

Não se pode conceber que se tenha engendrado um sistema próprio, criado pela Constituição, com uma instituição também própria (Supremo Tribunal Federal) para tratar de questão de constitucionalidade das leis com decisões *erga omnes* e, paralelamente, admitir que qualquer órgão da Justiça realize, por via da ação civil pública, essa tão delicada tarefa, muitas vezes fazendo-o, também, em abstrato, ou seja, sem qualquer referibilidade a um caso concreto específico (tal como deveria ocorrer apenas no exercício da jurisdição constitucional concentrada). Assim, embora se possa afirmar que, teoricamente, não há usurpação de competência própria do Supremo Tribunal Federal, já que o objeto da ação civil pública não é propriamente a declaração de inconstitucionalidade, na prática, admitir-se, de modo amplo, a possibilidade de controle difuso em sede de ação civil pública pode desembocar em situações que só se deveriam alcançar por força das ações de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (Apud. STRECK, 2004, p. 383).

Isso porque, do reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, em ação civil pública que verse sobre direitos difusos, ao passo do que dispõe o artigo 16 da Lei n. 7.347/85¹³⁵, emanará efeitos *erga omnes*. Como tal eficácia, no que concerne a declaração de

¹³³ Artigo 52 da Constituição Federal: “Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

¹³⁴ É o poder dado ao agente público em optar, dentre as hipóteses previstas em lei, por um delas, quando melhor entender. (ROSA, 2004, p. 70).

¹³⁵ Artigo 16 da Lei n. 7.347/85: “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”.

(in)constitucionalidade, somente está presente nas ações concretas, de competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal – tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade – haveria usurpação da competência do Tribunal Constitucional, em clara violação ao artigo 102, I, ‘a’ da Constituição Federal¹³⁶. (SÁ, 2002, p. 131).

Acerca do tema, o já extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul¹³⁷ havia se manifestado, compreendendo que

admitida, portanto, a ação civil pública para obstar a cobrança de tributo havido por inconstitucional, abre-se a possibilidade de prolação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes*, o que resulta absurdo. Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação civil pública, julgada pelo Tribunal de Alçada, afirmando a inconstitucionalidade de um tributo municipal e uma outra ação, direta de inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça. Qual decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro grau? A proferida por último? A proferida pelo Tribunal Superior? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade de admitir a impossibilidade de ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade. (WALD, 1994, p. 74-78).

Dessa forma, este é um dos mais fortes argumentos contrários a possibilidade do controle difuso, eis que, se decidida a inconstitucionalidade em ação civil pública, usurpada estaria a competência do Excelso Pretório. Isso porque, se a sentença decide a controvérsia, com ela decide a inconstitucionalidade da lei, posta em questão prejudicial, que operará efeito *erga omnes*. Converte-se assim, o controle difuso em concentrado, para qual o prolator não é competente. Ademais, a inconstitucionalidade levantada em ação civil pública, “é arguição incompatível com essa ação e, na verdade, com qualquer ação por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal”. (CARVALHO, 1999, p.75).

Verifica-se que na década de 1990, a jurisprudência, no âmbito nacional, começou a se sedimentar neste sentido. Prova disso é o acórdão da Apelação Civil n.º 9604383884-RS¹³⁸, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

¹³⁶Artigo 102, inciso I, alínea ‘a’ da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

¹³⁷O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul foi extinto e incorporado pelo Tribunal de Justiça, conforme Lei estadual n. 11.133/98.

¹³⁸Tratava-se de ação civil pública buscando a revisão dos benefícios previdenciários mantidos pela Previdência Social, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 20 da Lei n.º 8.880/94, combinado com o art. 9º da Lei n.º 8.542/92, argumentando a irredutibilidade do valor dos benefícios.

AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS). INCOMPATIBILIDADE DA ACP PARA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO.[...] Mercê do efeito *erga omnes* atribuído pela artigo 16 da Lei 7.345/85 (LACP) à coisa julgada produzida na ação civil pública, esta não é a via adequada à obtenção da declaração de inconstitucionalidade, *incider tantum*, de lei ou ato normativo. Isso porque, pela identidade de seus veredictos, haveria confusão com o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como usurpação da competência privativa do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, para fazer desaparecer o comando legal colidente com a Constituição Federal e Estaduais, respectivamente. (BRASIL, Tribunal Federal Regional da 4º Região, 1999).

Tais posicionamentos também refletiram no Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 140.368¹³⁹, momento em que o relator fundamentou que a ação civil pública “não se presta ao sustamento do pagamento do tributo mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que o institui, uma vez que ao admitir-se tal possibilidade, estar-se-ia fazendo uso da via inadequada (ação civil pública) para substituir a ação direta de inconstitucionalidade”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1999).

E registre-se, a propósito, que houve, também, manifestação da Corte Constitucional pela não admissão do controle difuso, entendendo ela que somente é cabível no dito processo comum. O precedente, neste sentido, referindo acerca de usurpação de competência do Supremo, encontra-se corporificado na Reclamação n.º 434¹⁴⁰, oriunda do Estado de São Paulo, em que foi relator o Ministro Francisco Rezek, que referiu:

Configurada a usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado, declara-se a nulidade *ab initio* das referidas ações, determinando seu arquivamento, por não possuírem as autores legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1994).

