



Laryssa Angélica Copack

**Possibilidade de Controle de Constitucionalidade
em Sede de Ação Civil Pública**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Econômico e Social, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCPR, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Profª Flávia Cristina Piovesan

Orientadora

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Curitiba, 19 de agosto de 2004

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e da orientadora.

Laryssa Angélica Copack

Graduada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, em dezembro de 2000, especialista em Direito Processual pela Universidade Tuiuti do Paraná, professora de Direito Constitucional no Centro de Ensino dos Campos Gerais (CESCASGE) na cidade de Ponta Grossa e na FAFIT-FACIC, na cidade de Itararé. Área de interesse: Direito Constitucional.

À minha mãe Aline, pelo incentivo incessante e pelo amor incondicional... bela lição de vida;

A meu pai Wilson, que espiritualmente me acompanha e dirige meus passos;

Ao Marcantônio, a minha melhor metade.

Resumo

COPACK, Laryssa Angélica. *Possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

Este trabalho reporta-se ao estudo do controle de constitucionalidade, em especial quando inserido no contexto da ação civil pública, procurando apresentar aspectos positivos e negativos de sua aplicação em relação ao tipo de controle utilizado pelo julgador. *A priori*, faz-se análise do controle de constitucionalidade, iniciando por suas origens e, passando após para a legitimidade de centrar-se seu exercício no Poder Judiciário. Conclui-se plenamente viável a atuação de juízes e tribunais no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos existentes e passa-se ao exame de modelos advindos do Direito Comparado, para só então tratar das espécies existentes no Brasil. Discorre, em segundo momento, sobre a ação civil pública, demonstrando sua relevância e suas particularidades diante do tradicional processo civil brasileiro. A terceira e última parte trata do tema central, que é a possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública. Inicia-se por afastar sua aplicação no caso de controle concentrado, por completa dicotomia entre os institutos. De modo contrário, finda-se o texto com a afirmativa da ampla possibilidade de aplicação de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, analisando-se um a um os argumentos em contrário, à luz de decisões das Cortes Superiores de nosso país.

Palavras-chave

Controle constitucionalidade-ação civil pública-possibilidade de aplicação.

Agradecimentos

À professora Flávia Piovesan, que foi luz em minha tese, fazendo com que as idéias fluíssem de maneira natural, orientando-me sempre com muita seriedade e generosidade.

À Professora Grácia Maria Vassão Iesak, responsável pelo meu ingresso no Mestrado, grande incentivadora, grande amiga.

Sumário

1.	Introdução	1
2.	Do Controle de Constitucionalidade	3
2.1.	Legitimidade do Controle de Constitucionalidade	3
2.1.1.	<i>Separação dos poderes</i>	3
2.1.2.	<i>Construção da doutrina do controle de constitucionalidade</i>	7
2.1.3.	<i>Crise de confiança na democracia representativa</i>	13
2.2.	Tipos de Controle de Constitucionalidade	14
2.2.1.	<i>Introdução</i>	14
2.2.2.	<i>Suprema Corte Norte-Americana</i>	16
2.2.3.	<i>Tribunal Constitucional Austríaco</i>	18
2.2.4.	<i>Conselho Constitucional Francês</i>	20
2.2.5.	<i>Tribunal Constitucional Federal Alemão</i>	21
2.3.	O Controle de Constitucionalidade no Brasil	23
2.4.	O Controle Difuso da Constitucionalidade	27
2.5.	O Controle Concentrado da Constitucionalidade	30
2.5.1.	<i>Inexistência de partes</i>	31
2.5.2.	<i>Competência para julgar</i>	32
2.5.3.	<i>Processamento da ação direta de inconstitucionalidade</i>	33
2.5.4.	<i>Efeitos da decisão</i>	33
3.	Ação Civil Pública	36
3.1.	Os Interesses Envolvidos na Ação Civil Pública	36
3.2.	O Processo Tradicional e sua Incompatibilidade com a Tutela dos Interesses Meta-Individuais	39
3.3.	O Poder Criativo do Juiz	40
3.4.	Legitimidade e Limites da Sentença na Ação Civil Pública	42

3.5.	A Coisa Julgada e os Interesses Meta-Individuais	44
3.6.	A Liquidação do Dano	47
3.6.1.	<i>Competência para processamento</i>	48
3.6.2.	<i>Conhecimento da decisão</i>	50
4.	Possibilidade de Controle de Constitucionalidade em Ação Civil Pública	53
4.1.	Ação Civil Pública e Controle Abstrato	53
4.2.	Ação Civil Pública e Controle Difuso	55
4.1.1.	<i>Diferença entre os elementos da ação</i>	57
4.1.2.	<i>Coisa julgada e ação civil pública</i>	60
4.1.3.	<i>Efeitos da decisão</i>	61
4.1.4.	<i>Posição jurisprudencial</i>	63
5.	Conclusão	70
6.	Referências Bibliográficas	73

Introdução

A sociedade brasileira, desde a introdução no sistema jurídico da ação civil pública (1985) até agora, vem colhendo os benefícios trazidos por esta novidade. A defesa dos interesses meta-individuais nunca fora tão importante para que cidadãos vejam protegidos direitos elencados pelo Poder Constituinte Originário, quando da promulgação da Carta de 1988.

A mesma Constituição trouxe também amplo avanço no que tange ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, instrumento indispensável para manutenção do Estado Democrático de Direito, através da salvaguarda do texto constitucional, encarado como predominante em todo sistema jurídico pátrio.

Estes dois institutos, ambos essenciais, são abordados neste trabalho, face à celeuma criada por doutrinadores e magistrados sobre a possibilidade ou não de se aplicar o controle de constitucionalidade em caso de impetração de ação civil pública.

A primeira parte do trabalho analisa o controle de constitucionalidade, traçando uma linha temporal desde as monarquias constitucionais até a aceitação do Poder Judiciário como guardião da Constituição.

Em seguida trata-se da legitimidade do exercício deste controle pelos magistrados, passando à rápida análise do direito comparado para, finalmente, tratarmos do instituto tal qual se aplica no Brasil.

Após esmiuçar as espécies de controle, quais sejam, difuso e abstrato, adentra-se a segunda parte do trabalho, destinada à observação da ação civil pública.

Nesta etapa, é focado o papel do magistrado, bem como os interesses envolvidos nesta espécie de ação, trazendo ainda a legitimidade para propositura, efeitos, a coisa julgada e, o que de longe mais interessa, os efeitos da sentença e a reparação do dano.

Enfim, chega-se a terceira parte, onde será discutida a aplicabilidade ou não do controle de constitucionalidade em caso de propositura de ação civil pública. *A priori*, trata-se do controle concentrado e, logo em seguida, do controle difuso.

A posição de nossos tribunais também é trazida, através da exposição de *leading cases* tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, sendo que também se anexa decisões de outros importantes tribunais do país que trataram do tema.

As conclusões do trabalho, por tudo que fora pesquisado e pelas decisões recentes de nossas principais cortes, estão voltadas para a ampla aplicação do controle difuso, ficando afastada a hipótese de utilização do controle concentrado.

Do Controle de Constitucionalidade

2.1

Legitimidade do Controle de Constitucionalidade

2.1.1

Separação dos poderes

A chamada jurisdição constitucional – ou, no dizer de Kelsen, a garantia constitucional da jurisdição¹ – traz à discussão o verdadeiro alcance do princípio liberal da Separação dos Poderes, amplamente difundido entre os chamados contratualistas, dentre eles Rousseau, e esmiuçado por Montesquieu.

Todavia, antes se deve entender como se chegou a tal doutrina, hoje difundida e aplicada na maioria dos países do globo.

Na passagem do estado feudal – onde a terra era considerada o cerne do poder político, havendo clara descentralização deste entre os vários feudos, para um Estado dito moderno, o chamado Estado absoluto, baseado na casta burguesa ora emergente – é que se encontra mudança significativa, pela concentração do poder nas mãos de um monarca.

Para Saldanha, “a gradual concentração do poder nas mãos do monarca, alterando hábitos medievais, incluem o aparecimento da justiça do Rei, surgindo das cortes ligadas ao rei”.² Ai está a origem da desconfiança e, em consequência direta, da menor importância creditada ao Poder Judiciário, visto que na maioria dos Estados Absolutos, o Poder Judiciário via-se atrelado ao monarca, comportando-se como órgão garantidor de suas decisões e vontades.

Como características deste Estado Moderno, percebe-se a intenção de retirar do direito a origem divina (ranço feudal), creditando-lhe então origem e controle

¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

ao monarca, que nada mais era do que uma escolha divina. Pensadores ligados a esta época, como Hobbes e Maquiavel, têm como tema central de suas teses a defesa do Estado através da incontestabilidade do poder conferido aos monarcas.

Ainda segundo Saldanha,³ existia certo “padrão de pensamento” utilizado, denominado “Razão de Estado”, que tinha como base teórica o entendimento de que tudo quanto se fizer para a manutenção do Estado Monárquico deve ser suportado por todos, pois a consolidação do mesmo é a razão de ser de qualquer sociedade. Está-se então perante o clássico entendimento de que necessitaria a sociedade do Estado para não sucumbir ao medo e à insegurança. E, para tanto, segundo Maquiavel, “os fins justificam os meios”.

Entretanto, o Estado Soberano trouxe insatisfações de toda ordem, mais particularmente em relação ao arbítrio do monarca que, de posse de poder absoluto e incontestável, dizimava as populações através de guerras e fome.

Como uma reação a este modelo de Estado surge outro, dito Estado Liberal, que traz dentre seus principais valores a liberdade, através da exigência de cumprimento e respeito dos valores individuais do cidadão pelo Estado.

Saldanha atesta:⁴

Um dos temas nucleares do Estado Liberal havia sido as relações entre governar e ser governado. O poder, para o liberalismo, era aceitável se proviesse dos próprios destinatários. [...] pretende restringir ao mínimo possível, a existência do Estado. É um meio termo entre Maquiavel e sua razão de Estado e os anarquistas e sua ausência de Estado.

É exatamente neste ponto que se inicia a defesa da separação do poder. Para que um Estado pudesse respeitar os direitos individuais de todos, deveria este poder, outrora absolutamente restrito às mãos de um monarca, nem sempre atento aos anseios de liberdade, ser cingido em partes, para que houvesse equilíbrio e recíproca fiscalização de sua utilização.

Surgem assim as primeiras constituições, abrindo caminho para os futuros Estados Constitucionais. A necessidade de se codificar as leis, de existir um direi-

² SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Saraiva. 1987. p. 86.

³ Ibid., p. 89.

⁴ Ibid., p. 121.

to escrito era exigência burguesa, para que se fizesse cumprir preceito fundamental dentro do Estado Liberal, qual seja, o princípio da legalidade.

Mas esta legalidade só poderia ser defendida se o feixe de prerrogativas advindas do poder fosse retirado das mãos do monarca e repartido entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Então, dando continuidade ao pensamento de Rousseau, Locke e outros contratualistas, Montesquieu traz em seu clássico *O Espírito das Leis*, a noção de tripartição do poder. Diz ele, em meados do século XVII:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. [...]

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁵

Todo pensamento liberal, no que tange à distribuição de parcelas do poder, está descrito na obra deste pensador francês e até hoje serve de parâmetro para a organização dos Estados modernos.

Mas o que se deve entender por separação de poderes? Em primeiro lugar, muito embora consagrada pela doutrina, a expressão não traduz exatamente o instituto, visto que o poder é uno, soberano e indivisível. Então, o que se separa é o exercício de suas várias facetas; no caso, administrar, legislar, judicar.

Nas palavras de Saldanha, “o Estado, embora uno e indivisível, se desdobraria internamente em funções complementares a soberania, incindível, se apresentaria em cada uma delas por igual, diferenciando-se conforme o plano de ação correspondente”.⁶

Para Kelsen, seria mais adequado falar em “divisão de poderes”, pois entende o autor que esta distribuição de funções distintas a órgãos distintos serve não para promover um isolamento dos poderes, mas para que haja uma simultânea e recíproca fiscalização, tudo visando, além da multilateralidade no exercício do poder, um melhor funcionamento do próprio ente estatal. Não estaria a jurisdição

⁵ MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 119.

⁶ Op. cit., p. 132.

constitucional em oposição ao princípio da separação dos poderes, outrossim seria antes sua afirmação.⁷

Esta repartição das funções estatais não pode, todavia, ser entendida como algo estanque, inanimado; deve antes compreender a noção de integração entre os órgãos que as exercem. Nem mesmo Montesquieu, ao defender sua teoria, pregou que não houvesse interferência de um órgão em outro. A independência dos poderes deixa transparecer também a necessidade de interação entre eles, tudo dentro de limites contidos na carta constitucional.

Escreve Teixeira:

O princípio da separação dos poderes significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda, que cada órgão, ao lado de suas funções principais, em caráter secundário, colabora com os demais órgão de diferente natureza, *ou pratica certos atos que teoricamente não pertenceria à sua esfera de competência*. (sem grifo no original)⁸

É exatamente esta interferência que promove a sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito que se possa pensar, que se justifica e legitima o controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Poder Judiciário.

Tratando da separação dos poderes, Ferraz traz o que denomina “cláusulas parâmetro da separação de poderes”, quais sejam, a independência e harmonia, a indelegabilidade e a inacumulabilidade de funções.

Sobre a independência e a harmonia entre os poderes, atesta que todo poder está pautado em parâmetros mínimos e máximos, quando se trata de capacidade de dirigir suas ações sem ser questionado. Entretanto, podem tais limites sofrer retalhamento, para que se reafirme o princípio da separação, ou seja, “separar para limitar”.⁹

Outro doutrinador de veia liberal, Kant traz em seu livro *A metafísica dos Costumes*, uma definição sobre a tripartição dos poderes. Escreve:

Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida geral consiste de três pessoas (trias política): o poder soberano (soberania) na pessoa do legislado;

⁷ Op. cit., p. 121.

⁸ TELXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 571.

⁹ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 45.

o poder executivo na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz (potestas legislatória, rectoria et iudiciaria). [...]

Em conformidade com isso, os três poderes no Estado, em primeiro lugar, se coordenam (potestates coordinatae) entre si como uma multiplicidade de pessoas morais, ou seja, cada uma complementa as outras para completar a constituição do Estado; todavia, em segundo lugar, também se subordinam entre si, de maneira que um deles, ao assistir a um outro, fica impossibilitado também de usurpar sua função; em lugar disso, cada um possui seu próprio princípio, isto é, realmente comanda na sua qualidade de pessoa particular, porém, ainda sob a condição da vontade de um superior; em terceiro lugar, através da associação de ambas, cada súdito recebe sua porção de direitos.¹⁰

2.1.2

Construção da doutrina do controle de constitucionalidade

A doutrina relativa à existência de uma jurisdição constitucional fora paulatinamente construída através da análise do modo pelo qual o poder era conduzido e as consequências nem sempre salutares desta condução.

Grande contribuição fora dada pela doutrina americana, no início do século XIX, pela aplicação da teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), postada inicialmente na necessidade de interferência do parlamento americano em atos do presidente da República e vice-versa, único modo de evitar a perversa concentração de poderes por um destes órgãos. Entretanto, também o Poder Judiciário toma parte nesta engrenagem de controle.

No dizer de Vasconcelos:

O Poder Judicial vem rematar este sistema de interdependência. A interpretação das leis constitui tarefa própria e específica do Judicial. Ora sendo a Constituição a Lei Fundamental não só não faria sentido excluí-la do conhecimento dos juizes, como seria um “dever de ofício” garantir sua primazia sobre a lei comum. [...] Seria, no entanto, preciso aguardar a viragem do século (XIX) para que o chief justice John Marshall com aqueles fundamentos, o viesse estabelecer inequivocadamente.¹¹

Na Europa, importante é o trabalho de Kelsen que, na defesa da jurisdição constitucional, abriu caminho para a criação de um tipo de controle concentrado das normas constitucionais. Ataca Kelsen a Monarquia Constitucional, afirmando

¹⁰ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 157.

¹¹ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição americana*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 29.

não haver nela qualquer distinção entre as normas constitucionais e as demais leis, sendo que “[...] a Constituição consiste unicamente no princípio de que toda expressão da vontade do monarca é norma jurídica obrigatória”.¹²

Tem-se nesta afirmativa o segundo pilar que promove a sustentação do controle de constitucionalidade das leis, qual seja, a necessidade de se tomar a Constituição como lei suprema, acima de qualquer órgão do Estado. Tal tese decorre, de maneira lógica, do princípio da separação dos poderes, visto que, se não existir a Constituição para delimitar a atuação e até mesmo a interferência de um poder em outro, de nada vale toda a teoria liberal da separação. Ficar-se-ia na situação de um jogo sem árbitros, ou seja, cada qual estabeleceria suas próprias regras.

