



Diciembre 2016 - ISSN: 1988-7833

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Pâmela Adamy Rocha

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Brasil
pameladamy@gmail.com

Lissandra Espinosa De Mello Aguirre

Doutora pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Brasil. Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Brasil.
eu-lissa@hotmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Pâmela Adamy Rocha y Lissandra Espinosa De Mello Aguirre (2016): “A ação civil pública como instrumento do controle difuso de constitucionalidade”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (octubre-diciembre 2016). En línea:

<http://www.eumed.net/rev/ccss/2016/04/constitucionalidade.html>

RESUMO

A Ação Civil Pública e o controle difuso de constitucionalidade são institutos individualmente consolidados e aceitos no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, quando a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo é declarada, mesmo que incidentalmente, dentro da Ação Civil Pública, surgem questionamentos acerca da sua compatibilidade. Isso ocorre pois quando a questão constitucional é discutida dentro da Ação Civil Pública o efeito da sua decisão, naturalmente, será *erga omnes* (característico das ações coletivas) o que, supostamente, resultaria em confusão com o objeto das ações abstratas. A pesquisa verificou que existe entendimento pacificado pela Suprema Corte brasileira no sentido de admitir a fusão dos dois institutos, entretanto, permanece grande divergência doutrinária. Assim, o presente trabalho tem por objetivo a análise pormenorizada do controle difuso de constitucionalidade e da Ação Civil Pública, para verificar a possibilidade de uma lei ou ato normativo ser declarado incidentalmente inconstitucional dentro desta ação coletiva, sem que isso resulte em infração das normas de competência e a consequente usurpação de atribuições exclusivas do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Civil Action and the diffuse control of constitutionality are institutes individually consolidated and accepted in the Brazilian legal system. However, when the unconstitutionality of Law or normative act is declared, even if incidentally, inside the Civil Action, some questions arise about its compatibility. This happens because when the constitutional question is discussed within the Civil Action the effect of its decision will naturally be *erga omnes* (characteristic of collective actions) which, supposedly, would result in confusion with the object of abstract actions. The research verified that there is pacified understanding by the Brazilian Supreme Court in the sense of admitting the merger of the two institutes, however, there remains a great doctrinal divergence. The purpose of this study is to analyze in detail the diffuse control of constitutionality and the Civil Action, to verify the possibility of a law or normative act be declared incidentally unconstitutional within this collective action, without this resulting in violation of the Brazilian competence norms and consequent usurpation of exclusive attributions of the Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

No direito brasileiro o controle de constitucionalidade das leis é feito de forma abstrata, com efeitos amplos e gerais, ou pela via difusa, *inter partes* e vinculada a um caso concreto.

Essas duas formas de controle possuem sujeitos e objetivos muito específicos, que dificilmente se confundem. No entanto, quando o controle pela via incidental é suscitado em ações coletivas, especificamente na Ação Civil Pública, surgem incertezas acerca da possibilidade de uma norma ou um ato normativo ser declarado inconstitucional.

Os questionamentos que envolvem a Ação Civil Pública e o controle difuso de constitucionalidade centralizam-se nos efeitos da sua decisão. Isso por que as ações coletivas, na sua essência, pretendem a proteção de um determinado grupo de pessoas, ultrapassando a esfera individual.

Esse efeito universal, também conhecido como *erga omnes*, é o principal argumento dos que defendem a impossibilidade do controle constitucional, pela via difusa, ocorrer dentro da referida ação coletiva, pois, caso assim fosse, muito se assemelharia a um processo sem partes definidas e em defesa de situações subjetivas, confundindo-se com o objeto das ações abstratas e usurpando uma competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, por meio do método dedutivo de pesquisa, partindo-se do geral para o específico, e tendo como fontes a pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos e a jurisprudência nacional e internacional, o presente trabalho faz uma análise, em duas partes, dos principais temas envolvidos para a solução do problema.

No primeiro capítulo, são examinadas as questões que cercam o controle difuso de constitucionalidade, incluindo a análise histórica, desde o seu surgimento na Inglaterra, passando pelo famoso caso *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, até a sua implementação no Brasil. Ainda, é feita uma análise pormenorizada das suas características e instrumentos atuais.

No segundo capítulo, passa-se ao estudo da Ação Civil Pública e suas peculiaridades, especialmente em relação à defesa de direitos coletivos e a natureza da decisão, bem como a análise da Jurisprudência da Suprema Corte. Essa ação constitui importante instrumento processual, pois por meio da proteção dos interesses metaindividuais constitui a base do acesso a justiça.

Por fim, verificados todos os temas mencionados, será possível a apresentação da solução do problema proposto, ou seja, determinar se a Ação Civil Pública pode ser utilizada como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, sem que resulte em usurpação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

2 DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Controle Difuso de Constitucionalidade brasileiro representa importante instituto jurídico por meio do qual todos os cidadãos podem alegar, de forma incidental e a qualquer Magistrado, a desconformidade de lei infraconstitucional com norma estipulada na Carta Magna de 1988.

A compreensão do controle difuso de constitucionalidade, nos termos acima descritos, no entanto, não surgiu de forma súbita e repentina. Para alcançar sua atual concepção, foram necessários séculos de história, envolvendo casos, estudos e juristas de variadas Nações.

Assim, para melhor compreensão deste importante instituto, passa-se a sua análise, desde o surgimento do controle incidental em ordenamentos jurídicos estrangeiros até a sua incorporação na Constituição Federal brasileira.

2.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AMÉRICA

O controle de constitucionalidade ganhou destaque e perpetuação na história no famoso caso *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana.

Esse episódio teve início no final do mandato do Presidente federalista estadunidense John Adams que, ao perder as eleições de 1800 para o republicano Thomas Jefferson, planejou, junto com o Congresso, que em maioria ainda lhe apoiava, perpetuar sua influência no cenário político por meio do Poder Judiciário e, para concretizar essa tarefa, foram emitidas duas leis que lhe reorganizavam (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 1216).