Atualmente o embate ainda permanece latente no Supremo Tribunal Federal. Conforme acórdão publicado em 10.02.2012, o Pretório Excelso, por ocasião do julgamento da Reclamação n. 1519, proveniente do Estado do Ceará, que discutia a constitucionalidade

¹³⁹ Tratava-se de processo em que o Ministério Público queria ver declarada a inconstitucionalidade de lei que instituía taxa de iluminação, com o fito de desconstituir os lançamentos tributários.

¹⁴⁰ Tratava-se, inicialmente, de processo em que as empresas cinematográficas de São Paulo visavam a declaração de inconstitucionalidade da lei que criou a ‘meia-entrada’. Em primeiro grau houve procedência do pleito. Foi ajuizada Reclamação, pelo demandado, que culminou no presente acórdão.

de lei que retirou parte dos vencimentos de funcionários públicos federais, decidiu, majoritariamente, pela procedência do pleito. O fundamento da decisão foi que a ação civil pública estaria sendo usada como substituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, usurpando, portanto, de competência do Supremo. O acórdão, assim foi ementado:

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI Nº9.688/98 - CARGO DE CENSOR FEDERAL - NORMAS DE EFEITOS CONCRETOS - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PLEITO PRINCIPAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTORNO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

[...]3. O pleito de inconstitucionalidade deduzido pelo autor da ação civil pública atinge todo o escopo que inspirou a edição da referida lei, traduzindo-se em pedido principal da demanda, não se podendo falar, portanto, que se cuida de mero efeito incidental do que restou então postulado. [...] (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2012).

Com isso, quando a controvérsia jurídica envolver questão constitucional, ainda que de forma incidental, durante o feito, a medida correta não é o ajuizamento da ação civil pública, ainda que se tratem de direitos coletivos *latu sensu*. Tal medida deve ser postulada aos órgãos legitimados para a propositura das ações concentradas, em face de sua competência.

3.3 A defesa do controle difuso. O controle de constitucionalidade, em sede de ação civil pública, não usurpa de competência do Supremo Tribunal Federal

Como mencionado, revela-se incontroversa a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade de forma difusa, em processos individuais. Teoria esta, já difundida tanto nos países com origens no direito romano-germânico, quanto naqueles do *commom law*. No entanto, a questão que surge é acerca da possibilidade de realização do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

Ressalte-se que a ação civil pública é processo coletivo, e as decisões dela oriundas, na maioria dos casos, alcança um sem número de indivíduos, quando, ainda, não produz efeitos *erga omnes*. E, se, o magistrado, para alcançar a sentença, tem como questão

prejudicial¹⁴¹ a ser enfrentada a constitucionalidade de uma lei, sua decisão, por certo, que fará coisa julgada, a um número indeterminado de pessoas. E se a eficácia da declaração de inconstitucionalidade é *erga omnes*, a ação possui os mesmos efeitos e características da ação direta de inconstitucionalidade, que é de competência de julgamento no Supremo Tribunal Federal. (MENDES, 2012, p. 764).

Estaria, assim, o magistrado usurpando de competência do Supremo Tribunal Federal?

Boa parte da doutrina entende que não, fundamentando que com o advento da Constituição de 1988, a ação civil pública tornou-se o meio disponível para se assegurar os direitos e garantias fundamentais do homem. Desta feita, não poderia a cega obediência a forma sobrepor-se e postergar um meio de concessão de direitos ao cidadão. (BENEDET, 2002, p. 23).

Ainda, sobre a efetivação dos direitos fundamentais, alcançados pela ação civil pública, em detrimento do exacerbado formalismo, leciona Paulo José Leite Farias que o aplicador do direito deve

buscar uma interpretação constitucional que reconheça à ação civil pública o seu relevante papel constitucional de direito-garantia, aquele que instrumentaliza a proteção dos direitos fundamentais. Considerar que na ação civil pública não pode ser tratado o tema controle de constitucionalidade, como questão prejudicial, equivale a minimizar ou mesmo destruir a eficácia desse mecanismo de proteção de direitos fundamentais. Diante do exposto deve-se ressaltar a busca de uma interpretação que não prejudique a utilização da ação civil pública na defesa dos direitos coletivos e difusos, nos termos da Constituição Federal, razão pela qual a ação civil pública, como toda ação ordinária, deve poder tratar do controle de constitucionalidade difuso, sem que a decisão proferida nessa questão prejudicial tenha eficácia *erga omnes*. (2000, p. 03).

Não bastasse, entende-se que a ação civil pública está longe de ser processo objetivo, pois se caracteriza pela existência, clarividente, de parte que provoca a jurisdição estatal. Para tanto, encontram-se no polo ativo todos aqueles legitimados para a defesa dos interesses coletivos *latu sensu*¹⁴², enquanto no polo passivo os réus causadores do dano coletivo. (SCHÄFFER, 2002, p. 124-125). Doutra feita, a ação direta de inconstitucionalidade não

¹⁴¹Prejudicial é “aquela questão relativa a outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida, mas que poderia, por si só, ser objeto de um processo separado”, São exemplos de questões prejudiciais a relação de paternidade, em uma ação de alimentos, a sanidade mental do devedor, ao tempo da constituição da dívida, em ação de cobrança. (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 494).

¹⁴² Sobre o tema, vide item 2.3.

discute litígio, apenas a constitucionalidade da lei, pelo que, via de regra, não existe interesse subjetivo lesado. (LENZA, 2004. p. 112).

Também neste íterim, diferenciando os modelos de processo, sustenta Shäffer que na ação civil pública existem “partes ativas que são substituídas e são beneficiárias na extensão do pedido. Essas partes são atingidas por efeitos concretos das medidas, diferente da ação objetiva na qual se pode pedir a inconstitucionalidade de uma lei que jamais incidiria”. (2002, p. 125).