Ainda Kelsen, defendendo a supremacia constitucional, através da possibilidade de anulação de leis que sejam a ela conflitantes:

Uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é, plenamente obrigatória, no sentido técnico. [...] Uma República democrática não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista.¹³

A idéia é se limitar para que o poder possa ser exercido de maneira correta, sem arbítrios e exacerbações. Comenta Teixeira: “Quem o diria? A própria virtude tem necessidade de limites? Para eu não se possa abusar do poder, é necessário que pela disposição das coisas, *o poder detenha o poder*” (sem grifo no original).¹⁴

Além da crítica infundada, que vê no controle de constitucionalidade uma agressão à independência existente entre os poderes, há ainda outra que com ela se relaciona, mas que, também como ela, não pode ser considerada.

Entende-se que, em exercendo o Poder Judiciário a jurisdição constitucional estaria estariam juizes e Tribunais agredindo a própria soberania do Poder Legislativo e, assim, usurpando sua típica função.

Tratou deste tema Kelsen, afirmando que não há soberania em parcelas. Ela é una e “[...] pertence à própria ordem estatal. Afirmar tal incompatibilidade é

¹² Op. cit., p. 251.

¹³ Ibid., p. 255.

¹⁴ Op. cit., p. 571.

simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição”.¹⁵

Toca o autor europeu em ponto essencial, quando se discute a interdependência entre poderes. Em verdade, as críticas e posições contrárias à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade não levam em conta que todas as possibilidades de interferência existentes, tanto do Poder Judiciário com relação aos demais poderes quanto destes em relação àquele, não foram aleatoriamente criadas; outrossim, estão inseridas na Constituição Federal.

De todo modo, é amplamente melhor aceita a possibilidade de intromissão dos demais poderes no Poder Judiciário do que o reverso. Basta dizer que o julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, feita pelo Senado Federal (artigo 52, inciso I, CF) não sofre crítica doutrinária mais severa. Mas existem ainda outros exemplos. O Poder Legislativo atua em função típica do Poder Judiciário quando: legisla sobre organização judiciária, concede anistia, concede licença para prisão de seus membros, encaminha pedido de sustação ao Judiciário, e ainda quando organiza as Comissões parlamentares de Inquérito.

A competência privativa do Presidente da República para nomear os Ministros que compõem a mais alta corte de Justiça do país (Supremo Tribunal Federal) – presente no artigo 84, inciso XIV, da Carta Magna – bem como a possibilidade de concessão de indulto quase nunca são mencionadas quando se questiona a usurpação de funções entre poderes.

Que dizer então do veto? Com tal prerrogativa, pode o chefe do Executivo cancelar todo o trabalho desenvolvido pelo Poder Legislativo, se, por razões políticas ou jurídicas, entender que a lei não se encontra de acordo com os anseios constitucionais. Mas, quanto ao veto, pouco se diz.

A discussão acirra-se quando se tem em conta esta verdadeira queda de braço entre os poderes, em busca de maior liberdade para dirigir suas ações. Mais especificamente, percebe-se a animosidade entre Poder Legislativo e Judiciário, conforme destaca Serrano:

O tema é delicado, pois traz a lume os limites do ingresso da jurisdição no controle de legitimidade da atividade legislativa: de um lado temos a preservação da independência e autonomia do Poder Legislativo – elemento fundamental para a pre-

¹⁵ Op. cit., p. 284.

servação do Estado Democrático de Direito, e de outro lado, a jurisdição como garantidor da vinculação constitucional, que implica a preservação da Constituição como vontade maior.¹⁶

Como anteriormente já se ponderou, é a própria Constituição Federal que concede ao Poder Judiciário o poder de interferência nos trabalhos legislativos, toda vez que estes estejam em desarranjo com as normas nela veiculadas. A questão normalmente apontada é: porque caberia ao Judiciário a defesa da Constituição? Sobre o assunto, Kelsen escreve artigo denominado *Quem deve ser o guardião da Constituição?*,¹⁷ onde defende a criação de um órgão jurisdicional, ao qual caberia analisar os casos em que houvesse agressão ao texto constitucional.

Para tanto, Kelsen atesta que, no início do século XIX, quando vigiam as monarquias constitucionais, defendia Carl Schmitt inspirado nas lições de Benjamin Constant, seu maior ideólogo, que pertencia ao monarca a guarda da Constituição.

Na opinião de Kelsen, tratava-se de uma tentativa do rei para retomar o poderio, visto que, com o advento da Constituição, o poder cingiu-se entre o Parlamento e o chefe de Estado. Para defender este entendimento, chegou-se a conceder ao monarca o chamado poder neutro (*pouvoir neutre*), tentando-se, em vão, separar do monarca que ali reinava a figura do chefe de Estado.

Entretanto, questiona Kelsen: “Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou de todo poder do Estado, ser instância neutra?”¹⁸

Ataca Schmitt, dizendo que, ao entregar a um tribunal a guarda da Constituição, nada teria de jurisdição, tratando-se simplesmente de decisão com cunho político. Para Kelsen, inexistente entre as funções jurisdicional e política a contradição apontada pelo primeiro doutrinador.

Com nitidez aponta Kelsen a tentativa de, com tal concepção, encerrar o exercício do poder estatal dentro do processo legislativo, excluindo qualquer outro órgão de praticá-lo. Contrariando Schmitt, afirma :

O caráter político da jurisdição é tanto mais forte, quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação lhe deve ceder. Na medida em que o legislador autoriza ao juiz avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, está

¹⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. 1997, p. 56.

¹⁷ Op. cit., p. 237.

¹⁸ Ibid., p. 241.

lhe conferindo um poder de criação do direito e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter político da legislação.¹⁹

Também em oposição ao pensamento kelsiano, Schmitt diz que não há como se conceber a supremacia de uma jurisdição constitucional sobre a ordinária, porque “uma lei não pode ser guardiã de outra”.²⁰ Outra vez rebatendo tais concepções, vem o autor citado dizer que poderia uma norma ser anulada por invalidez no caso em que o suporte fático para sua produção está todo regulamentado em outra norma que, por si só, lhe é superior. Seria este o caso das normas infra-constitucionais perante o texto Magno, visto que a própria Constituição aponta de que forma devem ser elaboradas as leis e, ainda mais, quais os conteúdos que cada qual portará.

Por outro lado, o Poder Judiciário somente exercita sua parcela de poder após a criação da lei, ou melhor, depois que se formam conflitos na aplicação e interpretação do texto legal. Então, perfeitamente defensável a posição de garantidor da Constituição, visto que não participa da elaboração dos textos de lei.

Para Kelsen,

O perigo de uma violação constitucional deve nascer sobretudo da possibilidade de um dos pólos (PARLAMENTO/GOVERNO) ultrapassar os limites que a Constituição designou. Então, é recomendável convocar para decisão da controvérsia uma terceira instância, que esteja fora desse antagonismo e, que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre parlamento e governo. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder [...]²¹

O motivo pelo qual o Judiciário deve exercitar o controle de constitucionalidade é também abordado por Loureiro Júnior quando afirma que, por não haver no exercício da judicatura independe de atos de vontade de magistrados e tribunais, há sempre uma predeterminação advinda da lei e, este fator impede que o Judiciário se intrometa em assuntos que, muito embora relevantes, não sejam arbarcados por sua zona de atuação. Diz o autor que tal perfil “é a segurança de que

¹⁹ Ibid., p. 251.

²⁰ Ibid., ...

²¹ Ibid., p. 275.

não estará a todo momento, por quaisquer motivos, se antepondo às atitudes e deliberações dos demais poderes”.²²

Entende Bonavides que questão fundamental está em se determinar qual órgão será o responsável por exercer tal controle de constitucionalidade, isto porque tal posição “confere ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes”.²³

Sobre o mesmo tema, Mello escreve:

Destarte, não vemos em que a Justiça Constitucional, ou melhor, ou poder dado aos juizes em geral, ou em especial, para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos do Parlamento, esteja em contradição com o princípio da Separação dos Poderes. Na verdade, o princípio é ao mesmo tempo de separação e de harmonia; e nesse ponto foi altamente engenhosa, dentro da juridicidade, a fórmula brasileira agindo ora em função de um, ora de outro dos postulados²⁴.

Cabe ainda ressaltar que, muito embora caiba como *minus* ao Poder Judiciário a guarda do texto constitucional, não se pode afirmar que os demais integrantes do Estado não pratiquem o controle de constitucionalidade.

Isto porque a manutenção do Estado Democrático de Direito através da Supremacia da Constituição não é tarefa e interesse único do Poder Judiciário, mas sim deve ser perseguida com mesmo afincio pelo Legislativo e Executivo.

No caso do Executivo, o instituto do veto, em sua conotação jurídica, demonstra bem esta possibilidade de controle de constitucionalidade pelo chefe daquele poder. Quanto ao Poder Legislativo, pode haver até mesmo na fase de votação do projeto de lei uma negativa, face à inconstitucionalidade do mesmo; para tanto é que existem, em todas as esferas legislativas, as chamadas Comissões de Constituição e Justiça.

Em resumo, trata-se o Poder Judiciário de órgão com todas as características necessárias para exercer com autoridade o controle de constitucionalidade das leis de um ordenamento jurídico. Contudo, não se trata de prerrogativa, mas de uma obrigação. Não há espaço, conforme posição de Serrano, para melindres do pró-

²² LOUREIRO JÚNIOR. *O controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1957. p. 56.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 268.

²⁴ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação dos poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1968. p.97.

prio Judiciário quanto à possibilidade de haver rompimento dos limites de sua competência e, mais ainda, de adentrar em seara de observação pertencente ao Poder Legislativo.

Afirma o autor que não só a agressão à Constituição deve ser coibida, mas de mesma forma deve haver responsabilização neste chamado “recuo” do Poder Judiciário, face ao temor de invadir esfera legislativa. Isto porque, a incumbência fora a ele creditada pelo poder constituinte originário quando da elaboração da nova Carta Política.

Para Bachof,

O juiz não é menos órgão do povo que todos os demais órgãos do Estado. A alusão da falta de imediatez de sua comissão pelo povo não constitui um argumento convincente perante o fato de que também o Governo, o Presidente, os funcionários [...] contam somente com um mandato indireto do povo. [...]. O juiz administra justiça em nome do povo – essa não é uma fórmula vazia – da mesma forma que o Parlamento promulga leis e o Governo governa em nome do povo.²⁵

2.1.3

Crise de confiança na democracia representativa

O controle de Constitucionalidade tem sua origem e legitimidade na crise apresentada pela Democracia dita representativa visto que nem sempre as leis estampam os anseios populares e, em muitos casos, trazem enormes prejuízos a grande parte da população, para favorecer pequenos grupos detentores do poderio econômico.

No dizer de Bonavides, há semelhante crise em quase a totalidade dos Estados Democráticos existentes face à “ruptura existente entre Estado e Sociedade, entre representante e o cidadão. E, toda ordem representativa cai também debaixo de suspeição tocante a sua natureza democrática, cada vez mais rarefeita em virtude da distância que vai da vontade popular à vontade representativa”.²⁶

Afirma ainda que este desencontro de vontades (dos que detém o poder e do povo) mostra-se cada vez mais pungente e de fácil constatação, posto que a maioria da legislação fabricada vem dar condições de governo aos representantes do

²⁵ BACHOF, Otto. *Jueces y constitucion*. Madri: Civitas, 1987. p. 59.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Constituição Aberta*. p. 11.

povo sem que haja pontos de convergência e, muito menos, que carreguem estas normas anseios coletivos.

Tratando do mesmo tema, Moraes assenta a importância da existência de uma Jurisdição Constitucional justamente face à dificuldade de representação política hoje existente, traçando como principais fatores de crise: a) o parlamento não mais reflete a vontade popular; b) a existência de grupos mais organizados economicamente que conduzem os negócios do Estado; c) o aumento de uma crise partidária, visto que não conseguem os partidos filtrar as necessidades da população e transformá-las em decisões políticas.

Constata o autor: “a ausência da Democracia meramente representativa aos anseios populares, portanto, abriu caminho para a Democracia participativa, em que grupos de pressão surgem para exigir seu espaço no cenário do exercício do poder político”.

Conclui então que, diante desta evolução histórica e da decadência do sistema representativo, cabe a um dos órgãos estatais, neste caso ao Judiciário, a defesa da “supremacia da Constituição Federal e ainda, a garantia de efetividade dos direitos fundamentais, inclusive das minorias”.²⁷

2.2

Tipos de Controle de Constitucionalidade

2.2.1

Introdução

Em todo direito comparado, há exemplos sobre meios de controle da constitucionalidade das leis. Certo é que o *chief Justice* Marshall é considerado precursor do sistema difuso ou por via de exceção. Entretanto, há autores que trazem outros exemplos anteriores para dizer que tal controle vem há muito sendo defendido em outros países.

Então, mesmo sem possuir um diploma constitucional escrito, a postura da *common law* aponta para certo controle dos atos estatais, o que seria um embrião do que hoje se conhece por controle de constitucionalidade.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 47.

Cappelletti atesta que, muito embora Grant garanta que o controle jurisdicional de constitucionalidade seja criação do direito norte-americano, poder-se-ia retroagir mais, para analisar-se a Grécia antiga, principalmente em sua cidade-estado Atenas.

Cita o autor que já havia entre os governantes atenienses a divisão das leis entre *nomos* e *pséfisma*, sendo a primeira algo que se aproxima hoje de nossas normas constitucionais e a segunda uma espécie de decreto. O que chancela o entendimento de já existir na Grécia Antiga uma tentativa de diferenciar-se as leis e, portanto, dar mais valor a umas do que outras é o fato de que era exigido procedimento especial para se modificar a norma, denominada *nomos*²⁸.

Tal exigência faz qualquer observador reportar-se ao procedimento presente nas constituições rígidas para fins de reforma de seu texto. Com isso, fora retirado poder de alterar as leis, antes pertencente à Assembléia Popular de Atenas.

Logo após, Cappelletti traz o que entende como precedente que mais influenciou o surgimento da doutrina Marshall, ainda que fosse diametralmente oposto a este: o modelo inglês de supremacia do Parlamento.

Isto porque chegou-se à encruzilhada onde havia, de um lado, o Parlamento e, de outro, o sempre arbitrário soberano. Perguntou-se então: quem poderia garantir este sistema de supremacia do Parlamento diante dos abusos do monarca? A resposta fora dada por Coke: os juizes.²⁹ Tal doutrina fora adotada e, depois abandonada em 1684, mas suas sementes germinaram no outro lado do oceano, em terras americanas.

Também Loureiro Júnior cita um antecedente inglês anterior, através da Magna Carta de 1215, que é, segundo o autor, berço dos direitos individuais e das liberdades públicas do direito contemporâneo, sendo que não somente aquela Carta, como suas confirmações – *Bill of Rights* – e os preceitos de uma Constituição costumeira, criam uma teia de impedimentos e restrições aos abusos do Estado.³⁰

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. p. 98.

²⁹

³⁰ Op. cit., p. 87.

2.2.2

Suprema Corte Norte-Americana

Ainda que existam registros históricos anteriores, há que se dizer que fora realmente desenvolvida a teoria do controle de constitucionalidade em terras americanas.

O próprio Cappelletti, que trouxe relatos remotos da Grécia Antiga, atesta:

Certo é que a constituição teve início na época do constitucionalismo com a concepção da *supremacy of the constitution* em relação as leis ordinárias. As Constituição norte-americana representou o arquétipo das chamadas constituições rígidas. [...] Foi Marshall que fixou, por um lado, aquilo que foi chamado precisamente de supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juizes de negar aplicação as leis contrárias à Constituição.³¹

Em verdade, há que ser salientado o brilhante papel da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que consegue, através de técnicas interpretativas, manter viva a Carta Constitucional que data de 1787.

Tem como traço marcante o modelo americano a *judicial review*, que transfere ao Judiciário a fiscalização da manutenção da supremacia constitucional. O *lead case* americano refere-se à demanda envolvendo William Marbury e James Madison, julgado pelo juiz Marshall, o que até hoje é mencionado para se exemplificar o sistema difuso de controle da constitucionalidade promovido pelo Judiciário.

A tese trazida por este magistrado é citada por Clève:

[...] a Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. [...]

Assim, se uma lei está em oposição a Constituição, se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição ou, consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o tribunal deverá determinar qual dessas regras em conflito regerá o caso. Essa é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária governará o caso a que ambas se aplicam.³²

³¹ Op. cit., ...

³² Clève. Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*.... p. 52.

Comenta o referido autor que a base do sistema americano está na força vinculante das decisões judiciais, típicas dos países que adotam a *common law*. Isto porque, ainda que uma lei continue no ordenamento jurídico, se fora considerada inconstitucional pela Suprema Corte americana ela é tida, a partir de então, como algo já sem vida jurídica.

O tipo de controle adotado pelos Estados Unidos deve-se também à matriz constitucional por eles adotada, visto que, com a formação das treze colônias, houve a criação da confederação e, após, a federação. As leis, neste caso, serviam para garantir aos colonos seus direitos junto à metrópole.

Os juízes atuavam então como árbitros, apontando quais leis da metrópole eram aplicáveis à colônia e, nos tempos de hoje, iniciados pelo juiz Marshall, promovem o controle de constitucionalidade.