A primeira delas reduziu o número de Ministros da Suprema Corte americana, a fim de evitar que o próximo presidente instituisse Ministros que o apoiassem, bem como foram criados 16 novos

cargos de juizes federais, todos aliados do Presidente derrotado. Já a segunda estipulou a criação de 40 novos cargos de juizes de paz, que também apoiavam Adams, no *distrito* de Columbia (SHAEFFER, 2008, p. 48).

No entanto, como a criação dessas leis ocorreu na iminência da posse de Thomas Jefferson, o responsável pela entrega e nomeação dos novos magistrados não conseguiu instituir todos os nomeados antes do fim do governo federalista. Com a investidura do governo republicano, o novo secretário de Estado, James Madison, se recusou, seguindo ordens de Jefferson, a investir os Magistrados remanescentes (BATISTA, 2016, p. 15).

Um dos juizes de paz que foi nomeado, mas que não conseguiu ser empossado no antigo governo, era William Marbury, que, inconformado com a recusa de Madison, decidiu intentar ação judicial para garantir a execução do que entendia ser seu direito. Marbury então, em dezembro de 1801, impetrou um *Writ Mandamus*, de competência originária da Suprema Corte, pleiteando obrigar o atual secretário de Estado a investi-lo no cargo, baseando seus pedidos em uma lei infraconstitucional promulgada em 1789, que ficou conhecida como *the Judiciary Act* (CLINTON, 2016, p. 287).

Recebida a ação na Suprema Corte, o Presidente Thomas Jefferson, junto com o novo Congresso, majoritariamente republicano, utilizaram de toda sua influência para postergar a sua apreciação. Após um turbulento período de discussão entre os três Poderes do Estado norte americano, finalmente, em 1803, o presidente da Suprema Corte norte americana, Chief John Marshall, conseguiu julgar o caso *Madison x Marbury* (SHAEFFER, 2008, p. 50).

Na sentença, a análise da matéria foi dividida em três partes, sendo elas: 1) se Marbury possuía direito de tomar posse 2) se ele possuir tal direito, qual seria o remédio adequado 3) se a suprema corte teria competência para conceder-lhe o remédio cabível. A resposta da primeira indagação foi positiva, entendendo a Corte que Marbury possuía sim o direito subjetivo de ser empossado, pois teria sido legitimamente nomeado, tornando ilegal a recusa do novo governo. Na sequência, entendeu que a ação intentada (*writ of mandamus*) era remédio processual adequado, porque os atos do executivo também eram passíveis de controle jurisdicional, ressalvadas as exceções legais (que não constavam no presente caso) (KLATAU FILHO, 2003, p. 265).

Apesar de afirmar a existência do direito material, bem como a adequação do instrumento processual, ao responder a terceira e última indagação feita na sentença, Marshall desenvolveu o entendimento de que a Lei que concedia competência originária para a Suprema Corte julgar o *Writ Mandamus* era inconstitucional, pois o rol que as determinava, de forma originária, era exclusivo e taxativamente determinado pela Constituição (TAVARES, 2005, p. 450).

A opção de não conceder o *mandamus* a Marbury, evidentemente, foi uma decisão motivada por questões políticas, devido ao período turbulento de adequação entre um judiciário federativo oposto ao Executivo e Legislativo republicanos. A Corte, ao indeferir o pedido proposto e julgar de acordo com o que o novo governo almejava, evitou o confronto direto com Presidente em exercício, amenizando os atritos existentes. No entanto, com essa mesma decisão, Marshall solidificou o princípio da hierarquia constitucional e criou o entendimento de o Judiciário é o guardião final da Constituição e, portanto, cabe a ele julgar a inconstitucionalidade de qualquer lei, norma ou ato que afronte a Carta Maior (SMITH, p. 267).

O caso *Marbury v. Madison* ficou conhecido como um dos marcos iniciais do desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade moderno, visto que implementou, de modo direto e fundamentado o princípio da supremacia da Constituição perante todo ordenamento jurídico, bem como a subordinação dos demais poderes às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo judiciário.

No entanto, o controle constitucional americano não surgiu de forma independente, desvinculado de qualquer influência histórica. Pelo contrário, ele nasceu da junção e desenvolvimento de várias teorias e decisões, dentre as quais vale destacar a doutrina de Coke.

A referida doutrina surgiu quando, em 1610, a Court of Common Pleas (a chamada Corte de Súplicas Comuns que, de forma geral, tratava-se de um tribunal inglês que julgava as demandas entre os indivíduos comuns, ou seja, que não envolvessem a realeza inglesa), presidida por Sir Edward Coke, julgava o caso de Thomas Bonham, que foi multado e preso por praticar a medicina sem autorização da Royal College of Physicians (o real colégio dos médicos, instituição responsável pela fiscalização do exercício da medicina na cidade de Londres), de Londres. Bonham alegava que, por ser doutor em medicina, graduado pela Universidade de Cambridge, não estava sujeito à autorização da citada instituição. A Royal College of Physicians, em resposta ao alegado por Bonham, afirmava que não só possuía competência para avaliá-lo, como tinha o dever de fazê-lo, pois Henrique VIII (Rei da Inglaterra de 1509 até 1547) e o Parlamento, a incumbiram, expressamente, a tarefa de gerir o controle sobre a prática da profissão em Londres, inclusive,

outorgando-lhe a possibilidade de impor multas e prisões, quando necessárias (FEITOSA; MELO, 2014, p. 267).