Então, nas ações civis públicas existem “situações concretas a serem resolvidas e que, neste particular, não diferem de situações discutidas em outras ações, como o mandado de segurança¹⁴³, em que também se exercita o controle incidental de constitucionalidade”. (SÁ, 2002, p. 129).

Por tal fato, já se entende possível a aplicação do controle difuso, já que o processo é subjetivo, caracterizado pela existência de partes envolvidas em litígio, onde se discute um “bem da vida”, não podendo ser defeso a escusa da lei considerada inconstitucional, para atingir o fim pretendido. (SCHÄFER, 2002, p. 117).

Ainda, não se olvida que a declaração de constitucionalidade, em sede de ação civil pública, se dá de forma incidental, eis que o pedido principal, no mais das vezes, resume-se a prolação de um édito condenatório¹⁴⁴ ou constitutivo¹⁴⁵. A inconstitucionalidade será, tão somente, questão prejudicial ao mérito, ou seja,

o objeto da Ação Civil Pública é o bem da vida tutelado pela ordem jurídica, podendo ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, posta como questão prejudicial, premissa necessária ao julgamento da questão de mérito. O objeto da declaração de inconstitucionalidade é a declaração em abstrato da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, como a retirada destes do sistema (SÁ, 2002, p. 144).

¹⁴³ Com previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” e na Lei n.º 12.019/2009.

¹⁴⁴ É a sentença que certifica a existência do direito da parte vencedora, constituindo um título executivo. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 475).

¹⁴⁵ É sentença responsável por criar, modificar ou extinguir um estado ou relação jurídica. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 476).

Refuta-se, ainda a tese de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal argumentando que a causa de pedir da ação civil pública é a inconstitucionalidade, e não o próprio pedido, sendo somente se fosse o último caso, usurpação de competência. Neste aspecto é a lição de Néry Junior, ao lançar exemplo, no qual preceitua “é cabível Ação Civil Pública objetivando a condenação do poder público em obrigação de não fazer (abster-se de cobrar imposto), tendo como fundamento (causa de pedir) a inconstitucionalidade ou ilegalidade do imposto”. (2003, p. 1508). É que a causa de pedir, nos termos do artigo 469, inciso III, do CPC¹⁴⁶, não faz coisa julgada.

E o referido autor, conclui seu pensamento referindo que

o objeto da Ação Civil Pública é a defesa de um dos direitos tutelados pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor ou pela Lei da Ação Civil Pública. A Ação Civil Pública pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade é a declaração, em abstrato, de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na Ação Civil Pública é a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, ou Lei da Ação Civil Pública, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da Ação Civil Pública e da Ação Direta de Inconstitucionalidade. (NÉRY JÚNIOR; NÉRY, 2003, p. 1504).

Na mesma linha, Jose Adonis Callou de Araújo Sá defende que “a declaração incidental de constitucionalidade de uma norma, como questão prejudicial, na Ação Civil Pública como em outra qualquer via processual, não faz coisa julgada, conforme a regra do artigo 469, inciso III, do Código de Processo Civil”. Ele explica que “a decisão na ação direta de inconstitucionalidade possui hoje, além de eficácia *erga omnes*, também efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, por força da Lei 9.868/99”. (2002, p. 144-145).

Dessa maneira, constata-se que quando os interesses tutelados forem difusos “os próprios efeitos da sentença são amplos, mas a declaração de inconstitucionalidade não faz coisa julgada, não vinculando outros julgadores em questões futuras, por que ela não pode ser objeto do pedido”. (SCHÄFFER, 2002, p. 130).

¹⁴⁶Artigo 469 do Código de Processo Civil: “Não fazem coisa julgada: III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Há, portanto, a necessidade de distinguir causa de pedir¹⁴⁷ do pedido¹⁴⁸. A primeira, como já referido, não fará coisa julgada, contrariamente a segunda. Na ação civil pública, ou em outras ações coletivas, muitas vezes, a causa de pedir é decorrência da inconstitucionalidade da lei, mas o pedido, jamais poderá ser “a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, mas a negativa da aplicação da norma tida por inconstitucional”, como forma de alcançar o mérito. (SÁ, 2002, p. 129).

Por fim, salienta-se o posicionamento de Lenio Luiz Streck, que, embora isolado, admite a possibilidade da realização do controle *incidenter tantum*, na ação civil pública, sustentando acerca da impossibilidade da separação da questão prejudicial do objeto da demanda. Segundo ele, em muitos casos, ao se decidir um, inevitavelmente, resolve-se o outro¹⁴⁹. (2004. p. 388).

Por ser tratar de um caso concreto, a questão constitucional, aqui posta como incidente, não tem como desvincular-se do objeto da demanda. Tendo em vista que a inconstitucionalidade constitui causa de pedir, ou seja, fundamento, não havendo como imaginá-la dissociada do objeto. E ressalta-se que, mesmo assim, referido autor entende pela possibilidade da realização do controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública. (STRECK, 2004, p. 388).

Também, a respeito da ação civil pública, não há como confundir os efeitos de uma medida com a própria medida. Até porque, “o controle difuso é anterior cronologicamente, ao próprio controle abstrato, e fazê-lo não significa usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, Não se pode negar a realização desse controle em qualquer ação, sob pena de deixar de realizar o princípio constitucional de realizar o controle difuso”. (SCHÄFER, 2002, p.117).