Este tipo de controle poderá ser exercido por qualquer juiz americano, todavia, na prática, percebe-se que somente em casos excepcionais há esta atuação, sendo a maioria das questões decididas apenas pela Suprema Corte e para os Tribunais Superiores.

Como outra característica do controle norte-americano, pode-se apontar o fato de que, somente os atingidos em seus direitos pela lei em desacordo com a Constituição, podem arguir sua inconstitucionalidade. Aos Tribunais não é dado avaliar os critérios de conveniência e oportunidade da lei; de outra forma, exige-se tão somente que se promova juízo comparativo entre a Constituição e a legislação.

Uma vez decidida a questão pela Suprema Corte Americana, são criados os precedentes, que passam a obrigar os poderes Judiciário e Executivo. Todavia, existe a possibilidade de um tribunal superior negar-se a aplicação do precedente, vez que, em se tratando de controle difuso, aplicado em casos concretos, pode ser que no caso em exame não se encaixe a aplicação do precedente.

Entende-se então que tanto os Tribunais Superiores, quanto a Suprema Corte Norte-Americana não estão submetidos incondicionalmente aos precedentes por eles criados. Como acima já se constatou, a aplicação ou não dos mesmos irá depender de análise subjetiva perante o caso concreto.

Horta, ao comentar sobre o sistema americano de controle de constitucionalidade, resume o pensamento do *Chief Justice J. Marshall*, escrevendo: "A Constituição predomina sobre a lei e a intenção do povo sobre a de seus agentes. Por

isso, identicamente, nenhum ato legislativo, contrário à Constituição pode ser válido”.³³

Bonavides afirma existirem três causas centrais para o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos: a adoção da federação que leva a incessantes conflitos de competência; o espírito americano de defesa dos direitos fundamentais, espelhando claramente o pensamento liberal e; a própria visão que a sociedade americana tem do Poder Legislativo, que nunca obteve nas novas colônias, a intensidade e o poder dados a ele em terras inglesas.³⁴

Por fim, salienta-se que não é aplicado nos Estados Unidos o controle por via direta ou abstrato da constitucionalidade.

2.2.3

Tribunal Constitucional Austríaco

Como em quase toda a Europa continental, a Áustria, até o início do século XX, confiava a elaboração e fiscalização das leis ao Parlamento, órgão soberano que sempre fora visto como porta-voz da vontade popular, não existindo então espaço para que se construísse doutrina a respeito do controle judicial das leis e demais atos normativos.

O grande inspirador da teoria do controle judicial das normas fora o brilhante jurista Hans Kelsen, que em 1920 percebeu a necessidade de evolução dos modos pelos quais se avaliavam e aplicavam as leis naquele país. Por sua influência, inseriu-se capítulo na Constituição austríaca tratando do Tribunal Constitucional, o qual trazia, como única atribuição, o controle de constitucionalidade das leis.

Consoante, relata Moraes,³⁵ abre-se franca discussão: de um lado, o alemão Schmitt, que defendia que o competente para promover o controle de constitucionalidade das leis seria o Presidente do Reich; de outro, Kelsen, que insistia para que fosse formado o Tribunal Constitucional.

O próprio Carl Schmitt escreve: “segundo o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do Presidente do Reich, eleito por toda a nação, somente

³³ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. p. 137.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 286.

³⁵ Op. cit., p. 125.

pode construir-se com a ajuda de uma Teoria muito próxima de um poder neutro, mediador, regular e tutelar”.³⁶

Já Kelsen, agora citado por Moraes, afirma:

se, se vê na essência da Democracia não na maioria toda poderosa, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e, conseqüentemente, na paz social, Justiça Constitucional surge como um meio particularmente adequado para realizar esta idéia.³⁷

Adota o sistema austríaco o controle de constitucionalidade por via direta, onde será atacada a lei em tese, para que se comprove sua constitucionalidade.

Na visão de Horta:

O constituinte austríaco de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen, optando pela organização federal, cuja adoção reclamou um lógico e racional processo técnico-jurídico de adaptação, confiou ao Tribunal Constitucional a missão de defender a inviolabilidade do texto constitucional, ao qual se subordinavam tanto a legislação do governo provincial (landesregierung), como a do governo federal, para manter a efetividade suprema e política da Constituição Federal.³⁸

No ano de 1975 fora promovida reforma no sistema até então vigente com a criação da chamada “questão constitucional”, que trouxe a possibilidade de qualquer Tribunal, ao confrontar-se com argumento de que a lei não está de acordo com a Constituição, poder suspender julgamento do processo e remetê-lo ao Tribunal Constitucional, para que seja então apreciada a inconstitucionalidade. É a adoção, de maneira tímida, de possibilidade de controle de constitucionalidade difuso pelo Judiciário austríaco.

Uma vez entendendo o Tribunal Constitucional que a lei padece de inconstitucionalidade material ou formal, decreta este a derrogação da mesma, ato este que vinculará todos os órgãos estatais. Entretanto, os efeitos só serão aplicados da data da decisão em diante, ou seja, serão *ex nunc*.

Há ainda possibilidade de, em casos excepcionais, como por exemplo, necessidade de manutenção da segurança jurídica, fixar o Tribunal prazo máximo de

³⁶ SCHMITT, Carl. *La defensa de La Constitución*. p. 220

³⁷ Op. cit., p. 130-133.

³⁸ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. p. 173.

18 (dezoito) meses para que o governo edite nova lei que venha a substituir aquela dita inconstitucional.

2.2.4

Conselho Constitucional Francês

Nas palavras de Montesquieu³⁹ “os juizes não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei”. Tal afirmativa é emblemática e projeta toda descon-fiança do povo francês com relação aos órgãos do Poder Judiciário.

Tal sentimento advém do tempo em que o Poder Judiciário se via atrelado de maneira estreita ao Poder Monárquico, servindo de instrumento para que o so-berano pudesse melhor governar e exercer sua tirania.

O papel de defensor dos interesses da sociedade sempre coube ao Parlamen-to, o que facilmente se constata pela sua participação na Revolução burguesa de 1789. Com ela, veio a idéia de restringir ao máximo o poder do juiz, fazendo dele mero aplicador (e não intérprete) das leis, que eram elaboradas pelo legítimo re-presentante popular, o Parlamento, o qual não iria criar normas contrárias ao inte-resse da sociedade.

Esta verdadeira aversão ao Poder Judiciário, tido como órgão serviçal do monarca, impediu que se criassem meios para defesa da Constituição francesa, no que tange as leis infraconstitucionais, que viessem a agredi-la.

Assim, apenas em 1946 fora criado o Comitê Constitucional francês, forma-do por membros do Poder Executivo e Legislativo, prevendo que no caso de in-compatibilidade entre a lei e os termos constitucionais, deveria ocorrer o reenvio da mesma à Assembléia Nacional Constituinte, para que houvesse nova delibera-ção. Fora o embrião para o Conselho Constitucional Francês, trazido em 1958 pela constituição da Quinta República.

O jurista Dantas comenta, ao tratar do *Le Conseil Constitutionnel*: “[...] re-ferido Conselho, o qual tem de ser compreendido, na perspectiva da concepção francesa, levando-se em conta que naquela, um dos princípios mais destacados, é *la souveraineté du Parlement* [...]”⁴⁰

A característica mais marcante deste Conselho é sua composição: são nove membros, escolhidos pelo Poder Executivo e pelo Parlamento, além de todos os

³⁹ Op. cit., p. 67.

⁴⁰ DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição*. p. 44.

ex-presidentes da República, como membros natos. Ou seja, apesar de inserido o controle de constitucionalidade na França, não são juízes de carreira que o exercem, o que demonstra claramente tendência em deixar o Poder Judiciário afastado desta atividade.

Promove o Conselho Constitucional controle preventivo das leis, este ainda no campo da deliberação no Parlamento. Verificando-se que o projeto de lei vem de encontro aos ditames constitucionais, e sendo provocado o Conselho, poderá ele proceder a análise para verificação da constitucionalidade.

Cabe ainda a este órgão constitucional o controle repressivo, que é a análise abstrata da repartição de competências entre o Parlamento e o Poder Executivo, tudo de acordo com a Constituição.

No campo dos efeitos, as decisões são chamadas *attendi* (considerandos), não comportam recurso e produzem aplicação *erga omnes*, trazendo vinculação a todos os órgãos públicos franceses.

É maioria a doutrina que entende haver no modelo francês um controle político da constitucionalidade. Sobre o assunto, Cappelletti:

é suficientemente clara – e de resto, mais ou menos reconhecida por numerosos estudiosos franceses – a natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo Conseil Constitutionnel: e isto não apenas [...] pela natureza antes política que judiciária do órgão, natureza que se revela quer na escolha e no status dos membros que dele fazem parte, quer, sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar, mas também e especialmente pelo caráter necessário, [...] do controle que desenvolve, [...] bem pelo caráter preventivo da função de ‘controle’ por aquele órgão exercida.⁴¹

2.2.5

Tribunal Constitucional Federal Alemão

A história do controle de constitucionalidade na Alemanha passa, inevitavelmente, pela trajetória do nazismo naquele país. Isto porque a Constituição de Weimar (1919), muito embora não previsse de maneira expressa a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis imperiais, fora tal entendimento sendo incorporado pela jurisprudência alemã.

⁴¹ Op. cit., p. 29.

Francamente contrário a esta posição, Carl Schmitt, citado por Moraes, escreveu:

[...] a propensão a considerar os Tribunais sentenciadores como garantia máxima de uma Constituição se explica, principalmente, por uma opinião muito generalizada sobre a Corte Suprema dos Estados Unidos da América. Esse Tribunal, justamente famoso em todo o mundo, se converte, ao que parece, para certos juristas alemães, em uma espécie de mito.⁴²

Entretanto, com o advento do Nazismo, coibiu-se qualquer tipo de controle às leis editadas pelo *führer*, mas, conforme salienta Moraes,

As nefastas experiências nazistas, em parte decorrentes da inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, e da inexistência de mecanismos impeditivos da criação de uma ditadura da maioria em um regime totalitário, demonstraram a necessidade de adoção do 'judicial review' pela Lei Fundamental alemã de 1949, [...]⁴³

A Constituição alemã traz, na composição do Poder Judiciário, o Tribunal Constitucional independente e autônomo, responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, tanto de forma difusa quanto abstrata.

Há então monopólio decisório do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ou seja, somente este órgão é que poderá apreciar arguição de inconstitucionalidade, quer seja no caso concreto ou na análise da lei em tese e, se for o caso, decretar a cessação de vigência daquele ordenamento que vem chocar-se com os preceitos da Carta Fundamental.

Ao contrário do Conselho Constitucional Francês, é composta a corte constitucional alemã de dezesseis membros, sendo seis deles advindos de cargos da magistratura de carreira e os demais por escolha do Parlamento e do Poder Executivo.

Em sede de controle abstrato, julga questões que abordam eventual incompatibilidade, material ou formal, entre a legislação e a Constituição alemã, atuando somente mediante provocação dos órgãos legitimados.

⁴² Op. cit., p. 153.

⁴³ Ibid., ...

Ressalte-se que o controle é sempre repressivo, ou seja, irá atuar a Corte somente após a entrada em vigor da lei no ordenamento jurídico.

Atua ainda o Tribunal Constitucional Federal no controle difuso, nos mesmos moldes da questão constitucional austríaca, na denominada “questão de constitucionalidade”. Se o juiz ou Tribunal constata dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei, perante caso concreto, suspende-se o processo e encaminha-se ao Tribunal Constitucional Federal. É então vedada a aplicação pelos juízes de primeiro grau do controle difuso, face ao monopólio decisório exercido pelo TCF.

As decisões deste Tribunal são vinculantes aos demais órgãos do Estado.

2.3

O Controle de Constitucionalidade no Brasil

No Brasil Imperial, quando vigorou a Constituição de 1824, devido à evidente influência francesa, não havia qualquer menção ao controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, visto que o Parlamento era tido como órgão soberano e detentor da representatividade popular, não existindo a possibilidade elaborar atos atentatórios à vontade geral.

O Poder Moderador, exercido pelo Imperador, creditava-lhe ainda o controle de qualquer ato que atentasse contra as leis imperiais e a Constituição.

Para Nogueira, a neutralidade e a imparcialidade atribuída ao Poder Moderador, que retirava da lei qualquer vício, aliada a importação por Benjamin Constant do modelo francês – aos juízes não deve ser permitido apreciar a constitucionalidade das leis – foram as principais causas da inexistência do controle de constitucionalidade, nos tempos do Império.⁴⁴

Tratando do mesmo tema, Bittencourt escreveu:

Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal “suprema inspeção”, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do

⁴⁴ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador.⁴⁵

Determinava a Carta Imperial, em seu artigo 15, 9º: “É de atribuição da Assembléia Geral: 9) Velar pela guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação.”⁴⁶

A chegada da República e a Constituição de 1891 inauguram mudança de tendências no país, que passa a aderir a vários institutos de origem norte-americana. É apresentado ao país o controle difuso de constitucionalidade, baseado na teoria inaugurada pelo juiz Marshall.

No artigo 59, parágrafo 1, alínea “a” da Constituição de 1891, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se a seguinte disposição:

Artigo 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

Parágrafo 1: Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...]

b) quando *se contestar a validade* de leis ou de atos do governo dos Estados *em face da Constituição*, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. (sem grifo no original)⁴⁷

Inaugura-se assim o controle difuso de constitucionalidade, havendo posteriormente a edição da Lei nº 22/1894, que melhor definiu a atuação dos juízes neste controle, também denominado por via de exceção.

Entretanto, consoante observação de Alves, não fora de pronto a aceitação e até mesmo o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal de que agora possuía ele competência para examinar a constitucionalidade das leis. Diz o autor:

inicialmente, não se deu conta o Supremo Tribunal Federal, composto, em sua grande maioria de membros advenientes do Supremo Tribunal de Justiça do império, que não conheciam esse poder. Foi RUI BARBOSA, que em 1893, a propósito de causa por ele patrocinada, sustentou que cabia aos juízes e tribunais examinar a

⁴⁵ BITTENCOURT, G. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 28.

⁴⁶ BARRETO, Carlos Eduardo. *Constituições do Brasil: legislação brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1971. v. I. p. 8.

⁴⁷ BARRETO, op. cit., p. 200.

constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, negando-lhes aplicação ou execução quando violadores da Constituição.⁴⁸

No dizer de Bonavides, “o controle por via de exceção é o mais apto a prover a defesa do cidadão contra atos normativos do Poder”.⁴⁹ Isto porque o outro controle que surge no Brasil somente no século XX vem a limitar subjetivamente a possibilidade de questionamento de uma lei contrária à Constituição, visto que somente a alguns será concedida legitimidade para atuar em sede de controle por via direta.

Partindo agora para a Constituição de 1934, de influência alemã, constitui tal Carta um expressivo marco para que fosse implantado no Brasil o controle direto de constitucionalidade.

Há pelo menos três inovações que dariam os contornos do futuro sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a saber:

- A) exigência da maioria absoluta dos juízes responsáveis pelo julgamento, no caso de declaração de inconstitucionalidade (artigo 179 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público);
- B) suspensão pelo Senado Federal da execução de lei ou ato atentatório à Constituição (artigo 91, inciso IV, “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”);
- C) no artigo 12, parágrafo 2º, da Constituição, a possibilidade do Procurador Geral da República provocar a Suprema Corte para que conhecesse da lei federal que tivesse decretado intervenção (“artigo 12: Ocorrendo o primeiro caso do n° V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema mediante provocação do Procurador Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.”)⁵⁰

Principalmente esta possibilidade do Procurador Geral da República levar à Corte Suprema a lei federal abriu caminho para a legitimação ativa das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como as ações declaratórias de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 2.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 305.

⁵⁰ BARRETO, op. cit., p. 239-426.

Pode-se então afirmar que a origem do controle abstrato de constitucionalidade está na Constituição de 1934, ainda que de modo tímido, mas já ensaiando seus primeiros passos.

Contudo, com a outorga da Constituição de 1937 por Getúlio Vargas, houve retrocesso no que tange ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, havendo clara intenção de se retalhar a atuação judicial, até face ao caráter autoritário daquela Carta. No dizer de Barroso, houve rompimento com a independência e harmonia dos Poderes, pela atribuição de supremacia ao Executivo.⁵¹ Retirou-se a possibilidade de controle abstrato, quedando-se regulado somente o controle difuso, no artigo 101, inciso III, alínea b:

Artigo 101, III, b: Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instâncias:

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

A Constituição de 1946 trouxe o reencontro com os institutos democráticos, promovendo a total reinserção do *judicial review*, e manteve a competência do Senado Federal para suspender lei ou ato declarado inconstitucional, pelo controle difuso.

Mas foi através da Emenda Constitucional de 1965 que veio à tona a fiscalização abstrata de lei e atos normativos federais e estaduais, reformando o artigo 101, inciso I, alínea K:

Artigo 101, I, k: Ao Supremo Tribunal Federal compete:

Processar e julgar originariamente:

k - A representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República...”