No julgamento do caso, Coke entendeu que a Royal College of Physicians não era uma instituição imparcial, pois acumulava os papéis de avaliadora, julgadora e beneficiária da decisão, isso por que mantinha para si valores decorrentes das multas aplicadas, demonstrando ser parte interessada na imposição das penalidades. Em passagem da decisão, Coke assim justificou o seu posicionamento (SMITH, p. 267):

Os membros da Royal College of Physicians não podem ser, ao mesmo tempo, juízes, ministros e partes. Juízes para proferir sentença ou julgar; ministros para intimar; e partes que recebem metade dos valores perdidos. O direito consuetudinário controlará Atos do Parlamento, e algumas vezes os julgará inteiramente nulos; pois quando um Ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, ou incompatível com estes, ou de execução impossível, o direito consuetudinário controlará este ato e o julgará nulo.

Ao proclamar seu voto, portanto, Coke não avaliou apenas a adequação de uma conduta ao descrito em uma norma, mas determinou que as leis criadas pelo monarca/parlamento não poderiam ir contra as regras e princípios estipulados pela Carta Magna.

No entanto, os ensinamentos de Coke, em especial a submissão do parlamento ao *common law*, prosperaram por um curto intervalo de tempo na Inglaterra, sendo extintos com a Revolução de 1688, quando foi instituído o princípio da supremacia do parlamento. Nesse sentido, Cappelletti (1992, p. 38) se posiciona:

Tal doutrina (a de Coke) foi abandonada na Inglaterra com a Revolução de 1688, quando então foi proclamada a doutrina contrária – ainda hoje respeitada naquele país –, da supremacia do parlamento. Porém, da doutrina de Coke restaram os frutos, ao menos nos Estados Unidos, e estou me referindo, como é óbvio, aos frutos que hoje são chamados de judicial review e supremacy of the judiciary.

Ao fundamentar o seu voto na soberania da Lei Maior perante o parlamento, Coke acabou por criar as bases teóricas fundamentais para o desenvolvimento do atual sistema de controle constitucional incidental.

Além da doutrina de Coke, é imprescindível mencionar também outro fato que incentivou o surgimento – ao menos da noção - de controle constitucional na América. Este fator, não menos importante, se relaciona a uma experiência vivida pela colônia americana antes mesmo desta alcançar a sua independência e possuir um sistema legislativo e judiciário desvinculados da Inglaterra. Marinoni de igual maneira se manifesta (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 886):

As colônias inglesas, regidas por Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. A supremacia do parlamento inglês impunha-se, mediante as Cartas, de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes. Com a independência das colônias americanas, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições, e, como anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as Cartas e a legislação do reino inglês, tornou-se praticamente “natural” controlar as leis que contrariassem as Constituições dos Estados que acabavam de adquirir independência. Afirma-se que o princípio da supremacia do parlamento inglês, ao sobrepor o direito inglês à produção legislativa das colônias, acabou por fazer surgir, nos Estados Unidos, o seu oposto, ou seja, o princípio da supremacy of the Judiciary. Nesse sentido, o princípio da supremacia do parlamento inglês teria colaborado para o surgimento do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. O princípio da supremacia do parlamento, ao fundamentar o controle dos atos da colônia, teria constituído os primeiros passos do controle da constitucionalidade das leis, a espelhar a supremacia do Judiciário.

O Governo britânico, ao proibir suas colônias de criarem normas contrárias ao estipulado no direito inglês, condicionou o Judiciário americano a ideia de que existe uma Lei soberana que vincula toda e qualquer produção normativa dentro de seu território, noção esta que se desenvolveu e até hoje fundamenta a relação entre o legislativo e o judiciário norte americano.

Assim, sob influência da doutrina de Coke, bem como da experiência que subordinava as leis da Colônia ao direito inglês, se alcançou, por meio do voto de Marshall, as bases teóricas que fundamentam até hoje, em vários países, o controle difuso de constitucionalidade.

2.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição da República Velha (1891), como ficou conhecida, instituiu no ordenamento jurídico pátrio, sob forte influência do direito norte americano, o controle incidental de constitucionalidade das normas, que podia ser determinado por qualquer juiz, desde que prejudicial à solução do mérito do caso. Essa forma de controle, mantida até a promulgação da Constituição de 1988, no entanto, vigorou de forma tímida nos seus primeiros anos de existência, isso porque os Magistrados, naquela época, ainda eram fortemente influenciados pelas ideologias que prosperaram no período do Império (BARBI, 1993, p. 50).

Na sequência, a Carta de 1934 manteve a forma difusa de controle das leis, mas estabeleceu cláusula de reserva de plenário que vinculava a declaração de inconstitucionalidade ao voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais, e concedeu ao Senado a competência para suspender a execução das possíveis decisões que declarassem a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo, resultando em evidente redução das atribuições dos juízes em relação ao poder de controlar a constitucionalidade das leis (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988).

Outro ponto importante da Carta de 1934 foi a introdução do mandado de segurança no rol das suas garantias individuais, contribuindo significativamente na popularização do controle difuso de constitucionalidade no judiciário brasileiro (BARBI, 1993, p. 9):

A Constituição de 1934 concorreu grandemente para o desenvolvimento e aplicação do controle, ao criar, no art. 113, nº 33, o Mandado de Segurança, instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais ou inconstitucionais do Poder Público. Podendo ser nêle alegada, como fundamento, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a autoridade para praticar o ato acoimado de lesivo ao cidadão, e dada a simplicidade e rapidez do seu processo, multiplicaram-se grandemente as demandas fundadas em inconstitucionalidade de leis, firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais, familiarizaram-se os juízes com os litígios relativos a inconstitucionalidade de leis.

O mandado de segurança se popularizou e passou a ser compreendido como um instrumento capaz de proteger um direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato ilegal e inconstitucional de qualquer autoridade (RAMOS, 2010, p. 189).