Nessa senda, explica Emerson Garcia que

as questões prejudiciais e os motivos da sentença não fazem coisa julgada (art. 469, I e III, do Código de Processo Civil¹⁵⁰), o que afasta a tese de usurpação de competência do tribunal competente para a realização do controle concentrado, não havendo que se falar, assim, em vinculação deste à decisão preteritamente proferida

¹⁴⁷ Ou *causa petendi* “não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo”. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 62).

¹⁴⁸ Que como objeto da ação, equivale à lide, ou seja, “a matéria sobre a qual a sentença de mérito tem de atuar”. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 62).

¹⁴⁹ Neste caso o autor cita o hipotético exemplo de uma ação civil pública que discuta o número de vereadores, decorrência de uma lei municipal tida por inconstitucional. Caso o Supremo decida pela inconstitucionalidade da norma, afetará o próprio objeto da demanda e vice-versa. (STRECK, 2004, p. 388).

em sede de ação civil pública. Ademais, este sempre deterá a última palavra no processo, sendo-lhe possível, ante a versatilidade do sistema recursal pátrio, reexaminar, em sede de controle incidental, as mesmas questões que apreciaria por ocasião do controle concentrado, o qual caracteriza-se como um procedimento abstrato e objetivo, enquanto que, na declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo (*lato sensu*), almeja-se a defesa de interesses concretos e subjetivos. A declaração incidental de inconstitucionalidade, por representar mera questão prejudicial ao deslinde da controvérsia deduzida na ação civil pública, produzirá efeitos *erga omnes* no plano meramente fático; já a inconstitucionalidade declarada na via principal, em que pese a todos atingir, o fará no plano jurídico, reconhecendo que o ato normativo é inválido, não sendo possível de ser observado. Assim, não importa em identidade a similitude existente entre a pretensão que almeja a declaração direta de inconstitucionalidade de ato normativo com a que vise provimento jurisdicional que tenha por fim prevenir, alterar ou suprimir situação fática ou jurídica que tenha sido constituída sob a égide de permissivo considerado inconstitucional. Em sede de ação civil pública, esta é admissível, aquela não. Torna-se inequívoca a possibilidade de controle incidental constitucionalidade na ação civil pública (2011, p. 535-536).

Entretanto, quando a Ação Civil Pública, dissimuladamente, tenha como escopo único a declaração de inconstitucionalidade de lei, aí sim haverá usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, já que o julgamento do controle abstrato pertence, constitucionalmente, àquele tribunal. Aduz Hugo Nigro Mazzilli:

O que não se tem admitido, porém, é que se use da Ação Civil Pública ou coletiva para atacar, em caráter abstrato, os efeitos *erga omnes*, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional, pois, com isso, em última análise, estaria o juiz da Ação Civil Pública ou coletiva invadindo a atribuição constitucional dos tribunais aos quais compete, com exclusividade, declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo para a seguir ser provocada a suspensão de uma eficácia, com imutabilidade *erga omnes*. (2002, p. 117).

Destaca-se que o posicionamento que distingue a causa de pedir do pedido, admitindo o controle difuso de constitucionalidade, sempre manteve seus adeptos no Supremo Tribunal Federal. O precedente, sobre tal tese, é a Reclamação 600-0/190-SP¹⁵¹. Lá, o

¹⁵¹De relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado em 03.09.97. Tratava-se de ação civil pública proposta pelo IDEC em face de instituição financeira. A sentença acolheu o pleito inicial, que previa a correção da caderneta de poupança por outros índices. O acórdão confirmou a sentença, mas foi atacado por reclamação, fundamentada sob o argumento de que, tendo em vista o caráter *erga omnes* da decisão acerca da inconstitucionalidade, esta somente caberia ao Supremo Tribunal Federal. O acórdão assim foi ementado: "Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da "diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu "uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8024/1990, que somente ao

demandado foi condenado a correção dos valores das cadernetas de poupança, eis que afastada a aplicação da Lei n. 8.024/90. Irresignou-se, sem sucesso, sustentando que a decisão somente caberia ao Supremo, diante dos efeitos no plano nacional. (SÁ, 2002, p. 132).

Contudo, a malfadada tese não vingou, visto que o pleno do Supremo Tribunal Federal compreendeu que o controle difuso ou incidental podia ser feito pelo magistrado “seja de primeiro grau, seja dos tribunais, porque o efeito *erga omnes*, outorgado à sentença na ação civil pública, não subtrai o feito ao julgamento do Supremo Tribunal Federal”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1997).

Tal posicionamento foi seguido em vários outros julgamentos, tais como os das Reclamações 602-6/SP¹⁵², 611-PR¹⁵³ e 554-MG¹⁵⁴. Sob a égide dos atuais ministros, o decano

Supremo Tribunal Federal caberia decretar". 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1 - SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar”.

¹⁵²De relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgado em 03.09.97. Novamente tratava-se de Ação Civil Pública em que instituição financeira foi condenada a correção da caderneta de poupança. Do acórdão confirmatório houve interposição de Reclamação, que assim foi ementada, quando do julgamento: EMENTA: RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação”.

¹⁵³De relatoria do Ministro Sidney Sanches, publicada no DJ em 01.04.98. Novamente trata-se de acórdão recorrido que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 8.024/90, em ação civil pública. Assim, houve decisão monocrática do sentido do arquivamento da reclamação.

do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello não destoou do entendimento, tendo assim ementado a Reclamação 1733-SP¹⁵⁵, e determinado seu arquivamento:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.- O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2003).