Nota-se que o artigo garante também aos Estados-membros a possibilidade de controle da constitucionalidade de suas leis perante a Constituição Federal.

No comentário de Clève é de se causar estranheza o fato de que, em plena vigência do regime militar, haja tal abertura para implantação de controle abstrato

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.

de constitucionalidade, que se constitui de verdadeira bandeira do Estado Democrático de Direito.⁵²

A Constituição editada em 1967 e a Emenda produzida em 1969 somente mantiveram a ordem então vigente, com exceção da competência estadual, que fora retirada do texto constitucional.

É realmente a Constituição de 1988 que promove o aprimoramento do sistema do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, trazendo as seguintes inovações:

- A) o recurso extraordinário passa a atender casos estritamente de lesão ao texto constitucional;
- B) ampliação da legitimação ativa, antes privilégio do Procurador Geral da República;
- C) retomada do controle das leis e atos normativos pelos Tribunais estaduais;
- D) criação da figura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- E) criação do remédio constitucional do mandado de injunção;
- F) criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- G) inserção de dispositivo que prevê a defesa da lei impugnada pelo advogado geral da União;
- H) criação, pela emenda constitucional nº 03/93, da ação declaratória de constitucionalidade.

2.4

O Controle Difuso da Constitucionalidade

O controle dito concentrado é também denominado controle por via de exceção ou controle concreto e, repetindo o que acima se afirmou, tem-se a origem do controle difuso de constitucionalidade na doutrina norte-americana, no que se costumou denominar a Teoria Marshall (em menção ao juiz que a desenvolveu, em *leading case* da Suprema Corte Americana).

⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata...* p. 71.

Bonavides entende que a contribuição norte-americana neste caso fora, em grau de importância, comparada à disseminação do federalismo e do presidencialismo, também apresentadas ao mundo pelos Estados Unidos.⁵³

Neste tipo de controle, não há ataque direto à lei que traz a inconstitucionalidade. Existe sim a possibilidade do juiz, em sendo provocado ou até mesmo *ex officio*, apontar para a incompatibilidade da lei frente à Constituição Federal e, por conta disto, nega-se este a aplicá-la no caso concreto que está julgando. Conforme Rui Barbosa, citado por Bonavides (2002, p. 272):

O ato criminado subsiste no corpo geral das leis ou dos decretos, enquanto o poder competente não o desfizer... Essa função, pois, não obra senão caso a caso, a favor dos que reivindicarem a imunidade constitucional, não atuando para a série das espécies afins, senão moralmente, pelo prestígio do julgado, pela conclusão de seus fundamentos, pela paridade das suas conclusões.⁵⁴

A evolução deste tipo de controle no Brasil contempla uma transferência de atitude passiva do cidadão afetado pela lei, ou seja, no início, somente poderia vir a alegar a inconstitucionalidade em sede de contestação, em nítida posição defensiva.

Contudo, conforme ensina Clève, ao longo dos anos viu-se uma alteração na doutrina, sendo ampliado o campo de atuação do atingido pela lei inconstitucional, podendo ele provocar a Jurisdição especialmente para exigir do Estado-juiz a aplicação do controle de constitucionalidade difuso.⁵⁵

No tocante à legitimidade ativa, possuem-na todos aqueles que integram a relação processual sendo como parte ou terceiros e o Ministério Público, mesmo que agindo como *custos legis*.

Necessário se faz, no entanto, renovar-se a idéia de que não se caracteriza por *conditio sine qua non* a provocação do interessado para que o juiz exercite a faculdade de controle de constitucionalidade da lei. No caso do controle difuso, em observando o descompasso entre a lei ou ato normativo e a Constituição, pode o juiz de ofício declarar a inconstitucionalidade daquela/daquele em relação a esta.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 275.

⁵⁴ BONAVIDES, 2002, p. 272.

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata...* p. 230.

Importante salientar ainda que, no caso de julgamento de constitucionalidade por Tribunais, faz-se necessária a maioria absoluta dos votos, seguindo determinação expressa da Constituição, em seu 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.”

A competência para exercer o controle difuso recai cumulativamente sobre o juiz responsável pelo julgamento da causa principal. No aspecto processual, é cabível o controle difuso em qualquer dos processos, seja de conhecimento, execução ou cautelar, bem como em sede de qualquer ação constitucional (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública)

Quanto ao modo como será processada a arguição de inconstitucionalidade no juízo de primeiro grau, nada há de especial, podendo ser levantada a qualquer tempo e, quando da sentença, deve ser resolvida juntamente com as demais prejudiciais do mérito.

Já nos Tribunais, há expressa disposição sobre o assunto no Código de Processo Civil. Havendo este tipo de argumentação, o relator dos autos leva questão a julgamento pela turma ou câmara (artigo 480 e seguintes, Código de Processo Civil)

Sendo rejeitada a arguição de inconstitucionalidade, prossegue julgamento do mérito. De modo diverso, uma vez acolhido o apelo, lavra-se acórdão sobre o tema e encaminham-se os autos ao órgão do Tribunal responsável pela apreciação desta matéria. No caso do Estado do Paraná, o Plenário do Órgão Especial julgará e, logo após fará retornar os autos à Câmara ou Turma, para que se dê prosseguimento ao julgamento.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade por controle difuso, o efeito desta declaração não extrapola aos limites da lide, ou seja, irá atingir somente as partes do processo, no que a doutrina costuma chamar de *efeito subjetivo intra partes*.

Já com relação ao espaço temporal no qual vigorará a declaração, entende-se que uma vez dita inconstitucional, considera-se nula a lei desde a data que passou a ser observada pelas partes.

Num exemplo, se fora um contrato firmado com base em lei viciada perante a Constituição, uma vez declarada inconstitucional esta norma, retroagem seus efeitos para as partes à data de assinatura do contrato. É o chamado efeito *ex tunc*.

2.5

O Controle Concentrado da Constitucionalidade

Grande responsável pelos avanços obtidos na seara do controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988, além de ampliar os horizontes da Ação Direta de Inconstitucionalidade (nome dado em substituição à “representação de constitucionalidade”), ainda trouxe as figuras da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade (EC 03/93) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No sentir de Clève, “o modelo concentrado vai, mais e mais tomando espaço no Brasil, mesmo sendo país que não tem Tribunal Constitucional que adota, ao lado do incidental, a fiscalização abstrata.”⁵⁶

De mesma opinião é Bonavides, ao afirmar que a ampliação dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade faz com que o instituto venha a merecer maior respeito e credibilidade, transformando-se em arma a serviço da manutenção do Estado Democrático de Direito.⁵⁷

Ao citar o controle abstrato de maneira genérica, faz-se mister assinalar que se tem realmente a inauguração de um processo junto ao órgão competente para julgar a inconstitucionalidade abstrata.

Todavia, não há composição de lide, no sentido que dá a ela Cernelutti, visto que inexistente pretensão resistida, pois não há caso concreto. Recordemos que o controle abstrato não advém de um conflito de interesses entre duas partes. Existe sim uma dúvida sobre a validade perante a Constituição de lei ou ato normativo infraconstitucional.

⁵⁶ CLEVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata...*

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*

2.5.1

Inexistência de partes

Não há então a defesa de direito lesionado ou ameaçado de lesão, há sim pelos legitimados a busca da manutenção da ordem constitucional; é, em síntese, a própria defesa da Constituição.

De forma idêntica, não se pode admitir existência de partes, justamente pela falta de interesses subjetivos a serem protegidos. O que se tem, de um lado, são os legitimados pretendendo defender a Carta Fundamental e, de outro, a lei *in abstracto* a ser avaliada. Não vão figurar no pólo passivo, por exemplo, aquele que teve a iniciativa do projeto de lei ou o órgão que a editou.

Quanto aos legitimados ativos, vêm eles descritos no bojo do artigo 103 da Constituição Federal, sendo que seu *caput* traz aqueles aos quais se permite ingresso com Ação Direta de Inconstitucionalidade e ainda com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

Artigo 103 – Podem propor ação de inconstitucionalidade

I – o Presidente da República

II – a Mesa do Senado Federal

III – a Mesa da Câmara dos Deputados

IV – a Mesa das Assembléias Legislativas

V – o Governador dos Estados-membros

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

Ainda no artigo 103, já em seu parágrafo 4º, traz a Constituição os legitimados para propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade, outra modalidade de controle abstrato, são eles: Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal e Procurador Geral da República.

No campo da legitimidade, importa ainda salientar o instituto da pertinência temática, criado pelo Supremo Tribunal Federal com intuito de tornar ainda mais dificultoso o acesso a este tipo de controle.

Reza a pertinência temática que alguns dos legitimados, além da autorização expressa do artigo 103 da Constituição Federal, devem ainda comprovar, para que se veja processada sua ação direta genérica de controle de constitucionalidade, interesse na declaração de inconstitucionalidade.

Importa em dizer que o Governador do Estado, as Assembléias Legislativas e as Confederações Sindicais só poderão provocar o controle abstrato se, de alguma forma, aquela lei em descompasso com a Constituição vier afetar aos interesses por eles defendidos.

Diante desta medida nitidamente inibitória, opõe-se Clève, atestando que “[...] o máximo que se pode exigir é a aferição de legitimidade, vendo se há interesse genérico na preservação da supremacia Constitucional”.⁵⁸

Muito embora os legitimados tenham a faculdade de ingressar com ação para conferência da constitucionalidade de lei ou ato normativo, uma vez intentada ação, não possuem os mesmos a faculdade de declinarem do feito, ou seja, lhes é vedada a desistência. No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, a Lei nº 9.868 de 1999 expressamente prevê tal proibição, por seu artigo 5º.

2.5.2

Competência para julgar

Passando agora para os órgãos do Judiciário que têm competência para julgar ações que visem o controle abstrato de leis e atos normativos, e abordando mais especificamente as ações diretas de inconstitucionalidade, percebe-se também aqui uma restrição, visto que se forem leis e atos normativos federais e estaduais que vêm de encontro à Constituição Federal, consoante artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, a competência é originária do Supremo Tribunal Federal.

Ainda prevê o texto constitucional em seu artigo 125, parágrafo 2º, a competência dos tribunais de Justiça dos Estados-membros para julgarem ações que visem o controle, por via direta, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais que agridam Carta Estadual.

Fora afastada a possibilidade de averiguação de lei municipal em desalinho com a Constituição Federal, utilizando-se o legislador constitucional do chamado silêncio eloquente, ou seja, ao não inserir na alínea a competência para apreciar lei municipal em face da Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal, não permitiu o constituinte que se alongasse tal competência.

⁵⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata...*

2.5.3

Processamento da ação direta de inconstitucionalidade

Atesta Bonavides: “Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. [...] Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível.”⁵⁹

Quanto ao processamento da ação direta de inconstitucionalidade, cabe aqui menção de que é dispensada a capacidade postulatória apenas ao Procurador Geral da República; todos os demais devem fazê-lo através de advogado.

Uma vez distribuída ação, será encaminhado processo ao relator que poderá encaminhar pedido de informações relativo à lei ou ato normativo questionado ao órgão do qual emanou a decisão.

Ainda, concede a lei possibilidade do relator requisitar informações adicionais nos demais Tribunais do país, bem como agendar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas que tenham conhecimento e experiência na matéria que trata a lei ou ato normativo.

Após todo este período de instrução da ação direta de inconstitucionalidade, dá-se vista dos autos ao Advogado Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sendo que o primeiro irá proceder a defesa formal do texto atacado. Segue logo após ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para o julgamento no mérito.

2.5.4

Efeitos da decisão

Uma vez julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, faz a decisão coisa julgada *erga omnes*, ou seja, abrange a decisão a todo país e não apenas ao legitimado que provocou a jurisdição constitucional.

Deste modo, ficam também vinculados à decisão os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário e, caso haja inobservância da decisão, afirma Clève,

No caso de inobservância pelos juizes e tribunais, da coisa julgada *erga omnes*, e tendo o Supremo decidido que descabe a reclamação, na medida em que a eficácia da decisão na ação direta, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 277.

Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto.⁶⁰

Prevê ainda a lei n.º 9.868/99, em seu artigo 27 :

Artigo 27 – 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 2/3 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.

Destarte, poderá o Supremo Tribunal Federal modificar o espaço temporal no qual terá eficácia a decisão que julga inconstitucional a lei ou ato normativo federal. Prevê a lei que, em casos onde seja necessário que se mantenha a segurança jurídica ou interesse da sociedade, possa a Corte Suprema, em decisão de caráter político, marcar tempo certo para que uma lei deixe de ser constitucional.

Desastroso se mostra o presente dispositivo, pois, caso entenda o Supremo Tribunal Federal que uma lei não está de acordo com os ditames constitucionais, não poderá tal órgão permitir que, mesmo contrariando o que diz a Constituição, possa tal norma regular algumas relações jurídicas.

Tal dispositivo vem, via de regra, ao auxílio dos Poderes instituídos (Executivo e Legislativo), em casos onde estes órgãos deverão promover a pacificação das situações criadas e não resolvidas, com a declaração de inconstitucionalidade. Entretanto, não pode o cidadão pagar pela inoperância legislativa do Poder Legislativo ou, eventualmente, do Poder Executivo.

Aceitar a constitucionalidade deste artigo seria o mesmo que aceitar a existência de uma lei inconstitucional constitucional, ao menos por um período de tempo. Sob este enfoque, não deve o Supremo Tribunal Federal prestar-se, mais uma vez, a papel de serviçal dos demais poderes, sacrificando os interesses subjetivos e mais, a própria integridade da Carta Fundamental, para proteger os demais Poderes de serem responsabilizados pela precariedade com a qual tratam o processo legislativo, o que traz por resultado leis que afrontam a Supremacia Constitucional.

⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata*... p. 161.

Ação Civil Pública

Nas palavras de Dinamarco, “[...] o juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.”⁶¹

Desta definição, a primeira análise que se extrai é que se deve, mais do que nunca, apartar as definições de Estado e sociedade, normalmente entendidas pela doutrina como sinônimas, chegando alguns a trazer a definição de Estado como sendo a sociedade organizada civilmente.

Esta simbiose entre os termos não mais se admite, visto que até para se aplicar e explicar as ações constitucionais para defesa dos interesses individuais e coletivos, dentre elas a ação civil pública, é necessário que se coloque o Estado e a sociedade em diâmetros opostos.

Isto porque a sociedade busca, através da ação civil pública, impedir ou reparar ato lesivo emanado justamente do Estado que, não só no cenário pátrio mas também no Direito Comparado, é tido como maior infrator das normas jurídicas por ele editadas.

Na visão de Campos,⁶² Estado e sociedade são entes diferenciados e somente por este prisma se consegue compreender o sentido da ação civil pública como instrumento de participação popular no Estado.

Este jurista atesta ainda que chega a ação civil pública para concretizar a tendência de se alterar os caminhos entre Estado e sociedade, não mais sendo a via de mão única, onde se operava a intervenção daquele em vários segmentos desta, sem que houvesse contrapartida.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 47.

⁶² CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

Inaugura-se então a inserção popular no Estado como meio eficaz de fiscalizar a representatividade conferida aos governantes e, em segunda análise, aumentar seu campo de incidência.

Contudo, não seriam alcançados os desígnios da Constituição Federal, no tangente as ações de defesa dos interesses da sociedade em face dos desmandos estatais, se não houvesse meios postos à disposição para que se atingisse o alvo: o Estado-infrator.

Tal observação se faz porque existe aqui o paradoxo de se ter o infrator editando e modificando a seu critério, nem sempre idôneo, as leis pelas quais se deve pautar no trato com o indivíduo, com a coisa pública etc.

É exatamente aí que se insere a atuação efetiva do Poder Judiciário, funcionando como mecanismo pelo qual a sociedade contém os abusos cometidos pelo Estado.

Entretanto, há que se ressaltar que somente com a ativa participação do juiz no processo é que se garantirá ao popular a devida proteção face aos arbítrios do Estado.

Tal idéia vem de encontro ao modelo adotado pelos processualistas após a Revolução Francesa, de requintes liberais, onde os juizes eram tolhidos de qualquer poder criativo no decorrer do litígio, face ao receio que tinham os legisladores quanto à eventual possibilidade de subordinação do Poder Judiciário ao Poder Executivo.

Por óbvio que, em existindo tal dependência dos membros do Poder Judiciário em relação à chefia executiva de um Estado, fatalmente estaria comprometida qualquer tentativa de frenagem dos desmandos da Administração Pública.

Tais impressões não mais se sustentam nos dias atuais, o que faz com que seja revisitada toda teoria acerca da atuação do juiz no processo, devendo ele hoje abandonar o posto de mero observador para efetivamente promover a entrega do bem da vida a quem de direito.

3.2

Os Interesses Envolvidos na Ação Civil Pública

A primeira distinção a ser abordada seria aquela referente ao que seria interesse público e, ao lado dele, os interesses difusos e coletivos. Segundo lição de

Grinover,⁶³ todos estes conceitos transitam no campo dos interesses ditos meta-individuais.