O Judiciário brasileiro, no entanto, não teve muito tempo para se acostumar com as mudanças no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, pois a Carta de 1937 representou significativo retrocesso de sua magnitude. Esta foi publicada sob a égide do governo autoritário de Getúlio Vargas, ficando, inclusive, conhecida como Constituição Polaca, devido à similaridade com a Lei Maior do Regime Ditatorial polonês.

Portanto, apesar de ter mantido em seu texto a possibilidade de controle das leis e atos normativos, essa prerrogativa, em realidade não era exercida (BATISTA, 2015, p.42):

Embora tenham se mantido, em seu artigo 101, item III, alíneas “b” e “c”, as regras estabelecidas na primeira Constituição Republicana (1891), além da manutenção da necessidade de maioria dos membros de um tribunal para declarar a inconstitucionalidade de uma norma (art. 96), houve retrocesso com a retirada do mandado de segurança do texto constitucional, colocando-o apenas na legislação ordinária. Além disto, o Código de Processo Civil de 1939 excluiu o cabimento do mandado de segurança contra atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado,

Governadores e Interventores dos Estados, reduzindo de forma drástica sua utilidade e os julgamentos sobre controle de constitucionalidade de leis.

Evidente que essas últimas alterações visavam o controle político do judiciário, enfraquecendo-o por meio da sua submissão ao Executivo. Isso foi resultado do período histórico vivido no país, quando os ideais republicanos foram substituídos pela retomada dos regimes autoritários.

Somente a partir de 1946, com o movimento de redemocratização do país, que o controle difuso de constitucionalidade reiniciou o processo de autonomia que lhe fora dado na Constituição da República Velha.

Um dos pontos mais importantes foi a restituição do Mandado de Segurança ao rol dos remédios passíveis de se pleitear a declaração incidental de inconstitucionalidade, não somente em relação aos atos manifestamente inconstitucionais ou ilegais de autoridade pública (como na Constituição de 1934, mas também em face de qualquer ilegalidade/inconstitucionalidade ou abuso de poder, desde que em detrimento de direito líquido e certo do impetrante.

Em relação as demais alterações, conforme abordado por Batista (2015, p. 44), podemos dizer que majoritariamente restabeleceu as garantias e impedimentos previstas na Constituição de 1934:

No artigo 101, III, alíneas “a” e “b”, a Constituição de 1946 manteve a previsão dos dispositivos existentes desde a primeira constituição republicana, prevendo Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal em causas decididas por Tribunais: “a) quando a decisão for contrária a dispositivo dessa Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face dessa Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada”. O artigo 200, por sua vez, manteve a previsão de maioria absoluta dos membros de um tribunal como exigência para declaração de inconstitucionalidade de uma lei. O artigo 64 manteve a previsão de competência do Senado para suspender eficácia de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Os artigos 7º, inciso VII, e 8º, previram novamente a intervenção federal nos estados que violassem determinados princípios previstos na Carta, intervenção esta que dependeria de arguição perante o Supremo Tribunal Federal por iniciativa do Procurador Geral da República.

Sobre a Constituição de 1946, portanto, é possível afirmar que ocorreu apenas uma reformulação dos preceitos contidos na Carta de 1934, com pouquíssimas variações no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Em relação à Constituição 1967 e a Emenda de 1969 não existem muitos comentários a serem feitos sobre o controle incidental, pois apesar de mantidos todos os instrumentos constantes da Carta de 1946, estes não passaram de palavras escritas no papel, com pouquíssima utilização e relevância após o golpe militar de 1964.

Assim, concluída a breve análise histórica do controle difuso de constitucionalidade nas Constituições anteriores a de 1988, passa-se a análise pormenorizada das características e instrumentos que fundamentam o controle incidental na legislação atual.

2.3 DAS CARACTERÍSTICAS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade também é comumente denominado de controle concreto, descentralizado ou aberto. Essas denominações traduzem de forma clara uma de suas principais características: a desvinculação com órgão exclusivo para a declaração de inconstitucionalidade.

Em oposição ao controle concentrado, o difuso pode ser proposto em qualquer grau de jurisdição, ou seja, tanto o juiz singular quanto os tribunais superiores possuem plena competência para determinar a incompatibilidade de lei ou ato normativo perante a Constituição Federal (VASCONCELOS, 2014. p. 387).

Vale mencionar que nessa forma de controle não existe um rol taxativo de legitimados para sua propositura, sendo que todo e qualquer indivíduo poderá alegar a inconstitucionalidade de norma que está lhe prejudicando (FACHIN, 2015, s/p).

Ainda, o controle difuso também é conhecido como incidental, recebendo esse nome devido ao fato de que a inconstitucionalidade não é declarada por ser objeto principal da demanda, mas sim como o meio ou caminho necessário para alcançar uma pretensão diversa. Aqui, a inconstitucionalidade é suscitada perante o judiciário única e exclusivamente para a solução de um caso específico, com partes determinadas, tendo como consequência lógica a vinculação somente dos envolvidos na demanda (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1140).

Os efeitos da decisão, portanto, alcançarão somente as partes envolvidas no litígio, ou seja, a declaração possui apenas efeitos *inter partes*, permanecendo o ato ou a lei válidos no que se refere à sua força obrigatória em relação a terceiros (MORAES, 2016, p. 838).

Caso afastada a constitucionalidade de lei ou ato normativo por juiz monocrático e mantida pelo Tribunal em recurso, a lide poderá ainda alcançar o Supremo Tribunal Federal, por meio de Recurso Extraordinário, com fulcro no art. 102, III, da Constituição (DANTAS, 2015, p. 177).

Em relação à declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, pode-se destacar algumas características diferenciadas. Nesse caso, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade só poderá ser apreciado pelo plenário ou por um órgão especialmente criado para análise da constitucionalidade das leis naquele tribunal (não é possível declarar a inconstitucionalidade de lei em órgão fracionário/turma recursal), e será necessário um quórum qualificado, onde é indispensável o voto da maioria absoluta dos seus membros (VASCONCELOS, 2015, p. 388).