E as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal – como por exemplo o Recurso Extraordinário 411.156-SP¹⁵⁶, de 2010 -, ressalvadas algumas exceções¹⁵⁷, tem se sedimentado neste sentido, admitindo o controle difuso em sede de Ação Civil Pública, desde que a questão seja prejudicial ao mérito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010).

Interessante ressaltar, também, uma polêmica, e recente, decisão, que alcançou ressonância nacional, do Pretório Excelso, acerca do tema. Trata-se, em verdade, da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal da 3ª Região, na qual requereu o afastamento da exigência do diploma de curso superior de jornalismo, como forma de exercício da atividade. O fundamento do pleito era que o Decreto Lei n. 792/68, que regulamenta a profissão, faz exigência do título e não havia sido recepcionado pela Constituição Federal¹⁵⁸. O conflito alcançou o Supremo Tribunal Federal, sendo lá discutido

¹⁵⁴De relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgado em 13.11.97. Agora, uma ação civil pública proposta em desfavor do Banco Bandeirantes, sob o mesmo argumento das anteriores. Ajuizada reclamação perante o Supremo, sob o fundamento da usurpação de competência constitucional, foi ela sumariamente arquivada, em decisão monocrática.

¹⁵⁵Tratava-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo, que visava a declaração da inconstitucionalidade de artigo da Lei Orgânica Municipal de Sorocaba, para ver diminuído o número de vereadores daquele município, que era maior daquele previsto na Constituição Federal. Houve sentença de procedência e posterior ajuizamento de Reclamação, pelo demandado/recorrente.

¹⁵⁶ Versava sobre ação civil pública que buscava anular ato legislativo que vinculava o salário do prefeito municipal e dos vereadores, da cidade de Matão/SP, ao dos servidores públicos municipais. Houve sentença de procedência e acórdão confirmatório, no Tribunal de Justiça, do qual foi interposto Recurso Extraordinário, culminando na presente decisão, assim ementada: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - VINCULAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS AGENTES POLÍTICOS LOCAIS À REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – INADMISSIBILIDADE - EXPRESSA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 37, XIII) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO”.

¹⁵⁷Vide Reclamação 1519-0, explicada no item 3.2, do presente trabalho.

¹⁵⁸Evidente que o caso em tela trata de não recepção da norma, o que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se confunde com inconstitucionalidade – vide Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33 – porquanto não pode ser atacada mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade. Obtemperem-se, contudo, que os efeitos da decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ação concreta utilizada quando se busca a declaração da recepção da norma - e a competência para julgamento são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo que, persiste a celeuma quando tal situação deve ser resolvida em sede de Ação Coletiva.

no Recurso Extraordinário 511.961, onde foi Relator o Ministro Gilmar Mendes. O acórdão, assim ficou ementado:

JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO LEI Nº 972, DE 1969. [...] 3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir a ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal [...]. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2009).

Desse modo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, entendendo pela não recepção da legislação, sob comento, manifestou-se, novamente, quanto a fundamentação apresentada no recurso, qual seja, a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, admitindo-a.

Também, cumpre salientar que a própria ação civil pública está sujeita ao controle pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto inclusa na cadeia recursal prevista na legislação processual civil, através do Recurso Extraordinário. Dito de outro modo, ainda que o controle de constitucionalidade seja incidental, o veredicto final será do Pretório Excelso¹⁵⁹. (SÁ, 2002, p. 145).

Nos casos em liça, os resultados práticos de uma ação civil pública jamais alcançariam o aspecto de uma ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque na primeira a declaração de constitucionalidade é incidental, pois integra apenas a fundamentação, enquanto na segunda, a declaração constitui o próprio pedido principal, sendo portanto, atingida pela coisa julgada. Logo, a situação não pode ser interpretada como equivalência de ações.

Então, diante do impasse apresentado, poderia haver no ordenamento jurídico uma saída para tal situação, pois, necessário o controle de constitucionalidade, mas prudente, também, não imiscuir-se na competência dos diversos órgãos jurisdicionais.

¹⁵⁹Obviamente que a questão somente será submetida à análise pelo Supremo Tribunal Federal se houver interposição do adequado recurso, pelo sucumbente.

Como é consabido, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é a ação direta, de competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal, que visa afastar do ordenamento jurídico norma que possa causar lesão a preceito fundamental. Ela pode ocorrer como processo autônomo, ou incidentalmente, sendo que a previsão legal da arguição incidental encontra respaldo no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9882/99¹⁶⁰. (LENZA, 2006, p. 148/149).

Ambas caracterizam-se pela subsidiariedade, conforme previsão legal no artigo 4º, §1º, da aludida lei¹⁶¹, garantindo o seu uso somente se inexistente no meio jurídico outro remédio processual capaz de solver o problema. No remanescente, em muito se assemelham com as demais ações concretas. (TAVARES, 2009, p. 4-8).

Diante de tais aspectos, Gilmar Mendes propõe a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, às ações civis públicas. Para tanto, entende que ditas ações deveriam ser suspensas e, por intermédio da arguição incidental, os processos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para que lá se decidisse a controvérsia judicial. Resolvido o incidente, os autos retornariam ao juízo competente para a questão principal. (2011. p. 1174).