Diferencia-se, no entanto, o interesse público por constituir algo de que todos os indivíduos que compõem a sociedade comungam e, de modo diverso, são os interesses coletivos direitos de uma coletividade de pessoas que compõem a sociedade, por exemplo, o condomínio, a sociedade empresarial e, em plano superior, quando não se pode facilmente determinar tal coletividade, surgem instituições aptas a representarem o coletivo, como os sindicatos.

Citando Carnelutti, Campos afirma que “interesse é a posição favorável à satisfação de necessidade”.⁶⁴

De volta à lição de Grinover, traz-se novo grupo de interesses meta-individuais, qual seja, o que contém os *interesses difusos*, que têm por característica a indefinição quanto aos seus titulares, quer porque accidental a coletividade (residir em determinada área), quer porque mutável (consumidores do mesmo produto). Resume-se a duas as características essenciais destes interesses: a indeterminabilidade quanto aos seus titulares e a indivisibilidade de seu objeto.

Em que pese posições antagônicas sobre o aspecto indivisível dos interesses difusos, é certa a característica da impossibilidade de se apontar com precisão seus titulares.

Ao lado do interesse difuso, no entanto, sem que seja dele sinônimo, tem-se os *interesses coletivos* que se referem ao homem inserido, ou melhor, vinculado a um grupo social definido. É exatamente aí que se diferenciam as duas espécies de interesse, vez que é possível se delinear com perfeição o grupo social que compõe tal coletividade. Como exemplo, cita-se a situação do acionista de uma mesma empresa; todos detêm interesses coletivos com relação aos negócios praticados por aquela empresa.

Para bem enfocar o tema, é necessária a reprodução de trecho da obra de Mancuso:

[...] conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero interesses meta (ou super) individuais, tudo indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa e outra de ordem qualitativa:

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 31.

⁶⁴ Op. cit., ...

sob o primeiro enfoque, verifica-se que o *interesse difuso concerne a um universo maior do que o coletivo* [...] sob o segundo critério, vê-se que o *interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa*, ao passo que, no *interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto ser humano...* (sem grifo no original)⁶⁵

Assenta-se a evolução dos interesses supra-individuais justamente no maior grau de complexidade exigido pelas sociedades contemporâneas, pois a partir da máxima “o homem é um ser social”, houve um enriquecimento das relações interpessoais, procurando o homem aglomerar-se em nichos sociais onde todos tenham as mesmas perspectivas e dificuldades, para que mais facilmente alcance o que se deseja.

É o perfil da sociedade de massa, onde passa o indivíduo a ser descrito e identificado não por dados pessoais, mas pelo grupo ao qual pertence, da mesma forma que é ele individualmente afetado por atos dirigidos a esta coletividade.

Em função disso, cada vez mais o processo vem se transformando em palco para discussões que transcendem, em muito, as pretensões pessoais do indivíduo, havendo considerável aumento de causas envolvendo direitos pertencentes à parcela bastante volumosa da sociedade.

Para tornar completa a abordagem, falta ainda tratar dos chamados *interesses individuais homogêneos* que, em superficial análise, podem até ser confundidos com aqueles ditos coletivos. Mas há entre eles distinção no que tange à possibilidade de defesa individual de tal interesse, visto que aqui a homogeneidade se dá por circunstância fática, e não por uma relação jurídica.

Como consequência, podem tais interesses cindir-se de modo que cada um de seus titulares adentre em juízo em busca de respaldo para evitar lesão ou reparação para o dano. A reunião destes interesses em uma só demanda é acidental, ou seja, não tem caráter obrigatório.

Como exemplo, tomam-se os proprietários de determinada marca de veículo que apresenta defeito de fabricação. No caso, poderia cada qual dos interessados adentrar em juízo para reclamar sobre a qualidade do produto, visto que é plenamente possível se quantizar o dano. Fácil a constatação de que o motivo que os une é fático, qual seja, todos são proprietários do bem que apresenta avarias.

⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para arguir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 73.

A diferenciação se dá justamente pela opção que tem o portador de interesse individual homogêneo em provocar a Jurisdição de maneira isolada ou aguardar pela demanda coletiva. De modo contrário, não possui esta discricionariedade o portador de direito meta-individual difuso ou coletivo, pois nestes casos somente através da defesa coletiva poderá haver proteção de seus interesses.

3.3

O Processo Tradicional e sua Incompatibilidade com a Tutela dos Interesses Meta-Individuais

Como salientado por Moreira, tem sabor de lugar-comum a observação de que a estrutura clássica do processo civil corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente à situação de conflito entre interesses individuais.⁶⁶

Não se pode assim promover perfeito encaixe de institutos direcionados a indivíduos determinados e os novos interesses a serem protegidos, que, já de começo, não apontam de maneira certa quem são seus titulares.

Inadmissível que, por preciosismo e homenagem à formalidade processual, padeçam tais direitos à margem da tutela jurisdicional. Ao contrário, devem existir adaptações congruentes com o espírito a apregoado por esta nova modalidade de direitos.

Mas que interesse brotará do seio dos Poderes Executivo e Legislativo em concatenar a nova era de interesses e o ancião processo civil? Aponta para o problema Grinover, ao dizer:

Não se pode duvidar do interesse dos detentores do poder, econômico e político, no sentido de controlar e absorver o alto índice de conflitos meta-individuais criado pelos interesses difusos. E, um dos meios desse controle é exatamente a institucionalização das formas de participação. [...]

E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do coletivo e do social.⁶⁷

⁶⁶ MOREIRA, Barbosa. *Ação Popular*, p. 110.

⁶⁷ Op. cit., p. 34.

Assim é necessário, mesmo contra a vontade de alguns segmentos do Estado, que sejam revisitados conceitos do processo clássico como de legitimação e interesse em agir e, ainda, os limites subjetivos e objetivos alcançados pela coisa julgada, no caso de sentença que aborde interesses meta-individuais.

Mais uma vez, é bom que se destaque o papel criativo do juiz ao proferir decisão em sede de ação civil pública, pois como se verá em tópico seguinte, caberá a ele a delimitação da amplitude de sua sentença, tudo com embasamento nas impressões retiradas do caso em concreto. O que se defende aqui é a libertação das amarras do formalismo, promovendo decisões inócuas que aumentam a sensação de impotência da sociedade perante os representantes do Estado.

Na opinião de Mancuso, a proposta de adaptação do processo às novas exigências da sociedade de massa é, de longe, a melhor saída. Dentre motivos apontados pelo autor está, em primeiro plano, a necessidade atual de tutela dos interesses coletivos que não podem ficar à mercê de uma revisão global de nosso Código de Processo Civil.

Argumenta ainda que uma interpretação mais flexível e abrangente dos institutos já existentes em nossa codificação leva à conclusão de que vários deles podem servir às atuais situações envolvendo interesses coletivos.

Por fim, alerta para o fato de que, se inexistir tutela estatal através do Poder Judiciário, haverá uma natural busca de soluções, contudo serão estas pautadas em atos menos pacíficos, que virão em prejuízo da paz social.⁶⁸

3.4

O Poder Criativo do Juiz no Direito Comparado

Engana-se quem atribui somente ao Brasil a tendência ao conservadorismo e o natural temor frente às inovações, por mais proficuas que possam se mostrar.

Também nos países europeus sente-se esta batalha invisível entre a sociedade atual que não mais se conduz por modelos clássicos (quer jurídicos ou políticos) e os poderes constituídos, receosos pelas consequências que os novos ares trarão.

⁶⁸ Op. cit., ...

Aliado a tal fator, há que se ressaltar ainda o desinteresse do Estado em ver aplicadas as mudanças desejadas, face ao custo financeiro que isto provavelmente geraria, sem citar a necessidade de alteração das posturas por ele adotadas frente a seus populares.

Percebe-se que os avanços europeus no campo dos interesses coletivos e difusos têm relação direta com o grau de autonomia conferido ao Poder Judiciário, justamente por ser ele o meio de se compelir o Estado a reconhecer e, além disso, garantir os direitos meta-individuais.

Para ficarmos em alguns exemplos, na Itália, já na década de 70, Capelletti descreve pontos fundamentais sobre a tutela de tais interesses. Dentre eles, destaca que, sendo a sociedade atual uma sociedade de massa onde as principais violações a direitos atingem a uma coletividade, os interesses típicos desta sociedade são difusos e coletivos, e é em torno deles que deve ser repensado o processo civil.

Anota o referido jurista que determinados interesses não poderão ser defendidos por um só cidadão, somente havendo tutela se coletiva fosse a representação processual.⁶⁹

No que tange à pedra de toque da ação civil pública, entende Capelletti que os limites impostos pela coisa julgada deveriam ser estendidos pelo juiz a todos os titulares do interesses tutelado, em se demonstrando a validade da representação em Juízo.

Passando ao direito francês, não há dispositivo de lei que dê respaldo a esta manifestação judicial no sentido de estender os efeitos da sentença além das partes processuais. De modo expreso, o Código Civil da França, em seu artigo 5º, proíbe tal conduta, devendo a sentença atingir subjetivamente somente aqueles que participaram do processo.

Vale registro a existência, no direito inglês, das *representative actions*, onde é dada a um grupo de pessoas a legitimidade para atuar em juízo em nome de uma coletividade. Tudo sob albergue de alguns requisitos, quais sejam: todos os membros do grupo que se faz representar devem padecer de danos causados por ato que atinja a todos uniformemente e o provimento judicial deve ter o condão de beneficiar a todos os envolvidos.

⁶⁹ CAPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. *Giurisprudenza Italiana*, parte IV, 1975. p. ...

Ao lado deste instituto, há também as chamadas *test actions*, que funcionariam como uma provocação da Jurisdição para que se dê amostra daquilo que será concedido ao grupo. Porém, uma vez decidida, em havendo prévia concordância de todos, há extensão da eficácia da decisão, que passa a vincular os envolvidos.

Por fim, não se pode ignorar que o celeiro destas ações visando tutela de interesses pertencentes ao coletivo são os Estados Unidos da América, que têm como ações mais relevantes as *class actions* – importadas com algumas ressalvas por nossa doutrina e aqui denominadas “ações de classes”.

Em genérica explanação poder-se-ia dizer que tais ações têm no pólo ativo um dos integrantes do grupo lesado. Mas para que seja viável sua utilização, requer-se alguns requisitos prévios: número muito grande de interessados que torne inviável a formação de litisconsorte, questões comuns a todos os integrantes e verificação da legitimidade dos representantes.

Importante que se destaque que aqueles membros do grupo afetado que permaneceram ausentes ao litígio também serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada. Entretanto, o juiz é o verdadeiro protagonista nas *class actions*, visto que, cabe a ele apontar a abrangência de sua decisão, através do chamado *defining function*.

3.5

Legitimidade e Limites da Sentença na Ação Civil Pública

Discute-se a legitimidade para propor ação civil pública para defesa de interesses coletivos justamente porque traz o assunto com ele a problemática dos limites da coisa julgada, em sede de interesses meta-individuais.

Centraliza-se a discussão sobre os meios que dispõe o magistrado para aferir a validade da representação em tais ações. Tomando-se o direito comparado como baliza – principalmente a doutrina norte-americana através da qual construiu-se boa parte do sistema de defesa dos interesses coletivos em nosso ordenamento – tem-se o exemplo das *class actions* anteriormente conceituadas.

Neste tipo de ação, uma vez considerada válida a representação, todos os indivíduos que compõem a coletividade serão afetados pela coisa julgada.

Sobre o tema, Mancuso pondera:

Isto porque, tratando-se de interesses plurisubjetivos a coincidência não pode ser buscada no binômio "titularidade de direito subjetivo-autor da ação", mas deriva de outra circunstância: a presunção de que naquele representante idôneo estão subsumidas as situações subjetivas dos integrantes das class.⁷⁰

Entretanto, a Lei da Ação Civil Pública através da alteração traçada pela Lei 9.494 de 1.997 (oriunda de medida provisória) alterou o artigo 16, que trazia a eficácia a ser empregada na sentença.

Desastrosa fora a mudança, visto que houve confusão entre institutos marcadamente distintos, quais sejam, os limites da coisa julgada e competência territorial ou absoluta do juízo.

Tratando da competência para julgar ação civil pública, pela redação do artigo 2º da LACP percebe-se ser ela de natureza funcional, e, portanto, absoluta e não territorial e relativa, com quis o legislador reformista.

Ou seja, uma vez constatado dano, será competente para julgar a causa o Juízo onde o mesmo ocorreu, inexistindo possibilidade de modificação posterior.

Já na seara dos limites impostos à sentença, da mesma forma que as demais, terá eficácia em todo território nacional. Reforça-se este entendimento porque a má redação do artigo 16 faz supor que somente teria validade a decisão nos limites da Comarca onde fora proferida, algo que iria em total afronta aos objetivos de pacificação social pretendida através da prestação jurisdicional.

Tal situação levaria ao caos jurídico, com milhares de decisões controversas sobre o mesmo assunto, cada qual válida apenas dentro dos contornos de sua Comarca. Em exemplo elucidativo Nery Júnior, citado por Mazzilli⁷¹ demonstra bem a aberração jurídica criada, como se, no caso de eventual sentença de divórcio prolatada em uma Comarca, valesse a decisão apenas dentro dos limites desta. Uma vez ultrapassadas tais barreiras territoriais, continuaria a vigir a sociedade conjugal.

Afirma Mazzilli: "[...] Não se pode confundir a competência do juiz que julga a causa com os efeitos que uma sentença pode produzir fora da Comarca em que foi proferida."⁷²

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para arguir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 12 ed., p. 177.

⁷² MAZZILLI, H.N. obra citada, p. 167.

Há que se observar, quando da ocorrência de dano, a extensão do mesmo e, a partir deste dado, fixar-se a competência do Juízo. Por exemplo, havendo derramamento de óleo em plataforma petrolífera de amplitude regional, será competente para conhecer eventual ação civil pública juiz de direito da Capital do Estado onde houve o episódio. Se contiver o dano caráter nacional, competente será o foro do Distrito Federal.

Há ainda outro fato a depor contra a alteração promovida em 1997, qual seja, sua total inocuidade diante do micro-sistema jurídico formado para tutelar interesses da coletividade, formado pela ação civil pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde há a previsão de recíproca aplicação subsidiária das normas contidas numa e noutra norma.

Então, se havia intenção de, em evidente comportamento liberal hoje amplamente debatido, se reduzir a importância do instituto constitucional bem como a do juiz prolator da sentença, deveria o legislador promover alteração também da Legislação Consumerista, pois em havendo tal permissividade em adotar conceitos lá inseridos na ação civil pública, continua sendo *erga omnes* os efeitos da coisa julgada.

3.6

A Coisa Julgada e os Interesses Meta-Individuais

Em interessante abordagem do tema, Vigliar afirma que a coisa julgada não é um efeito da sentença, é sim a qualidade da imutabilidade que os efeitos da sentença alcançam. Diz ele: "A regra é que se o pedido for julgado procedente ou improcedente com fundamento outro que não a deficiência de provas, a autoridade da coisa julgada se estenderá a todos com eficácia *erga omnes*." ⁷³

Então, mesmo não havendo participação de todos os membros da coletividade na produção de provas e, de modo geral do contraditório, serão atingidos pela coisa julgada, desde que procedente a ação coletiva ou ainda, que haja improcedência pautada em outro motivo que não a insuficiência dos elementos probatórios.

⁷³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p.99.

Atenta ainda o autor para o detalhe de que o rol de legitimados da ação civil pública é taxativo e não dá espaço para que o indivíduo, de maneira isolada, utilize-se do instituto.

Sabe-se que o legislador pátrio adotou, em matéria de interesses meta-individuais, a denominada “coisa julgada *secundum eventum litis*”, que é apontada como inconstitucional por alguns doutrinadores, por ferir o princípio da isonomia.

Tal alegação existe porque acredita esta parte da doutrina que não é estendida ao indivíduo a possibilidade de, uma vez derrotado, adentrar novamente com ação no caso de estar a decisão fundamentada em insuficiência de provas. Este benefício é concedido unicamente no caso de demandas coletivas.

Em que pese a opinião de renomados autores, não se pode situar em idênticas bases indivíduos e coletividade. Conforme abordagem deste trabalho, há institutos jurídicos que necessitam de adaptações para que produzam os efeitos desejados quando se trata de demanda coletiva; a coisa julgada é um destes institutos.

Além do mais, deve-se aqui enfrentar o princípio da isonomia em sua acepção material, qual seja, devem os desiguais ser assim tratados, na medida de suas desigualdades. Para que haja rompimento com a Isonomia, dever-se-ia estar-se diante de dois indivíduos e à apenas um deles ser assegurada a possibilidade de retornar a Juízo, no caso de insuficiência de provas.

Entretanto se está diante de outro quadro. Não há possibilidade de equiparação do coletivo com o individual; mesmo que aquele se veja representado por eventual substituto processual, este agirá não em caráter individual, mas em nome de todo grupo.