O referido quórum qualificado trata-se de uma verdadeira reserva de plenário, que se encontra consagrada no art. 97 da Constituição Federal e se justifica devido à importância da matéria, onde o abrandamento da questão poderia levar a insegurança jurídica, como também a violação do princípio da presunção da constitucionalidade das leis (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1172).

No entanto, recentemente, vem entendendo o Supremo Tribunal Federal que a reserva de plenário poderá ser mitigada nos casos em que o pleno ou o órgão especial já houverem se manifestado acerca da mesma matéria. Logo, é possível concluir que somente quando a inconstitucionalidade for suscitada pela primeira vez naquele tribunal é que será necessário respeitar o quórum qualificado previsto na Constituição Federal, nos demais casos os órgãos fracionários/turmas recursais somente irão aplicar o entendimento já manifestado pelo pleno ou órgão especial.

A respeito desse tema, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no seguinte sentido:

“uma vez já declarada a inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Órgão Especial ou pelo Plenário do Tribunal, ficam as Turmas ou Câmaras da Corte autorizadas a aplicar o precedente aos casos futuros sem que haja a necessidade de nova remessa àqueles órgãos, porquanto já preenchida a exigência contida no art. 97 da CF” (BRASIL, 2016).

Em outro momento, a Corte Suprema (RE nº 227.018/RS) confirmou também a desnecessidade de aplicação da reserva de plenário por outros tribunais quando já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma questionada (MOTTA FILHO, 2015, s/p).

Como regra, caso a Corte Maior decida pela declaração da inconstitucionalidade, em sede de controle concreto, os efeitos serão, a priori, *inter partes* e *ex tunc*. Todavia, a Constituição Federal prevê um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 52, X: “compete privativamente ao Senado Federal - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (DANTAS, 2012, p. 176).

Desta forma, a partir da decisão definitiva, a Suprema Corte poderá oficiar o Senado Federal, para que, caso assim entenda apropriado, suspenda, por meio de resolução, a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, com efeitos *erga omnes* (atingindo toda a sociedade), porém, *ex nunc* (a declaração de inconstitucionalidade poderá surtir efeitos a partir da data da publicação da resolução, bem como o Senado poderá determinar data futura, se assim entender mais conveniente).

Assim, analisadas as principais características do controle difuso de constitucionalidade, é possível concluir que quaisquer atos normativos, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que infraconstitucional, figuram como possíveis objetos de ações incidentais e, como se verá a seguir, a declaração de inconstitucionalidade pode materializar-se por meio de inúmeras espécies de ações judiciais, pois o controle concreto possui vários instrumentos capazes de declarar a inconstitucionalidade de lei, ato normativo e, até mesmo, determinadas condutas de autoridades públicas.

2.4 DOS INSTRUMENTOS

Por muito tempo o controle difuso de constitucionalidade era conhecido como genuína arma de defesa, pois somente era arguido pelo réu para rebater as alegações postuladas pela parte contrária. Essa concepção, no entanto, caiu em desuso. Atualmente, a inconstitucionalidade pode ser invocada, de forma incidental, por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa (física, jurídica, Estado), seja ela autora ou ré (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 981).

A possibilidade da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto ser suscitada em determinadas ações, com características peculiares, tais como mandado de segurança, costumava ser questionada. Essa dúvida já foi sanada e prevalece o entendimento de que a questão constitucional pode ser decidida nos mais variados instrumentos processuais (BARROSO, 2015, p. 118):

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado.

Evidente então que existindo um caso concreto em que a declaração da inconstitucionalidade é imprescindível para a solução da demanda, os instrumentos processuais de natureza coletiva, constitucional, executiva, entre tantos outros, poderão ser utilizados, desde que adequados para a solução do litígio.

Algumas ações, todavia, sofreram mais resistência para serem aceitas como meios idôneos e capazes de declarar a inconstitucionalidade no caso concreto. Entre elas estão, principalmente, as ações constitucionais coletivas (MEIRELLES, 2000, p. 146):

O controle difuso tem como característica essencial a restrição dos efeitos da eventual declaração de inconstitucionalidade apenas às partes litigantes. Como a sentença de procedência da ação civil pública é oponível *erga omnes*, uma declaração de inconstitucionalidade nela embutida implicaria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Os óbices que eram defendidos pela doutrina e jurisprudência, no sentido impedir o controle concreto em sede das ações coletivas, justificavam-se, principalmente, em uma suposta confusão com as ações abstratas, pois, em tese, aquelas produziam os mesmos efeitos destas e, em consequência, qualquer juiz seria capaz de usurpar, devido a “similaridade” dos seus efeitos (partes indeterminadas e eficácia *erga omnes*), a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de forma abstrata (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão proferida em Recurso Especial 233664 - MG. Relator Ministro Garcia Vieira. DJ. 02/12/1999. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374651/recurso-especial-resp-233664-mg-1999-0090375-7>. Acesso em 18 de agosto de 2016).

Esse entendimento foi superado por novo posicionamento da Corte Suprema brasileira, que passou a interpretar que o simples fato das sentenças em ações coletivas possuírem eficácia *erga omnes* não é suficiente para impedir a sua utilização, pois representaria um retrocesso em relação à garantia constitucional de acesso à jurisdição plena e eficaz (STF – Rcl. 1733/SP).

A ampla instrumentalidade presente no controle difuso de constitucionalidade, abrangendo desde as ações ordinárias até as coletivas constitucionais, se desenvolveu a partir do entendimento de que o direito de ação precisa ser pensado como um direito fundamental do cidadão, pois somente através da máxima adequação entre a magnitude do direito material e os meios processuais é que se alcançará a real efetividade da tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o controle concreto de constitucionalidade, ao aceitar ser declarado nas mais diversas formas processuais, garante de forma inequívoca o verdadeiro acesso à justiça (MARINONI, 2012, p. 21).