Dessa forma,

no quadro normativo atual, poder-se-ia cogitar, nos casos de controle de constitucionalidade em ação civil pública, de suspensão do processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, mediante provocação do juiz ou tribunal competente para a causa. Simples alteração da Lei n. 9.882/99 e da Lei n. 7.347/85 poderia permitir a mudança proposta, elidindo a possibilidade de decisões conflitantes, no âmbito das instâncias ordinárias e do Supremo Tribunal Federal, com sérios prejuízos para a coerência do sistema e para a segurança jurídica. (MENDES, 2011, p. 1174).

No entanto, o próprio autor afirma que legislação, da maneira como está posta, não admitiria esta possibilidade, já que os juízes não figuram como legitimados para requerer a

¹⁶⁰Parágrafo único do Artigo 1º da Lei n. 9.882/99: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

¹⁶¹Parágrafo primeiro do Artigo 4 da Lei n. 9.882/99: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

arguição de descumprimento de preceito fundamental, sustentando ele, que a simples alteração legislativa poria fim a celeuma instaurada. (MENDES, 2011, p.1174).

Vê-se, com isso, que bastante revolucionária a ideia do Ministro Gilmar Mendes, na medida em que, não se deixaria de prestar a jurisdição, e as questões incidentais que possuíssem eficácia *erga omnes* seriam decididas pelo tribunal competente.

O controle de constitucionalidade é responsável por assegurar as garantias previstas constitucionalmente. A ação civil pública é meio de efetivação de direitos da Constituição Federal. Indubitável, pois, a importância de ambos, mas o que fazer, quando um deles deve prevalecer? Segundo a majoritária doutrina, ainda que não dito desta forma, nenhum deve prevalecer, mas sim, ambos os sistemas devem coexistir, complementando-se. Ou seja, deve-se admitir a possibilidade de declaração incidental de constitucionalidade, em sede de ação civil pública.

Como a declaração de inconstitucionalidade de lei, proferida nos autos de uma ação civil pública é responsável, tão somente, pelo afastamento da norma de uma situação jurídica concreta, constituindo causa de pedir, inexistindo óbice a sua declaração. Isso porque, não há que confundir os efeitos das ações, com as próprias ações.

Portanto, não há dúvidas de que os efeitos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade possam se assemelhar, e muito, de uma declaração incidental de constitucionalidade, mas nem por isso, devem elas ser confundidas. Cada uma atua em um campo restrito, podendo facilmente serem definidas, havendo possibilidade de, respeitando causa de pedir – pedido, ambas compatibilizarem-se no mundo jurídico.

CONCLUSÃO

Ao fim do presente trabalho conclui-se que, no ordenamento jurídico brasileiro existe a necessidade de realização do controle de constitucionalidade, a fim de se garantir a supremacia constitucional. Isso busca proteger os direitos e garantias individuais previstos na Magna Carta, como valores maiores que sustentam o próprio Estado e demonstram respeito à pessoa humana.

O Brasil adotou o controle de constitucionalidade misto, que é a mescla do sistema político com o jurisdicional. O controle político é realizado pelo próprio órgão criador da norma ou por outro, o qual não detém garantias de independência, caracterizando-se como preventivo e discricionário. Por sua vez, o controle de constitucionalidade jurisdicional é aquele exercido por órgãos detentores de garantias de independência, como o Poder Judiciário, os quais não participam da criação das leis, agindo por provocação ou *ex lege*, de forma definitiva e com pouca discricionariedade.

Uma das formas de realização do controle de constitucionalidade repressivo – aquele realizado pelo Poder Judiciário – é através da via difusa. Tal sistema garante a qualquer juiz ou tribunal a possibilidade da análise da constitucionalidade da norma que se subsuma ao litígio posto em questão. O efeito do afastamento do ato normativo será *inter partes*.

A outra possibilidade de declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo é através do controle concentrado. Nele, o objeto da ação será a norma impugnada, sendo competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal. Tais ações são a Ação Direta de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Observa-se que todas elas terão eficácia *erga omnes*.

Portanto, existe a possibilidade de, concomitantemente, atacar a inconstitucionalidade de uma lei, tanto de forma difusa, quanto pela via de ação ou concentrada, já que o sistema adotado é o misto. A grande diferença, pois, reside nos efeitos produzidos, já que na primeira, tem-se o efeito *inter partes* e a segunda, pelo processo ser objetivo, alcança efeito *erga omnes*.

Concernente à ação civil pública, constatou-se que ela, atualmente, constitui-se como o meio mais eficaz e célere ao alcance da prestação jurisdicional dos direitos fundamentais transindividuais. Ainda, é instrumento indispensável à defesa dos direitos coletivos *latu sensu*, em especial daquelas camadas sociais menos agraciadas, que, em grande parte das vezes, sequer busca o Poder Judiciário quando tem um direito lesado.

Isso porque, com o rápido crescimento de demandas interindividuais, no Brasil, houve a necessidade de criar um mecanismo para tutelar os direitos coletivos. A necessidade de desafogamento do Poder Judiciário, aliada a efetiva e célere prestação jurisdicional, fez com que surgisse o processo coletivo, no qual se poderia condensar em apenas um instrumento, um sem número de demandas intersubjetivas.

Diferentemente, por óbvio, do que ocorre no processo individual, a tutela coletiva encontra suas balizas noutros princípios e fundamentos, como o da jurisdição universal, da participação no processo e pelo processo. No entanto sedimenta-se nas garantias constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da duração razoável do processo.