Para Vigliar, os mesmos argumentos que servem para que se pregue a inconstitucionalidade da coisa julgada *secundum eventum litis* são hábeis a defender a aplicação do instituto de maneira diferenciada, em sede de ação civil pública.⁷⁴

Isto porque afirmam aqueles que são contra a constitucionalidade deste instituto que, nem a análise do juiz, nem critérios objetivos determinados por lei, podem obrigar que se aplique o prejuízo advindo de demanda coletiva a todos os envolvidos, porque o representante não defende direito individual. Assim, se por um lado não pode haver prejuízo, nada impede que haja benefício geral, consoante apregoa o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.

⁷⁴ Ibid., p. 99

Mas, quais são as características da coisa julgada, de acordo com cada tipo de direito supra-individual? O diploma que melhor nos dá tal resposta é o Código de Defesa do Consumidor, que, conforme vimos, poderá ser utilizado de maneira subsidiária à Lei n.º 7.347 de 1.985.

Trata o Código Consumerista de destinar a cada tipo de interesse meta-individual um raio de alcance da coisa julgada.

Assim, para *interesses difusos* (aqueles que têm como principal característica a impossibilidade de determinar seus titulares), a coisa julgada tem eficácia *erga omnes*, excetuando-se os casos em que houver decisão de improcedência do pedido por falta ou insuficiência de arcabouço probatório. Neste caso, aplica-se a coisa julgada *secundum eventum litis*.

No que diz respeito aos *interesses coletivos* (aqueles em que se delimita perfeitamente o indivíduo, inserido em grupo determinado) a eficácia é denominada *ultra partes*, isto porque não serve a decisão apenas as partes que compuseram a lide, mas a todas as pessoas que se encontram sob a mesma relação jurídica base, ou seja, para todos os componentes daquela coletividade. Mantém-se contudo a coisa julgada *secundum eventum litis* nos moldes do parágrafo anterior.

Em última análise, para os interesses classificados como *individuais homogêneos* (onde a ligação entre os sujeitos advém de fatos em comum), tem-se a chamada coisa julgada *in utilibus*, ou seja, havendo a discricionariedade para o titular do interesse adentrar individualmente em Juízo, só se estenderão os efeitos da decisão coletiva no caso de procedência da mesma.

Deste modo, intacto fica o interesse individual daquele que não participou do contraditório da demanda coletiva, no caso de improcedência da mesma, o que nos parece justo, ainda porque em sendo plenamente possível dividir quanto a cada um pertence, pode um indivíduo, exercendo a faculdade da disponibilidade, não desejar obter tutela jurisdicional. Ou ainda, pode ele não concordar com os termos em que fora proposta demanda coletiva. Deste modo, não se poderia estender a ele a impossibilidade de obter provimento jurisdicional de maneira isolada.

Mas este tipo de coisa julgada pode vir trazer dificuldades, especialmente porque se corre o risco de, sendo julgada improcedente a demanda coletiva, logo em seguida, por estar fulcrada em melhor aparato probatório, venha um único titular conseguir decisão favorável.

Pergunta-se então: Como ficariam aqueles que integraram a lide coletiva? Poderiam se utilizar da decisão individual e formatar uma ação rescisória? Ou devem novamente movimentar o Poder Judiciário, desta vez embasados por novo conjunto de provas, adentrarem com nova ação civil pública? Acredito nesta última possibilidade como sendo a mais sensata, vez que a própria legislação permite ao titular buscar a tutela jurisdicional, sem necessidade de compor a lide coletiva.

No caso de procedência do pedido, poderão aqueles integrantes do pólo ativo da ação civil pública novamente adentrar em juízo, baseando-se agora nas provas trazidas pelo vencedor da demanda individual, obtendo desta sorte sentença de procedência.

3.7

A Liquidação do Dano

Havendo sido proferida sentença que dá procedência ao pedido apresentado em Ação Civil Pública, tem-se, na maioria das vezes, sentença genérica, que aponta somente para o *an debeatur* (o que se deve), deixando o *quantum debeatur* para ser alvo de futura liquidação.

Percebe-se assim que, em se tratando de interesses supra-individuais, há normalmente propositura de três ações: a de conhecimento, a de liquidação por artigos e a execução (para que se possa realizar a entrega da prestação jurisdicional).

Há que se ressaltar porém que, em alguns casos, mesmo versando a ação cognitiva sobre interesses meta-individuais, não se faz necessária a liquidação, pois sendo o interesse difuso ou coletivo, pode vir o dispositivo a determinar ao réu obrigação de fazer ou não fazer, que independe de processo de liquidação.

Destarte, em não existindo valor pecuniário a ser distribuído, prescinde a decisão de liquidação e execução.

Não é o caso dos interesses individuais homogêneos, pois, por sua característica peculiar, necessitarão de liquidação para que se possa determinar, de maneira individual, o quanto cabe a cada titular.

Ressalte-se a possibilidade de existir liquidação individual ou coletiva, mas não se deve entender que há uma concorrência entre as legitimidades, visto que as

vitimas do dano têm sempre preferência sobre os legitimados em lei para adentrar de forma coletiva.

Nestes casos, caberá propositura de liquidação por artigos, visto que deverá ser trazida aos autos pela vítima demonstração de que realmente sofreu danos advindos da conduta já considerada ilícita pela sentença condenatória genérica.

A prova do *quantum* constitui-se no requisito “fatos novos”, exigidos por tal tipo de liquidação.

3.7.1

Competência para processamento

A primeira distinção a ser feita é a competência para propositura da ação civil pública – que, como já vimos, remete-se ao local do dano – e a competência para promover a liquidação da sentença de conhecimento.

Sobre o local de propositura, percebe-se que ainda hoje diverge a doutrina sobre como determinar qual forma atenderia maior número de lesados. A mais consistente até o momento fora proposta por Grinover e vincula a competência à extensão do dano.

Havendo ainda dano de dimensões nacionais, o juízo competente para processamento da ação cognitiva seria o do Distrito Federal, por ser a capital da Federação. Possuindo âmbito regional que atinja mais de uma localidade, deverá ser ajuizada ação civil pública na Comarca da Capital do Estado lesado.

Por fim, se o dano fora de dimensões municipais ou ainda que regional de pequeno porte, competente é o local do dano; havendo duas Comarcas, define-se pela prevenção.

No entanto, não se pode esquecer que, dependendo da natureza da infração, pode-se ainda haver a competência da Justiça Federal, conforme artigo 109 da Constituição Federal que trata de sua competência.

Talvez outra forma de se apaziguar as discussões sobre a competência para processamento da ação civil pública seria a criação (a exemplo da Vara dos Registros Públicos; Vara da Infância e da Juventude) de varas especializadas para tratar dos interesses meta-individuais, que funcionariam nas Capitais e demais Comarcas do Estado, possuindo, então, competência absoluta.

Necessário dizer que a fixação de competência, levando-se em consideração à extensão do dano ou considerando-se a criação de varas especializadas, em nada

interfere na questão da legitimação para promover o processamento da liquidação e execução da sentença de conhecimento.

Pizzol traz conflitantes opiniões da doutrina sobre o tema. Citando Grinover, afirma que, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor havia propositura que possibilitava a liquidação, quando individual, em juízo distinto daquele onde se prolatou sentença de procedência.

Narra a autora que incidiu sobre o artigo veto presidencial, por entender possível eventual quebra do constante no artigo 575, inciso II, do Código de Processo Civil, que determina a liquidação da sentença no mesmo juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição.⁷⁵

Entretanto, novamente trazendo comentário de Grinover, trata de apontar para incompatibilidade existente entre o veto e a redação do artigo 98, parágrafo 2º do Código Consumerista, que traz a seguinte redação: “ARTIGO 98, p. 2º, CDC: É competente para a execução o juízo: I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual [...]”

Defende a autora, acompanhando a lição da renomada processualista, que, em combinação com o artigo 101, inciso I, do mesmo codex, as liquidações individuais poderão ser promovidas em foro diverso daquele em que houve a condenação. Sustenta sua posição no espírito das leis ora invocadas (Código de Defesa do Consumidor e Ação Civil Pública), que têm entre seus princípios a possibilidade de se defender, de maneira efetiva, os interesses inseridos em sua área de proteção.

Isto porque, em muitas vezes, não poderá a vítima deslocar-se até o Juízo da condenação para propor a liquidação da decisão, o que frustraria todo o sistema proposto pelos novos diplomas.

Contudo, esta não é a única opinião. Vindo em posição contrária, também mencionado por Pizzol, vem Alvim:

Se tratar de execução individual, a regra é a mesma do Código de Processo Civil. Ou seja, é competente o juízo da ação condenatória individual, onde deve ser processada também a liquidação da sentença. Trata-se de competência absoluta, por conexão sucessiva, de caráter funcional. Não há que se considerar possível a competência do juízo por onde se tenha processado a liquidação [...] . Neste caso, não

⁷⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 190.

há que se cogitar de a liquidação de sentença ter sido promovida no domicílio do liquidante, justamente em função do veto verificado [...] ⁷⁶

Em que pese a última opinião, não se pode aceitar a proibição de se promover a liquidação e/ou execução em juízo diverso daquele que proferiu sentença condenatória, visto que seria tal posicionamento uma marcha ré quanto a tudo que aqui se colocou e questionou.

Novamente o centro da discussão paira sobre a necessidade de se enxergar com outros olhos os conceitos oriundos de nosso individualista diploma processual, que não fora elaborado para dar contornos a ações de natureza coletiva.

Assim, em se pensando a efetividade do Processo Civil, não é possível se exigir que o titular de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo tenha de vir até o juízo de cognição para poder obter a realização daquilo concedido em sentença condenatória. Isto porque uma exigência como esta tornaria inúteis todas as demais transformações pelas quais passou nosso sistema processual, com o fim de agasalhar os interesses meta-individuais.

Se a verdadeira finalidade da ação civil pública e de todas as demais ações coletivas é facilitar a proteção destes interesses, bem como tornar possível uma eficaz reparação dos danos eventualmente experimentados, não podem ser criados dentro do próprio sistema obstáculos para que não se chegue à fase mais aguardada do processo: a entrega do bem da vida a quem de direito.

Deve-se, neste caso, pensar em todo o sistema, a fim de que se chegue a uma solução razoável, ainda que destoante do ortodoxo Código de Processo Civil pátrio.

Isto posto, em homenagem à efetividade das normas processuais, filio-me à primeira corrente, que entende plenamente possível a liquidação e execução da sentença em local distinto daquele onde se originou a sentença de conhecimento.

3.7.2

Conhecimento da decisão

Até então, discutiu-se onde e como se fará a liquidação e a execução do dano. Entretanto, há que se destacar ainda outro quesito extremamente importante,

⁷⁶ Ibid., p. 192.

que desafia doutrinadores: como fazer para que todos os titulares de direitos meta-individuais saibam da existência de sentença que deu procedência à ação civil pública.

De nada vale solucionar a questão da fixação do foro competente para ajuizar e executar a ação se não tiver o titular conhecimento da ação coletiva.

Para ilustrar, formula-se o seguinte exemplo: uma ação civil pública julgada no Distrito Federal (posto que se tratava de dano de âmbito nacional), tratando de interesse individual homogêneo, tem titular residente no estado do Piauí. Como será tal indivíduo avisado de que tem ele a possibilidade de liquidar e executar tal decisão, que lhe foi favorável, mesmo não tendo ele composto a lide?

Está-se diante de mais um instituto a ser revisitado, quando tratar de direitos meta-individuais, a intimação da sentença cognitiva. É claro que não será suficiente dar-se conhecimento apenas às partes envolvidas no processo, mas sim a toda coletividade titular do interesse amparado.

Se o método clássico de intimação proposto pelo Código de Processo Civil não pode ser aplicado por insuficiente, deve-se buscar alternativas no próprio diploma, especialmente no que diz respeito àquelas inovações trazidas pelas reformas ocorridas neste último ano. Vejamos, por exemplo, o que diz o artigo 461, parágrafo 5º, do CPC:

Art. 461. 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.*

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, *poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.* (sem grifo no original)

À primeira vista, sugere-se que o magistrado, ao proferir a decisão, determine, em caráter mandamental, com base no artigo 461 do Código de Processo Civil, em especial pela nova redação de seu parágrafo 5º, ao réu que promova a intimação dos titulares através dos meios de comunicação de massa (tv, rádio, jornais e revistas de grande circulação), estipulando prazo para a veiculação do anúncio e cominando multa diária face ao descumprimento da ordem.

Talvez seja necessária ainda a criação de uma seção própria nos órgãos de publicação oficiais para que sejam lá veiculadas com maior destaque as decisões relativas aos interesses meta-individuais.

Enfim, tudo o que aqui se propõe são inovações, requisitadas por esta diversificada forma de defesa de interesses, sempre tendo em vista o fato de que o processo atinja realmente sua finalidade, pois de nada adianta possuímos os meios se não formos capazes de implementá-los para a conquista dos fins desejados.

Possibilidade de Controle de Constitucionalidade em Ação Civil Pública

4.1

Ação Civil Pública e Controle Abstrato

Claramente, o objetivo deste trabalho não é defender a possibilidade de aplicação do controle abstrato de inconstitucionalidade por vias de ação civil pública.

Isto seria, em primeira linha, uma afronta à própria Constituição Federal, que prevê, em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, a ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, a ação declaratória de constitucionalidade (posteriormente regulamentadas pela lei n.º 9.868 de 1999) como aquelas cabíveis para apreciação de afronta constitucional por parte de lei ou ato normativo federal ou estadual, no caso da primeira, e lei ou ato normativo federal, no que se refere à última.

Para Mendes, “ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo de uma impugnação direta de lei”.⁷⁷

Aceitar-se a aplicação, em sede de ação civil pública, de controle concentrado de constitucionalidade, seria então colidir frontalmente contra o texto constitucional.

Ainda haveria agressão ao texto constitucional por se criar burla à limitação relativa à legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, visto que, ao contrário desta, onde somente os legitimados constantes do artigo 103 da Carta Constitucional, podem propor ação civil pública, segundo artigo 5º, da Lei n.º

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 380-381.

7.347 de 1.985: o Ministério Público (na pessoa de qualquer Promotor de Justiça, e não somente o Procurador Geral); a União, os Estados-membros e os Municípios; autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação constituída a pelo menos um ano.

Neste caso, os argumentos fazem sentido, visto que haveria sim usurpação das funções constitucionais do Supremo Tribunal Federal e, em casos determinados pela Constituição, dos Tribunais Estaduais, posto que, interposta ação civil pública, é de competência da Justiça Estadual, devendo ser julgada em primeira instância, pelo juiz da Comarca onde ocorreu o dano.

Deste modo, sendo os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade por via de ação *erga omnes*, haveria grave distorção nos seguintes pontos: legitimação para propositura, órgão competente para julgamento e efeito expansivo da decisão para a coletividade.

Wald traz interessante posição sobre o assunto:

Admitida, portanto, 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 de um tributo municipal, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça. Qual a decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro lugar? A proferida pelo Tribunal Superior? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade de se admitir a ação civil pública quando possível a ação direta de inconstitucionalidade.⁷⁸

Também se posiciona Polleti:

Incensurável a posição do STF. Certo que o sistema em abstrato, força do sistema concentrado, é de natureza excepcional e político, diferente daquele exercido incidentalmente no exercício da atividade exclusivamente jurisdicional, imposterável pelo Estado, no cumprimento de sua obrigação de dizer o direito a um caso concreto. O argumento de que não se poderia dar pela admissibilidade da ação perante o Tribunal de Justiça, porque nem ao Supremo Tribunal se permite examinar em abstrato a lei ou ato normativo municipal, é forte no prisma técnico-constitucional, no

⁷⁸ WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia). *Revista Forense*, v. 329, p. 10.

sentido de impedir-se a construção dogmática para os Estados preencherem a lacuna da Constituição Federal.⁷⁹

A jurisprudência também acompanha tal posicionamento, consoante se vê deste trecho de acórdão que teve relatório produzido pelo eminente Ministro José Delgado: “A ação civil pública não pode servir de meio para a declaração, com efeito *erga omnes*, de inconstitucionalidade de lei”. (STJ, DJU, 16 de agosto de 1999, p. 58, Resp 21.2540-MG).

Na mesma linha de pensamento vem o acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo eminente ministro Carlos Velloso, que diz: “Constitui usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para controle concentrado de constitucionalidade a ação civil pública aforada no juízo federal onde se pretende a inconstitucionalidade de norma com efeito *erga omnes*. (STF, RDA 206/267, Reclamação 601-SP)

4.2

Ação Civil Pública e Controle Difuso

Após analisados os institutos e depois de negada possibilidade de controle abstrato por intermédio da ação civil pública, vem à tona questão motivadora deste trabalho, que trata da possibilidade de se promover, em sede de ação civil pública, o controle difuso de constitucionalidade das leis.

Tema a princípio de somenos importância, vem galgando espaço no meio acadêmico em face da titubeante posição de nossos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que vêm tendo opiniões antagônicas sobre o tema.