Apesar da declaração de inconstitucionalidade em caráter difuso ser amplamente aceita nos mais variados instrumentos processuais individuais, a declaração incidental nas ações coletivas, em especial na ação civil pública, continua sendo objeto de divergência na doutrina e, embora já exista um posicionamento jurisprudencial aparentemente consolidado, ele ainda não é unânime dentro da Suprema Corte (conforme transcrito na página 20 do presente artigo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes diverge do posicionamento adotado pela Corte).

Assim, para melhor entender a questão constitucional em sede de ação civil pública, passa-se a análise das características e particularidades deste importante instrumento de defesa de interesses coletivos, principalmente para verificar a sua adequação ou não para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública constitui importante instrumento de defesa de direitos da coletividade, também chamados de metaindividuais ou transindividuais. Esses direitos possuem tal nomenclatura pois ultrapassam a tutela jurisdicional individual, atingindo um grupo de pessoas com alguma pretensão em comum.

Quando a Ação Civil Pública associa-se ao controle difuso de constitucionalidade algumas características merecem análise especial, pois a partir da premissa de que qualquer pessoa é legítima para pleitear, em sede de controle incidental, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, surgiu a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade do referido controle ocorrer via Ação Civil Pública, devido a uma possível (e incompatível) abstrativização da natureza de seu pedido.

3.1 A DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Os interesses coletivos existem, por si só, desde o surgimento da vida em sociedade. A proteção estatal desses interesses é que surgiu posteriormente, devido a redução do ser humano como indivíduo singular e a massificação da vida social. Exatamente para proteger as relações ultra pessoais é que se fez surgir nas legislações contemporâneas à proteção dos direitos metaindividuais.

Em um primeiro momento o direito pátrio era simplesmente dividido em público e estatal *versus* privado e particular. Esses dois conceitos não se misturavam, sendo inadmissível uma eventual combinação entre eles. Essa forma de organização jurídica, no entanto, logo se mostrou ineficaz, pois é tendência da natureza humana a vida coletiva, fazendo surgir de forma espontânea (e inevitável) os interesses coletivos e, conseqüentemente, a necessidade de sua proteção (MANCUSO, 1998, p. 27).

Assim, o desenvolvimento da sociedade e a intensificação das demandas judiciais litigiosas demonstraram a necessidade de se instituir novas possibilidades no direito processual brasileiro, pois as regras que regem o processo civil individual não se mostraram suficientes para efetiva proteção dos direitos transindividuais.

Apenas em 1974, com a tese inovadora de Mauro Capelleti, se iniciou o processo de desmistificação da dicotomia entre processo público e privado, incentivando o surgimento de um instrumento intermediário, capaz de enfrentar as particularidades de um procedimento coletivo. Esse instrumento é hoje conhecido como ação civil pública (MAZZILLI, 2005, p. 2).

No Brasil, apesar de alguns anos antes já existir preocupação com a tutela dos direitos coletivos, somente com a promulgação da Lei nº 7.347/85, também conhecida como lei da Ação Civil Pública, é que nasceu uma regulamentação sistematizada e garantidora da proteção jurisdicional desses direitos.

Anteriormente a Lei da Ação Civil Pública, a tutela dos interesses meta-individuais era feita de forma esparsa, subdivida em inúmeros diplomas legais. Após sua entrada em vigor, ocorreu uma verdadeira unificação das legislações, facilitando a aplicação desse instituto. A sua criação foi resultado do movimento de acesso à justiça, que pretendia facilitar a defesa de direitos que já existiam, mas que não possuíam um instrumento adequado para garantir a sua proteção (FERRARESI, 2008, p. 200).

O objeto desta ação, conforme o artigo primeiro da Lei 7.347, é a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, como também qualquer outro interesse difuso ou coletivo (BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

Apesar de possuir objetos de tutela bem específicos, a ação civil pública é instrumento processual, o meio ou caminho, para a proteção dos direitos metaindividuais, ou seja, o direito material (do meio ambiente, consumidor...) continua inserido em legislação esparsa, no entanto, o trâmite processual é ditado por uma única lei (FERRARESI, 2008, p. 200).

Quando se fala em interesses metaindividuais é imprescindível lembrar que hoje, devido ao art. 81 do código de defesa do consumidor, existe uma divisão muito clara entre direitos difusos (*lato sensu*), coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos.

Os interesses difusos caracterizam-se pela inviabilidade de indicação dos seus sujeitos específicos, ou seja, apesar de ser o mesmo fato, não há uma ligação jurídica entre os indivíduos atingidos e o autor do dano. Já no interesse coletivo, diversamente do anterior, existe um vínculo jurídico entre as pessoas afetadas pelo agente lesionador, podendo aquele evento afetar de forma concreta alguns e potencialmente os demais, mas sendo todos eles identificáveis (SAAD, 1998, p. 70).

Os individuais homogêneos, por sua vez, não são genuinamente coletivos, trata-se, em verdade, de direitos individuais, mas que devido a natureza ou magnitude do dano que lhes deu causa são tutelados coletivamente (MANCUSO, 1998, p.70).

Ainda, os direitos transindividuais não podem ser considerados excludentes uns dos outros, pois um mesmo dano pode ensejar a proteção dos mais variados interesses. Toma-se por exemplo um acidente nuclear (fato). Esta situação é passível de ensejar três ações coletivas. A primeira defendendo a interdição da usina (interesse difuso), a segunda visando a continuação de suas atividades para manter o empregos de seus funcionários (interesse coletivo) e a terceira pleiteando indenizações dos indivíduos que obtiveram prejuízos em suas propriedades devido ao incidente (individual homogêneo) (NERY, p. 152).