A ação civil pública busca tutelar os interesses metaindividuais - ou ainda supraindividuais - que se configuram em coletivos, difusos e individuais homogêneos. O primeiro possui natureza indivisível e seus titulares são um grupo de pessoas ou classe, ligados por uma relação jurídica base. O direito difuso, também, é indivisível e seus titulares são indeterminados e ligados por circunstâncias de fato. Por sua vez, o individual homogêneo é aquele decorrente de origem comum, podendo ser divisível.

Desse modo, para a identificação de tais direitos necessária a identificação de suas características, que em suma, podem ser deduzidas como, a determinabilidade dos sujeitos atingidos, a divisibilidade e a disponibilidade da pretensão subjetiva e o possível vínculo entre eles.

Com isso, vários são os legitimados à propositura da ação civil pública, dentre eles o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as associações cíveis, bem como os órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica.

Saliente-se, contudo, que o ente mais lembrado é o Ministério Público. Dá-se isso, pois, embora juridicamente se admitida outros legitimados, estes não têm a estrutura física e

peçoal adequada para intentar demandas coletivas. O grande número de ações civis públicas ajuizadas pelo *parquet* fez com que se criasse no mundo jurídico a ideia de que essa espécie de ação está ligada, unicamente, a instituição do Ministério Público.

Quanto a competência territorial, observa-se que a ação civil pública, novamente, difere do processo individual, que possui a competência jurisdicional definida nos artigos 94 a 111 do Código de Processo Civil. Já, a legislação que regula a ação civil pública estabelece que o foro competente é o local da ocorrência do dano. Tal competência, no entanto, pode ser deslocada para o foro da capital do estado, se o dano atingir o território de duas comarcas.

O objeto da ação na ação civil pública é classificado em imediato e mediato, representando, respectivamente, o tipo de prestação jurisdicional pretendida e o próprio bem da vida a ser tutelado. O primeiro exemplifica-se pelo pleito final, que poderá ser condenatório, cautelar, executivo em sentido lato e mandamental. Já como objeto mediato, diferentemente do que se defendia outrora, atualmente é deveras amplo. Não mais se considera a disposição legal da lei de regência da Ação Civil Pública como *numerus clausus*. Admite-se, portanto, a defesa de todo e qualquer interesse transindividual.

Ainda, menciona-se que, para garantir a segurança jurídica das relações e conferir-lhes estabilidade, existe o instituto da coisa julgada. Ocorre que na dicotomia ação individual – ação coletiva, tal instituto ganha diferentes facetas. No processo individual, ela é responsável por não mais permitir que as partes discutam acerca do litígio decidido. Os efeitos são *inter partes*.

Todavia, diverso é o efeito na Ação Civil Pública, em que a coisa julgada irá extravasar para além dos litigantes. Assim, dependendo da espécie de interesse envolvido - difuso, coletivo ou individual -, diverso será o efeito, embora em todos, em caso do provimento judicial procedente, a eficácia será *erga omnes*.

Assim, hodiernamente, os Estados Democráticos de Direito possuem em suas Constituições a salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão. Nelas se previu as garantias – materiais e processuais – inerentes a qualquer ser humano. Entretanto, a fim de que as disposições constitucionais não passem de letra inerte, revela-se imprescindível o papel do juiz, como protagonista, afastando as incongruências legislativas das normas infraconstitucionais, em nome da supremacia constitucional.

Inimaginável, pois, um Estado Democrático de Direito que inadmita o controle difuso de constitucionalidade. Não permitir tal proceder judicial é dar guarida a possíveis abusos estatais, corporificados em leis arbitrárias, fruto do conchavo político havido entre Poder Executivo e Legislativo, não raras vezes ocorrido.

O reconhecimento da inconstitucionalidade, de forma incidental, em processo coletivo, entretanto, encontra resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Os argumentos, em suma, fundam-se no fato que a declaração *incidenter tantum* somente acontece em processo que envolva litígio concreto, o que não seria o caso dos direitos difusos. Ainda, que em decorrência da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, na Ação Civil Pública, seria usurpada a competência do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, quando, a controvérsia jurídica envolver questão constitucional, mesmo que de forma incidental, durante o feito, entende-se que a medida correta não é o ajuizamento da ação civil pública, ainda que se trate de direitos coletivos *latu sensu*. Deve-se requerer que os órgãos legitimados para a propositura das ações concentradas, o façam.

Todavia, incontestoso o fato de poder realizar o controle de constitucionalidade de forma difusa, em processos individuais. Teoria esta já difundida, tanto nos países com origens no direito romano-germânico, quanto naqueles do *commom law*. No entanto, a questão que surge é acerca da possibilidade de realização do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

Nesse passo, existe forte corrente doutrinária admitindo o controle *incidenter tantum*. Os principais argumentos são de que, a ação civil pública não é processo objetivo, mas sim subjetivo, não podendo confundir-se com a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não bastasse, a declaração de inconstitucionalidade, como matéria incidental, não faz coisa julgada, pelo que, inexistentes os efeitos *erga omnes*, restando impossibilitada a usurpação de competência do Pretório Excelso.

Desse modo, não há como confundir a proximidade dos resultados práticos, e de seus efeitos como equivalência de ações. Percebe-se que os resultados práticos de uma ação civil pública jamais alcançarão o aspecto de uma ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque na primeira a declaração de constitucionalidade é incidental, pois integra apenas a fundamentação, enquanto na segunda, a declaração constitui o próprio pedido principal sendo, portanto, atingida pela coisa julgada.

Verifica-se, também, a evolução jurisprudencial havida no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, inadmitia, totalmente, a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública. Com o passar do tempo, tal entendimento foi se modificando até atingir o estado atual, em que a inconstitucionalidade pode ser declarada desde que figure como questão prejudicial da ação, jamais como pedido principal.