Toda discussão tem seu cerne no artigo 16 da Lei n° 7.347/85, que dá à sentença proferida em ações coletivas os efeitos da coisa julgada *erga omnes*. Isto quer dizer que, diferente das ações individuais, que têm por regra gerarem efeitos entre os litigantes, nas ações coletivas há necessidade de estender-se a coisa julgada, face à pluralidade de pessoas atingidas.

⁷⁹ POLLETI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 208-209.

Aqui surgem as objeções. A mais robusta diz da incompatibilidade dos efeitos do controle difuso (*intra partes*) e da ação civil pública (*erga omnes*), no que tange à coisa julgada, pois haveria a preocupação de que uma decisão, tomada por juiz de primeira instância, tivesse o mesmo peso de uma decisão emanada do plenário da mais alta Corte do país.

Ainda outro argumento contundente é que haveria sobreposição de instâncias, pois, na medida em que numa ação civil pública houvesse a declaração de inconstitucionalidade da lei, não haveria possibilidade de se promover a ação direta de inconstitucionalidade, face à coisa julgada para todos, criando-se então suposta litispendência entre órgãos de diferente hierarquia.

Trata do tema Alvim, repudiando a possibilidade de controle difuso em sede de ação civil pública:

O que se percebe, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração *in abstracto*, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum*. (...) por tudo que foi dito, afigura-se-nos que inconstitucionalidade levantada em ação civil pública, como pretensão fundamento da pretensão, mas em que, real e efetivamente o que se persiga seja a própria inconstitucionalidade, é arguição incompatível com essa ação e, na verdade, como qualquer ação por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.⁸⁰

Todavia, não há porque se alimentar a celeuma, devendo ser considerada plenamente viável a aplicação do controle difuso em sede de Ação Civil Pública. Isto porque não existe qualquer incompatibilidade da sentença proferida em ação civil pública e os efeitos produzidos pelo controle difuso da constitucionalidade.

Apreciemos um a um os argumentos que militam em favor da impossibilidade de se praticar o controle difuso em ação civil pública, para verificarmos a inveracidade de seu conteúdo.

4.2.1

Diferenças entre os elementos da ação

Consoante lição de Greco Filho, deve-se atentar para diferenciação dos elementos da ação – partes, pedido e causa de pedir –, posto que são eles que irão identificar e distinguir as ações. “Por meio deles é possível distinguir uma da outra e, também individualizar determinada demanda para compará-la a outra, verificando-se eventualmente se são idênticas.”⁸⁰

Tal identidade ocorre quando todos os elementos da ação coincidem e se faz determinante a distinção para efeito de se caracterizar a litispendência e a coisa julgada.

a) PARTES

As partes correspondem aos sujeitos ativo e passivo do processo, posiciona-se de um lado aquele que requer a prestação jurisdicional e, em diâmetro oposto aquele contra quem é proposta a demanda, freqüentemente tido com devedor de, por exemplo, uma obrigação. Para Dinamarco, “é, de um lado, um sujeito que externa sua dupla pretensão ao Estado-juiz, para que este lhe preste o serviço jurisdicional e para que, por esse meio, faça valer seu interesse a haver o bem da vida; e de outro, a pessoa cujo interesse o primeiro quer que seja sacrificado para que o seu seja satisfeito”.⁸²

Inicia-se aqui a distinção entre a ação civil pública, onde fora utilizado o controle difuso, e o controle exercido pela via direta, visto que a primeira possui partes. Num exemplo, poder-se-ia citar: de um lado, o Ministério Público como autor; de outro, a Refinaria Araucária como ré.

Entretanto, quando se fala de controle por via de ação, tem-se apenas legitimados ativos, ou seja, entes que a Constituição Federal aponta como habilitados para contestar a norma, não havendo réus nem mesmo autores.

Trata do tema Almeida: “Além disso, a ação civil pública, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, tem partes definidas, que buscam bem jurídi-

⁸⁰ ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo* v. 81, p. 130-131.

⁸¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. p. 89.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. p. 113.

co concreto, em geral de ordem patrimonial, o que só pode ser conseguido na via ordinária normal, jamais mediante controle direto”.⁸³

b) PEDIDO e CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Objeto ou pedido é a matéria sobre a qual incidirá a sentença judicial.

Neste contexto, enquadra-se a crítica de que a decisão de inconstitucionalidade do juiz monocrático em ação civil pública passaria a possuir igual valor do que aquela tomada no Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Contudo não há argumento que a sustente, isto porque são distintos os objetos da Ação Civil Pública e de eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade. João Batista de Almeida diz:

Nenhum co-legitimado, com toda certeza, ajuizará em primeiro grau ação civil pública tendo como pedido único ou principal a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Se o fizer, por óbvio, a ação estará fadada ao insucesso, porque o controle direto é da competência do STF. Será raro acontecer, de outra sorte, a hipótese aventada por Arruda Alvim, da imaginária ação civil pública em que não se define um litígio concreto, com os seus elementos essenciais, senão onde se objetive fundamentalmente só a declaração de inconstitucionalidade.⁸⁴

O pedido apresentado na Ação Civil Pública diz respeito à não aplicabilidade de norma para que não haja lesão à direito coletivo, difuso ou individual homogêneo; já o pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade é para que seja declarada inconstitucional a norma.

Naquela objetiva-se a prestação jurisdicional no sentido de afastar aplicabilidade de norma no caso concreto, sem que esta se veja expurgada do ordenamento jurídico pátrio, o que é o único objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Então, o pedido da ação civil pública não se faz no sentido de que se declare a inconstitucionalidade, sendo esta questão apenas argumento, pano de fundo para se alcançar aquilo que realmente se busca – a condenação do réu, para que se veja obrigado a entregar o bem da vida em litígio.

Consoante lição de Barroso, “o processo da ação civil publica, em verdade, nada tem de objetivo. Há, com efeito, partes determinadas e uma pretensão dedu-

⁸³ ALMEIDA, João Batista de. A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 32, p. 14.

zida em juízo por intermédio de um pedido, que em hipótese alguma se confunde com a declaração de inconstitucionalidade”.⁸⁵

Exemplo elucidativo seria no caso de se discutir, em ação civil pública, a poluição de um rio por uma empresa que se diz autorizada por lei estadual. Todavia, o autor da ação utiliza a inconstitucionalidade da lei para requerer ao Judiciário que determine a imediata cessação da atividade poluidora. No que se pautará o juiz, quando da parte dispositiva de sua sentença?

Neste caso, obviamente que, após ter entendido, na parte da motivação, pela inconstitucionalidade da lei, irá no dispositivo condenar o réu-poluidor à obrigação de não-fazer, qual seja, interromper o processo de poluição do rio.

Deste modo, a decisão do juiz de primeiro grau em afastar a aplicação de determinada norma servirá para e tão somente apaziguar o conflito de interesses que lhe fora apresentado. Não tem a sentença qualquer intenção e tampouco força para promover, de modo definitivo e com amplitude nacional, a anulação da lei.

A lei, embora declarada inconstitucional para aquele caso, continuaria a elencar o rol legislativo pátrio.

De modo contrário, caso houvesse impetração de Ação Direta de Inconstitucionalidade atacando esta mesma lei estadual, por se encontrar em desalinho com o texto fundamental, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir por sua inconstitucionalidade, traria na parte dispositiva do acórdão correspondente a declaração que viria a retirar tal norma de nosso ordenamento jurídico, ou seja, não ficaria a alegação de inconstitucionalidade limitada à parte de fundamentação do acórdão.

Diz Dinamarco: “Um pedido é diferente do outro sempre que em cada um deles se postule uma espécie de provimento, mesmo que ambos se refiram ao mesmo bem da vida; inversamente, também diferem os pedidos quando coincide o tipo de provimento postulado, mas o bem da vida é outro”.⁸⁶

Por tudo que acima se explanou, conclui-se da impossibilidade de se argüir litispendência entre ação civil pública (onde se utilizou do controle difuso) e eventual ação direta de inconstitucionalidade. Isto porque a decisão monocrática que julga lei inconstitucional não tem o condão de barrar a futura propositura, pelos

⁸⁴ Ibid., p. ...

⁸⁵ Op. cit., p. 242.

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 118.

legitimados constitucionais, de Ação Direta de Inconstitucionalidade daquela norma.

O conceito de litispendência é a impossibilidade de prosseguimento de demanda, em face da existência anterior de lide em que há coincidência entre os elementos da ação. São as mesmas partes, discutindo sobre o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

Novamente Dinamarco:

O estado de pendência do processo chama-se litispendência. Como entre os efeitos da existência do processo pendente está o de impedir a instauração válida e eficaz de outro processo para o julgamento de demanda idêntica (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido), tem-se a ilusão que litispendência seja esse impedimento – isto é, o impedimento de outro processo válido, com a mesma demanda. Na verdade, litispendência é o estado do processo que pende, não esse seu efeito.⁸⁷

4.2.2

Coisa julgada e ação civil pública

Centra-se principalmente nos efeitos da sentença proveniente da ação civil pública a maior resistência à aplicação de controle difuso de constitucionalidade. Entretanto, processualmente sabe-se que apenas a parte dispositiva da sentença faz coisa julgada, conforme dispõe o Código de Processo Civil. Coisa julgada é sinônimo de imutabilidade para Dinamarco, trazendo para a sentença de mérito “estabilidade e imunização [...] de modo que o julgamento daquela pretensão, entre aquelas pessoas e por aquele fundamento fique perenemente imunizado e assim se implante uma situação de segurança quanto aos direitos, obrigações e deveres dos litigantes”.⁸⁸

Isto quer dizer que o que fora utilizado a título de argumentação pelo juiz para que se chegasse a uma conclusão lógica e ao dispositivo da sentença não é atingido pela coisa julgada. Não serão atingidos pela imutabilidade os argumentos utilizados pelo magistrado para construir o dispositivo; somente este é que sofrerá os efeitos da coisa julgada. É o que explana Zavascki:

Tem-se, portanto, no Brasil, que as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade dos preceitos normativos, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 49.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 296.

A rigor, não fazem sequer coisa julgada entre os litigantes, pois a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão.⁸⁹

Percebe-se então que, no caso da ação civil pública onde fora aplicado o controle difuso de constitucionalidade, obviamente a questão da validade ou não da lei perante a Constituição será analisada como questão prejudicial do processo, não sendo tratada como mérito.

Tal fato fora bem observado por Barroso:

A questão da constitucionalidade não faz coisa julgada porque, como se disse, a manifestação do órgão jurisdicional sobre a constitucionalidade da norma é questão prejudicial, cuja apreciação, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada, a teor do artigo 469, III, do Código de Processo Civil. Logo não há como atribuir efeitos *erga omnes*, que se limitam à parte dispositiva da sentença.

4.2.3

Efeitos da decisão

Também não se pode taxar de óbice à prática do controle difuso em sede de ação civil pública a qualidade e, mais que isto, a envergadura que assumem os efeitos de uma decisão desta natureza.

Mesmo que se tenha, para os interesses difusos, uma eficácia *erga omnes*, como já fora possível análise em capítulo anterior, tal efeito não pode ser apontado como causa bastante para estancar o controle difuso.

Melhor seria então que adotasse o legislador critérios diferenciados de competência, como aqueles apontados por Grinover⁹⁰ de se conferir competência para processamento de ação civil pública ao Distrito Federal em caso de dano nacional, e aos Tribunais de Justiça do Estado ou à Vara da Capital nos casos de danos regionais e, finalmente, manter-se a competência ao juízo da Comarca no caso de dano de âmbito municipal.

Quer-se com isso demonstrar que não pode a falta de soluções meramente processuais (de inteira responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo) im-

⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. p. 30.

⁹⁰ Op. cit., ...

pedir o exercício e o acesso a direito fundamental de utilização dos *writs constitucionais*; no caso, a ação civil pública.

Nitidamente mais polêmica é a discussão em torno dos interesses difusos, já que, no campo dos interesses coletivos, a decisão judicial terá eficácia *ultra partes*, isto porque não serve a decisão apenas as partes que compuseram a lide, mas a todas as pessoas que se encontram sob a mesma relação jurídica base, ou seja, para todos os componentes daquela coletividade.

De modo idêntico, no trato dos interesses individuais homogêneos (onde a ligação entre os sujeitos advém de fatos em comum), tem-se a chamada coisa julgada *in utilibus*. Havendo a discricionariedade para o titular do interesse adentrar individualmente em Juízo, só se estenderão os efeitos da decisão coletiva no caso de procedência da mesma.

Mas, retomando argumentos anteriores, tem-se que esta é a característica própria da ação civil pública no que tange a direitos difusos, não sendo tal perfil criado pela adoção do controle difuso de constitucionalidade. Vale expor aqui trechos de parecer de Almeida.

Os pontos que dão alguma peculiaridade à ação civil pública, como a legitimação do MP para o ajuizamento, [...] e o efeito *erga omnes* não a tornam ação especial e diversa, a ponto de impedir a discussão incidental da constitucionalidade da lei ou do ato normativo que embasou a suposta ofensa a direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo – âmbito de manejo desse tipo de ação. [...] E o efeito *erga omnes* – só ocorrente quando a ação tiver por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, e não quando se tratar de direitos individuais homogêneos – não tem a dimensão que se lhe pretende emprestar, nem tem o condão de desnaturar a ação civil pública, a torná-la inidônea.⁹¹

Ainda, reforçando os argumentos, a coisa julgada recairá sobre a condenação disposta na parte dispositiva da sentença, em nada importando quais foram os fundamentos elencados pelo juiz para que se chegasse ao veredicto. Conforme texto de Dinamarco, “somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ele se apóia.”⁹²

⁹¹ ALMEIDA, João Batista de. Interposição de ação civil pública diante de inconstitucionalidade de cobrança de taxa de iluminação pública. Legitimidade. Controle Difuso Constitucionalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, abr./jun. 2002. p. ...

⁹² ... v. III, p. 313.

Se fora o réu condenado em ação civil pública a indenizar os autores, não importa saber se esta obrigação derivou do fato de ter o juiz declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da lei ou, outro motivo qualquer, de direito material ou processual. A declaração de inconstitucionalidade é meio para chegar-se ao fim desejado, nada mais.

Ao passar agora à análise do efeito verificado no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade, percebe-se que será *erga omnes* e que, mais do que regular relações jurídicas subjetivas, provocará o cancelamento, a anulação da vigência de uma lei, sendo tal decisão válida em todo território nacional.

4.2.4

Posição jurisprudencial

Toda esta exposição sobre os efeitos da ação civil pública onde se exercitou o controle difuso tem por objetivo combater argumento freqüente em ação de reclamação interposta no Supremo Tribunal Federal, que aponta para a usurpação de competência desta Corte pelo juiz de primeiro grau, quando exerce controle difuso em ação civil pública.

O entendimento do STF neste sentido ainda é cambaleante, visto que inicialmente houve plena aceitação do controle difuso em sede de Ação Civil Pública, entendendo o Egrégio Tribunal que não há retirada de competência da Corte, pelos motivos acima aventados, pois mesmo que haja trânsito em julgado de Ação Civil Pública, onde toda fundamentação se fez em cima da inconstitucionalidade de uma determinada lei, nada impede que os legitimados pelo artigo 103 da CF adentrem com Ação Direta de Inconstitucionalidade para que se discuta a mesma lei.

Vale a transcrição parcial, neste primeiro entendimento, tomado como prumo pela Corte, da decisão relativa à Reclamação n.º 602-6/SP, proposta junto ao STF, que teve como relator o Ministro Ilmar Galvão:

STF-Pleno - Reclamação n.º 602-6/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3-9-1997, Conferir ainda, STF - 1ª T. - Recl. n.º 611-5/PR - R. l. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º abr. 1998, p. 12. Neste sentido importante *leading case* do Supremo Tribunal Federal: "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 e 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% a., correção sobre saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se

em liquidação de sentença. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recurso especial e extraordinário. 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 n.º 8.024/90 que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar. 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação n.º 431-1/SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei n.º 7.844/92, 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 n.º 8.024/90., 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, b, CF, eis que decisão definitiva de Corte Local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, desta 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, quer na via difusa, na defesa de direitos subjetivos da parte interessada...*”[sem grifos no original]

Da leitura desprende-se o entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal em negar eventual usurpação de competência neste caso.

Já o Superior Tribunal de Justiça também se posicionou contra o controle chamado por ele *incidenter tantum*, consoante se desprende deste acórdão datado de 1998:

Processo Civil. Ação Civil Pública em matéria tributária. O controle difuso da constitucionalidade não só é possível, como obrigatório, porque o juiz ou o Tribunal não podem aplicar lei inconstitucional. *Na ação civil pública, todavia, esse controle “incidenter tantum” equivaleria, pelos seus efeitos, a verdadeira ação direta de inconstitucionalidade*, com a agravante de que os beneficiários seriam os contribuintes, e não os consumidores, categorias afins, mas distintas. Embargos de declaração rejeitados. Relator Min. Ari Pargendler. AC. 56567; decisão 28/04/98.