Apesar das diferentes conceituações, os interesses metaindividuais pretendem alcançar, de igual maneira, a proteção de algum interesse da coletividade, sendo a sua diferenciação meramente formal, a fim de traçar limites entre o coletivo e o individual.

A legitimidade para a propositura da ação civil pública está consagrada no art. 5 da lei 7.347/85 e inclui o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

Apesar desse rol taxativo de legitimados, vale lembrar que o principal titular da ação civil pública é a própria sociedade, isso por que a proteção dos direitos coletivos não se enquadra mais como interesse meramente público ou particular, mas sim, como direitos sociais (WALD, 2007, p. 12).

A tutela dos direitos coletivos, evidentemente, sofreu grandes alterações desde a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. A proteção desses interesses demonstra-se imprescindível em uma sociedade onde as relações sociais alcançaram proporções como as atuais e, a ação civil pública, veio instrumentalizar de maneira mais eficiente a importante defesa de grupos, classes ou categoria de lesados, para a qual o processo civil tradicional não estava voltado.

O real objetivo da ação civil pública é a proteção de direitos fundamentais e transindividuais, a proteção da sociedade em si. Existem interesses maiores que um único indivíduo e seria inadmissível aceitar que esses interesses carecessem de proteção, seja por falta de legitimidade ou por que não seria interessante (insignificante) a reparação do dano individual, mas que coletivamente alcança grandes e importantes resultados.

3.2 DA COISA JULGADA E DOS EFEITOS DA DECISÃO

O instituto da coisa julgada encontra amparo em diversos textos legais do ordenamento jurídico pátrio. Disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, no art. 502 do Código de Processo Civil e no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em suma, objetiva garantir maior segurança jurídica as partes litigantes, por meio da imutabilidade de um pronunciamento judicial definitivo.

O centro da coisa julgada associa-se com a “inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam” (THEODORO JR.,2010, p. 539).

Bandeira de Melo (2010, p. 124), no mesmo sentido, afirma que esse instituto garante que as demandas levadas a juízo, uma vez transitadas em julgado, serão detentoras de estabilidade, a fim de garantir a pacificação social, bem como evitar que os conflitos se eternizem no tempo.

A coisa julgada é um dos fundamentos mais importantes de um Estado Democrático, pois protege o direito adquirido entre as partes e, também garante, que as decisões sejam respeitadas pelo próprio Estado (NERY JUNIOR, 2009, p. 65):

Há determinados institutos no direito, de natureza material ou processual, criados para propiciar segurança nas relações sociais e jurídicas. A coisa

julgada é um desses institutos e tem natureza constitucional, pois é elemento que forma a própria existência do estado democrático de direito.

Via de regra, nos processos individuais, a sentença faz coisa julgada *inter partes*, sem prejudicar ou beneficiar terceiros, ou seja, a inalterabilidade da decisão atinge somente aqueles que participaram ativa ou passivamente do processo. Assim, em relação à coisa julgada é imprescindível se ter mente que esta não passa de um instituto que está ligado à imutabilidade da decisão. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 408).

Em oposição, nas ações coletivas, conforme o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 16 da lei da Ação Civil Pública, a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, mesmo que os indivíduos não tenham atuado no processo.

Do próprio objetivo (ou da sua natureza) é deduzível que as sentenças, em sede das ações universais, devem alcançar uma determinada “coletividade”, sendo pouco razoável falar em uma decisão limitada as partes efetivamente litigantes em juízo, pois iria de encontro com a essência do processo civil coletivo (GRINOVER; MANDES; WATANABE, 2007. p. 174).

Tavares (2003, p. 115), tratando do alcance da decisão proferida em sede da ação civil pública, assim assevera:

Já na defesa de direitos metaindividuais, a natureza específica desses direitos, considerados indivisíveis, impõe uma extensão subjetiva maior. O sistema encampado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor é, atualmente, consoante parcela da doutrina específica, o da “coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*”. Ou seja, a coisa julgada alcança pessoas ausentes do processo decisório, quando a decisão foi em seu benefício.

Em comparação ao processo individual tradicional o que se altera é o alcance dos efeitos da decisão, isso por que nas ações transindividuais inclusive quem não atuou diretamente em um dos polos da demanda pode ser por ela afetado.

Enquanto no processo singular se pretende a segurança jurídica, nas ações coletivas almeja-se, principalmente, que o julgado produza efeitos na sociedade, visto que é um instrumento voltado para solucionar questões coletivas (MANCUSO, 2009, p. 330).

Devido à inexistência de uma legislação completa, de um texto legal incontestável que trate dos procedimentos coletivos, demonstrou-se necessária a importação de algumas características do processo individual para o coletivo. No entanto, essa mistura de procedimentos deve ser utilizada com cautela. Nesse sentido, Mancuso (2007. p. 111) assim se manifesta:

O transplante puro e simples [sem adaptações] do regime jurídico da coisa julgada nas ações individuais para as coletivas pode causar muitos problemas na aplicação do direito. Pois não é possível valer-se da concepção ortodoxa dos institutos processuais para a compreensão das ações coletivas.

Para resolver essa questão, tem-se compreendido mais adequado a aplicação dos ensinamentos constantes na junção de alguns textos legais que tratam das ações coletivas, principalmente as Leis 7.347/85 e 8.078/90, também conhecido como microssistema da Ação Civil Pública, deixando que a aplicação do Código de Processo civil ocorra somente de forma subsidiária.