Diante de tal impasse perquire-se se poderia haver no ordenamento jurídico uma solução para tal situação levantada, pois, necessário o controle de constitucionalidade, mas prudente também, não imiscuir-se na competência dos diversos órgãos jurisdicionais.

Com isso, ponderando-se os inúmeros benefícios trazidos pela ação civil pública com o exacerbado formalismo do controle de constitucionalidade, tem-se que a primeira deve prevalecer, devendo admitir-se a realização do controle difuso de constitucionalidade em dito processo coletivo. Isso porque, registre-se, tal proceder não usurpa da competência do Supremo Tribunal Federal. Em verdade, o que ocorre é a mera semelhança entre os efeitos da decisão, o que, certamente, não se confunde com a própria ação. Não bastasse, ainda que realizado o controle difuso de constitucionalidade, na ação civil pública, tal decisão pode ser revista pelo Pretório Excelso, em grau recursal, por meio do recurso extraordinário.

Constata-se que deveria haver uma mudança legislativa, na regência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, visando permitir que figure no polo ativo da causa, os juízes, que, em tais casos, ao invés de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade, proporiam tal ação no órgão competente, qual seja, o Supremo Tribunal Federal. Com isso, sempre que houvesse, no curso de uma ação civil pública uma questão incidental de constitucionalidade, a ser decidida, os autos seriam remetidos ao Supremo Tribunal Federal. Resolvido o incidente, retornariam ao juízo de primeiro grau.

Portanto, num Estado Democrático de Direito faz-se necessário abandonar o exacerbado formalismo, quando este constituir empecilho a concretização de direitos fundamentais. Isso porque, deve a norma propiciar o alcance ao direito e não, inversamente do que se tem visto, constituir um óbice a sua concretização.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método. 2013.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*. In. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os limites impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Processo*. São Paulo: Ano 21, n.º 81. Out/dez. 1999.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BENEDET, Renata. *A ação civil pública como ação constitucional típica e a Constituição da República de 1988*. Itajaí: Dissertação, Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. 2002.
- BENJAMIN, Antonio Herman v. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In Milaré, Edis, (Org.) *Ação Civil Pública: lei 7347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era do direitos*. São Paulo: Editora Campus. 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense. 1988.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge, AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.
- BRASIL. Lei 4.717/65. *Regula a ação popular*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.
- BRASIL. Lei 5.869/73. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Lei 6.938/81. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.* Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Lei 7.347/85. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.* Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Lei 8.078/90. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.* Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Lei 8.429/92. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.* Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Lei 9.868/99. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.* Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Lei 9.882/99. *Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.* Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Lei Complementar 40. *Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual.* Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 140.368. Relator: José Delgado. Diário da Justiça 11.05.99.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33. Relator: Gilmar Mendes. Diário da Justiça 27.10.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 91.740/RS. Relator: Moreira Alves. In: *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 434. Relator: Francisco Rezek. Diário da Justiça 09.12.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1519. Relator: Carlos Velloso. Diário da Justiça 09.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 600. Relator: Néri da Silveira. Julgamento 02.09.1997. Diário da Justiça 05.12.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 602. Relator: Ilmar Galvão. Diário da Justiça 02.09.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 611. Relator: Sidney Sanches. Diário da Justiça 01.04.98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 554. Relator: Maurício Corrêa, Diário da Justiça 13.11.97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1733. Relator: Celso de Mello. Diário da Justiça 12.03.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 411.156. Relator: Celso de Mello. Diário da Justiça 16.12.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961. Relator: Gilmar Mendes. Diário da Justiça 12.11.2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. São Paulo: Edita Almeida. 1993.

CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, José dos Santos Filho. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho processual civil*. 4 ed. Buenos Aires: Júlio Cesar Faira. 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Paulo Jose Leite. *Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade*. Correio Brasiliense. Brasília: Caderno Direito e Justiça. 2000.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Ministério Público: instituição e processo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 149-150.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Lumen Iuris. 2011.

GOZZOLI, Maria Clara. Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org.) *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT. 2007.

_____, *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica. 1996.

_____, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Método. 2006.
- LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitucion*. Madrid: Editora Tecnos, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- _____, *Interesse difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, Jose Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Millenium, 2003.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Millenium, 2000.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva. 2002
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012.
- _____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva. 1996.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de Moraes. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e Legislação processual civil extravagante em vigor*. 4º ed. São Paulo: RT, 2003 .
- NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Método. 2013.

PIMENTEL, Weligton Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

RIO GRANDE DO SUL. *Constituição Estadual de 03 de outubro de 1989*. Disponível em <<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=nbSDRAho1L4%3d&tabid=3683&mid=5358>> Acesso em 14 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Civil n.º 9604383884-RS. Relator Carlos Sobrinho. Diário da Justiça 23.03.1999.

ROSA, Marcio Fernando Elias Rosa. *Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

SÁ, Jose Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

SCHÄFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SILVA, Jose Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses Difusos em Espécie*. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. Ed. Malheiros: São Paulo: 2009.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões Históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade. Artigo publicado no site da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_ramos2.pdf>, acesso em 11/09/2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TONIAL. Nadya Regina Gusella. *Contratos a concretização da dignidade da pessoa humana*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.

WALD, Arnold. Usos e Abusos da Ação Civil Pública. Porto Alegre: Revista da Associação de juízes do Rio Grande do Sul, N. 61, Julho de 1994.

_____, *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.