Também os Tribunais Estaduais aderiram à corrente errônea de pensamento, negando possibilidade ao controle de constitucionalidade difuso, por via de ação civil pública.

Prova disto é o presente acórdão, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sendo transcrito após a ementa parte da fundamentação do relator, que mostra o desconhecimento e a particular confusão promovida com os institutos do controle difuso e abstrato da constitucionalidade.

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Tip. Inconstitucionalidade Argüida. Incabimento. Carência de Ação Declarada de Ofício. Havendo via adequada para a argüição de inconstitucionalidade, tal matéria não pode ser pressuposto do decísium em ação civil pública. Com efeito, de acordo com a Lei n. 7.347/85, há carência de ação. (Apelação cível nº 41.897, 1ª Câmara Civil do TJSC, Tangará, Rel. Des. Álvaro Wandelli, 27.09.94).

Percebe-se (...) com nitidez que o fundamento principal da ação é a ofensa ao art. 145, II, da Magna Carta, eis que a legislação infraconstitucional reproduz disciplina do Estatuto Básico. Nagib Slaibi Filho (Anotações à Constituição de 1988, 2a ed., Forense, n. 3.1, pág. 104) ensina: *'Haverá controle incidental da constitucionalidade sempre quando for colocada a questão de inconstitucionalidade, no processo, como questão prejudicial ou preliminar'*. Anteriormente, ainda na pág. 104, esse festejado autor registra: *'O controle incidental caracteriza-se por ser difuso - qualquer órgão jurisdicional, na apreciação de casos concretos, conhece da questão de inconstitucionalidade (como preliminar ou prejudicial), mesmo sem requerimento da parte interessada ou do Ministério Público'*.

Retrata o corpo do v. aresto publicado na Revista dos Tribunais 694, pág. 86: *'Não há como substituir uma ação direta de inconstitucionalidade por uma ação civil pública e, além do mais, comporta esta uma medida liminar, a ser concedida pelo próprio Juiz da comarca, quando a matéria deve ser conhecida pelo próprio Tribunal de Justiça, nos termos do art. 90, par. 2o, da CE. Desse modo, não é possível fazer sustar a cobrança de taxas, sob o fundamento de que sejam inconstitucionais. A hipótese é, em consequência, nitidamente de carência de ação civil pública e, por isso, de concessão do writ impetrado'*.

Tem razão Hugo Nigro Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 3a ed., RT, pág. 98) quando proclama: *'A ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85 somente pode ter por objeto: a) procurar-se evitar o dano; b) procurar repará-lo; c) procurar buscar a indenização pelo dano causado'*. *Todavia, para chegar a tal finalidade jamais pode ter como pressuposto a inconstitucionalidade.* Aliás, o Ministério Público é legitimado para deflagrar ação direta conforme se infere da primeira parte do art. 129, item IV, da CR. Esta egrégia Corte conheceu da matéria em Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 67, 21.10.92), em que foi relator o eminente Des. Eder Graf deferindo liminar, tendo em vista a Taxa de Iluminação Pública do município de Brusque. *O controle incidental, destarte, é inadequado na espécie, porque existe ação específica para retirar do ordenamento jurídico norma irrita.*

Este colendo Tribunal de Justiça já decidiu no Agravo de Instrumento n. 7.430, de Sombrio, 05.10.93, em que foi relator o mesmo deste feito: *'A ratio agendi da ação civil pública disciplinada na Lei n. 7.347, de 24 de junho de 1985, não pode ser a inconstitucionalidade, a qual deve ser suscitada na via própria.* Desse modo, *não é possível fazer sustar a cobrança de taxas, sob o fundamento de que sejam inconstitucionais'* (RT 694/86). Há, em consequência, carência da ação, suscetível de ser reconhecida em agravo de instrumento (art. 267, par. 3o, do CP).

O primeiro argumento utilizado pelo agente do Ministério Público, que assinou a petição inicial, é a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.730/93, que autorizou as contratações temporárias. Todavia, o Tribunal de Justiça do Paraná não aceita esta argüição no âmbito da ação civil pública, apoiada por sinal, no escólio de inúmeros e respeitadores doutrinadores, entre eles Arruda Alvim, Arnoldo Wald, Gilmar F. Mendes, dentre outros e farta jurisprudência. Daí porque o Órgão Espe-

cial deste Tribunal ter decidido, por unanimidade, tendo como relator o Des. Telmo Cherem, no Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 46622-2/01 (acórdão nº 3737), que *Desde que, na ação civil pública, a sentença produz efeitos erga omnes (art. 16 da Lei nº 7.347/85), nela não se comporta declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, pena de se transmutar em ação direta e disfarçado controle concentrado de constitucionalidade*. De igual forma julgou a 1ª Câmara Cível deste Tribunal (acórdão nº 9598), cujo relator foi o ilustre Juiz Convocado Cunha Ribas, que fez aprofundado exame doutrinário e jurisprudencial da matéria. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido essa questão com absoluta tranqüilidade: *Não pode a ação civil pública ser utilizada como meio de se declarar a inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental* (E-DResp. nº 134979/GO, 1ª Turma, relator Ministro Garcia Vieira, publicado no DJU de 15/12/97, página 66266).

Neste âmbito, observa Hely Lopes Meirelles que:... Como a decisão da ação civil pública tem efeito erga omnes, não pode ensejar o controle de constitucionalidade da lei por via disfarçada (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Editora Malheiros, 1994, 15ª edição, página 152). Destarte, não é possível a declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade de lei, em ação civil pública, como se pretendeu na petição inicial, pois, pelos seus efeitos, ela se constituiria em verdadeira ação direta de inconstitucionalidade". (TJPR, n.º 073954600- Foz do Iguaçu, órgão julgador 4ª Câmara Cível, relator Desembargador Airvaldo Stela Alves. — sem grifos no original)

Recentemente, há convergência de opiniões no sentido de se admitir o controle. Verifica-se tal tendência neste acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que se posiciona da seguinte forma:

Ação Civil Pública. Controle de Constitucionalidade. Turma proveu parcialmente o recurso, com o entendimento de que *é possível a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei*, isto porque, *nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas sim de controle difuso de Constitucionalidade*. Dessarte, somente se exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública quando nela o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de Constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. STJ. REsp 175.222-SP, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 19/3/2002. (sem grifos no original)

Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. Entendimento desta Corte no sentido de que "nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum de lei ou ato normativo federal ou local. 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, para propor ação civil pública. RE227159/GO, Relator Ministro Néri da Silveira, publicado no DJ em 17 de maio de 2002. 2003/0167107-9

Em outro acórdão proferido também pelo Superior Tribunal de Justiça, desta vez tendo como relator o ministro Teori Albino Zavascki, tem-se clara a postura daquela corte em admitir o controle difuso, posto que não existe nele usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Processual Civil. Ação Civil Pública. Pedido de condenação do Distrito Federal a não conceder termos de ocupação e a promover a demolição de construções em quadra residencial de Brasília, sob alegação da inconstitucionalidade da lei distrital 754/94. Exercício do controle difuso de constitucionalidade. Inocorrência de usurpação de competências, tanto dos órgãos que detêm iniciativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, quanto daqueles que detêm a incumbência de julgá-la, já que preservada a aplicação da norma a todas as demais situações e pessoas a que se destina — resultado distinto, portanto daquele que se poderia obter pela via do controle concentrado. Precedente do STJ em caso idêntico. recurso especial provido. (STJ. Recurso especial 599007 / DF ; publicado em 17 de maio de 2004, relator ministro Teori Albino Zavascki.)

Enfocando especificamente o fato de que não há coisa julgada quanto à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, visto que faz parte da motivação da sentença e não de sua parte dispositiva, tem-se esta outra decisão, relatada pelo eminente Ministro Luiz Fux, no final do ano de 2003:

O ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Precedente do STF. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia *erga omnes*, porquanto premissa do pedido (artigo 469, III, CPC). (STJ. Recurso especial 493270/DF; publicado em 24 de novembro de 2003, relator ministro Luiz Fux.)

Em outra decisão, onde o mesmo Ministro fora o relator, reforça-se o argumento da não incidência da coisa julgada sobre a declaração de inconstitucionalidade oriunda de ação civil pública:

Ação Civil Pública. Legitimidade. Ministério Público. Taxa de Limpeza Urbana - Direitos de Contribuintes.1. É lícita a arguição incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de "prejudicial", sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do Egrégio STF. (STJ. Recurso especial n.º 478944/SP 2002/0122999-0, publicado no DJ em 29 de setembro de 2003, Relator Ministro Luiz Fux.)

O próprio Supremo Tribunal Federal parece retomar a posição inicial, que sustentava a possibilidade de controle difuso em ação civil pública. Isto se observa, por exemplo, no polêmico caso do número de vereadores nas Câmaras Municipais do país, recentemente julgado por aquela Corte, com relatório da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa. Extraí-se do voto do magistrado:

Oportuno salientar, ainda, que a jurisprudência consolidada desta Corte tem admitido a ação civil pública para, pela via do controle difuso, discutir a constitucionalidade de lei ou ato de conteúdo normativo – aí incluídas as Leis Orgânicas das Câmaras Municipais – desde que, como ocorre no caso concreto, se caracterize como questão prejudicial à solução da lide, não consistindo no pedido único da demanda. (STF. Recurso Extraordinário 197917/SP, publicado no DOU emRelator Ministro Maurício Corrêa)

Também os Tribunais Regionais Federais, acompanhando orientação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tratam do tema, dizendo que a declaração de inconstitucionalidade em ação civil pública não é substituída de eventual controle por via de ação ou concreto.

No sistema difuso de controle de constitucionalidade, pode o juiz analisar se a norma infraconstitucional está ou não em desacordo com a Constituição Federal. Nada impede, conseqüentemente, que o juiz examine a alegada inconstitucionalidade da lei ou da medida provisória para verificar se deve ou não conceder a liminar, em ação civil pública. Tal modo de proceder não significa que se esteja substituindo a ação direta de inconstitucionalidade pela ação civil pública. (TRF 1ª Região n.º 10010212/MA, publicado no DJ em 11 de setembro de 2000, relator juiz presidente.)

Nestas duas outras decisões, primeira do Tribunal Regional Quinta Região, e logo após do TRF 1ª Região, percebe-se a negativa em se utilizar a ação civil pública como meio de declaração de constitucionalidade concentrado:

Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público. Defesa de Contribuinte. Controle de Constitucionalidade. 1. Os direitos decorrentes das relações jurídicas travadas entre o fisco e o contribuinte são individuais e disponíveis, não podendo ser tuteladas à feição dos direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. Alegação de inconstitucionalidade de norma de natureza tributária, cuja aplicação dana interesses ou direitos subjetivos de contribuintes, apenas pode ser reconhecida em favor do sujeito passivo que a alegar em iniciativa individual, perante órgão judicial, para que este exerça o controle de constitucionalidade pelo método difuso (via de exceção). 4. Aos tribunais inferiores apenas compete o controle de constitucionalidade pelo método difuso, sendo-lhes descabida a apreciação da inconstitucionalidade argüida pelo apelante, que somente poderia ser deduzida em

controle concentrado, junto ao colendo STF. Apelação improvida. (TRF 5ª Região n.º 200005000462680/PE, publicado no DJ 11 de junho de 2001, relator juiz Napoleão Maia Filho)

Processo Civil. Ação Civil Pública. Declaração de Inconstitucionalidade.1. Não se admite a utilização de ação civil pública com a finalidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Ação civil pública não equivale a ação direta de inconstitucionalidade.2. Só em incidenter tantum podem os juízes e tribunais inferiores declarar a constitucionalidade da lei. (TRF 1 Região n.º 20020100316676/GO, publicado no DJ em 30 de junho de 2003, relator juiz federal Tourinho Neto.)

5

Conclusão

Quando se vive no país uma crise de representatividade política, com descrença acentuada nos órgãos e nos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, nada mais se pode dizer contra a legitimidade do Poder Judiciário no que tange à legitimidade para propor exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Percebe-se que qualquer tentativa no sentido de barrar o exercício desta prerrogativa constitucional por magistrados e tribunais soa como impedir que se exerça realmente a democracia, pois, como se afirmou no texto, o próprio Montesquieu apregoava a harmonia e interdependência entre os poderes constituídos, nunca o isolamento, a clausura que esconde por diversas vezes a tirania e os desmandos de quem detém parcela do poder.

Por outro lado, até pelo modo de composição do Judiciário, por concurso público de provas e títulos, entende-se que seus membros se encontram em perfeita capacidade de controlar os abusos legislativos cometidos ao arrepio do texto constitucional.

O princípio da supremacia da Constituição exige um Poder Judiciário forte, pronto para impedir agressões à Carta Magna; isto é fato que não se pode negar.

Assim como os demais poderes são autorizados pelo Poder Constituinte Originário a participarem de assuntos pertencentes à alçada dos outros poderes constituídos, tem o Poder Judiciário também esta possibilidade expressamente estampada nas linhas da Constituição.

O que se pretendeu ao abordar o tema de possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública foi derrubar os argumentos que impedem a utilização do controle difuso de constitucionalidade, vez que não há justos motivos para tanto.

A idéia, hoje cada vez mais presente, de se concentrarem as decisões nas instâncias superiores traz desprestígio e desmotivação aos juízes de primeira instância, visto que, ao passo que se anda, nada mais serão do que meros aplicadores de súmulas.

Sabemos que, num país com proporções geográficas dantescas como o nosso, as distorções sociais são freqüentes e ferrenhas, o que torna a homogeneidade das decisões algo realmente temerário. É primordial que se mantenha o poder decisório na atividade jurisdicional dos juízes de primeiro grau.

Quanto ao controle concentrado, nada há que se falar, visto que, uma vez utilizado na ação civil pública, entende-se configurada a usurpação de função do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça; mais que isto, ao referendar-se tal prática, estar-se-ia acatando feroz contrariedade à Constituição Federal, posto que até mesmo a legitimidade para propor a ação seria modificada, ignorando-se a norma suprema.

Entretanto, quando analisada a possibilidade à luz do controle difuso, vislumbra-se novo horizonte, onde há total coerência na aplicação desta forma de controle quando se trata de ação civil pública.

Ao longo do texto, analisamos todos os pontos de divergência entre o controle difuso e a ação civil pública, bem como os efeitos que são envergados pela adoção do instituto neste tipo de ação para defesa de interesses difusos. Chega-se facilmente à conclusão de que não há empecilhos.

Por mais que haja doutrinadores que se posicionam, apressadamente, de modo contrário a tal possibilidade, uma análise mais acurada do tema mostra falta de embasamento jurídico para tal convicção, visto que os contornos do controle difuso impedem que haja a suposta usurpação de função do Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, a proibição de controle difuso em caso de ação civil pública deriva do temor infundado de alguns quanto às decisões de juízes de primeiro grau, que muitas das vezes vêm de encontro a interesses poderosos.

Caminha bem nossa jurisprudência ao enfrentar o tema e, mais recentemente, aceitar plenamente a aplicação do controle difuso na ação civil pública como meio de salvaguardar os interesses difusos e coletivos.

Não há qualquer ponto de convergência entre o exercício do controle concentrado de constitucionalidade – este sim de competência privativa de alguns órgãos do Judiciário – e a aplicação do controle difuso em ação civil pública, visto que neste não irá o juiz execrar a lei do ordenamento jurídico, como fazem aqueles órgãos, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo.

Além do mais, quando se impetra uma ação civil pública, tem-se como objeto a proteção de interesses meta-individuais, sendo a declaração de inconstitucionalidade apenas um dos fundamentos para que o juiz, na parte dispositiva, promova a devida salvaguarda destes direitos coletivos.

Como se sabe, somente o dispositivo da sentença judicial faz coisa julgada, ou seja, é parte imutável da mesma, a motivação, na qual encontrar-se-á a declaração de inconstitucionalidade não faz coisa julgada.

Espera-se que o tema ora abordado seja, em pouco tempo, discussão pacificada em nossas cortes, podendo até mesmo ser elaborada súmula a respeito, posto que – em que pese a posição firme do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aceitando o controle difuso – os Tribunais Estaduais e os Tribunais Regionais Federais ainda têm entendimento cambaleante sobre o tema.

6

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, João Batista de. Interposição de ação civil pública diante de inconstitucionalidade de cobrança de taxa de iluminação pública. Legitimidade. Controle Difuso Constitucionalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, p. 233-240, abr./jun. 2002.

ALMEIDA, João Batista de. A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 32,

ALVES, José Carlos Moreira. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitucion*. Madri: Civitas, 1987.

BARRETO, Carlos Eduardo. *Constituições do Brasil: legislação brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTENCOURT, G. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

CAPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. *Giurisprudenza Italiana*, parte IV, p. 3-8, 1975.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Institutos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Institutos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Institutos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. III.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOUREIRO JÚNIOR. *O controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1957.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para argüir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação dos poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: LEJUS, 1998.

POLLETI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição americana*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 329.