Em relação ao alcance da decisão com efeito *erga omnes*, proferida na Ação Civil Pública, o texto original do art. 16 da Lei 7.347/85 dispunha da seguinte forma: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Nesses termos, não existia nenhuma limitação territorial dos indivíduos afetados pela decisão, no entanto, o referido artigo foi alterado pela MP nº 1.570-5, de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e sua redação passou a se dar da seguinte forma:

Art. 16 da Lei 7.347/85 - A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer

legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Com essa alteração as decisões proferidas em Ação Civil Pública, em tese, estariam limitadas a competência do órgão prolator da decisão. De imediato surgiram inúmeras críticas por parte da doutrina, pois a mudança legislativa ia na contramão dos avanços relacionados as ações coletivas (ALMEIDA, 2001, p.167)

Segundo Bueno (2005, p.213), a mudança foi motivada, principalmente, por questões políticas. Na época, o Poder Executivo via-se constantemente restringido na prática de políticas governamentais por meio de decisões prolatadas em sede de Ação Civil Pública, o que levou a alteração do artigo em questão.

Além desse ponto, as críticas a nova redação também giravam em torno da controvérsia que ela representava, pois o objetivo das ações coletivas é alcançar todas as partes afetadas pela questão, reduzindo a necessidade de se intentar inúmeras ações relacionadas ao mesmo evento, e a alteração que restringiu o alcance da coisa julgada resulta em inevitável multiplicação das demandas (GRINOVER 2005, p.919).

Após anos de conflitos a respeito da aplicação ou não do art. 16 da Lei 7.347/85 (e apesar de ainda não se ter um posicionamento unânime), parece que o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli (p. 583) demonstra-se o mais adequado:

A imutabilidade da coisa julgada, quando obtida em ação civil pública ou coletiva, sempre alcançará todo o território nacional enquanto decisão de soberania do Estado; o que poderá ter maior ou menos extensão é o dano, que, este sim, poderá ser nacional, regional ou apenas local.

Assim, a limitação territorial, meramente ligada ao órgão prolator da decisão não deve ser aplicado e, seguindo o disposto no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, a limitação do efeito da decisão deve associar-se a extensão do dano, pois ele é um só, não sendo passível de divisão (DIDIER; JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2008, p.164).

Esse entendimento já vem sendo prolatado na jurisprudência pátria:

COISA JULGADA SOBRE O TÍTULO EXEQUENDO QUE NÃO LIMITOU O ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DA CONDENAÇÃO. HIGIDEZ DO ART. 467 DO CÓDIGO INSTRUMENTAL CIVIL. SEM EMBARGO, LEITURA DO ART. 16 DA LEI N. 7.347/1985 QUE NÃO PODE SER EFETUADA ISOLADAMENTE, MAS, SIM, INSERIDA NA SISTEMÁTICA DO MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E EFICÁCIA 'ERGA OMNES' DA COISA JULGADA. APLICAÇÃO DO ART. 93 COMBINADO COM O ART. 103, INCISO III, AMBOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ADEMAIS, PRESCINDIBILIDADE DO POUPADOR PERTENCER AOS QUADROS ASSOCIATIVOS DAQUELE QUE AJUIZOU A AÇÃO COLETIVA, POIS A POSTULAÇÃO ESTENDE-SE EM BENEFÍCIO A TODA A CATEGORIA NAS CONDIÇÕES DA LIDE JULGADA. (BRASIL, 2016).

A abrangência da decisão, conforme decisão acima transcrita, não se limita ao disposto no art. 16 da Lei 7.347/85, mas deve ser interpretada em consonância com as demais regras do processo coletivo, as quais levam a interpretação de que o efeito *erga omnes* vincula-se a extensão do dano e não as tradicionais regras de competência.

Assim, fica claro que o processo coletivo consiste em um complexo sistema, que engloba, principalmente, as regras da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) e da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), onde tanto a sistemática da coisa julgada quanto a questão da extensão da decisão proferida (*erga omnes*) devem objetivar, diferente do processo individual, a proteção da sociedade, ou seja, da coletividade atingida.

3.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Ação Civil Pública e o controle difuso de constitucionalidade são institutos individualmente aceitos e consolidados no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática que os envolve nasce em

decorrência da sua junção, devido a uma suposta equivalência do efeito da sua decisão com a proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Os argumentos contrários giram em torno de uma suposta usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, pois devido ao efeito *erga omnes*, característico das decisões proferidas em Ação Civil Pública, esta se confundiria com o das ações concentradas.

Gilmar Mendes (2014, p. 1030), ao tratar do assunto, postula por uma nova análise da viabilidade do controle difuso ocorrer dentro de uma Ação Civil Pública, pois entende que a declaração de inconstitucionalidade, com efeito amplo e geral, constitui prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Apesar do atual posicionamento da Suprema Corte brasileira aceitar o controle difuso incidental em sede de Ação Civil Pública, é evidente que a resistência a sua aplicação pela doutrina (e até mesmo a falta de unanimidade dentro da própria Corte) orbita em torno de questões relacionadas a competência e a legitimidade (CARVALHO FILHO, 2001, p. 86).

A antiga jurisprudência, baseada nos mesmos argumentos, também negava a ocorrência do controle incidental em ação civil pública:

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS - EFEITOS ERGA OMNES - SUCEDÂNEO DE ADIN - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - INTERESSE DE AGIR – AUSÊNCIA. Revela-se a ausência de interesse de agir do Ministério Público do Trabalho, por inadequação da via eleita, quando mediante a interposição de Ação Civil Pública para a tutela de direitos difusos e coletivos, objetivar a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos erga omnes, retirando do Supremo Tribunal o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. (BRASIL, 2016).

Esse entendimento destacava que a declaração de inconstitucionalidade não poderia ocorrer pela via difusa quando almejasse que os efeitos da decisão tivessem alcance *erga omnes*. No entanto, a Ação Civil Pública possui natureza ampla como uma característica intrínseca da sua existência, e afastá-la resultaria na perda do seu objetivo principal, que é a defesa de interesses de determinada coletividade.

O referido efeito geral, via de regra, não gera transtornos, mas quando o controle de legitimidade de lei ou ato normativo é associado a uma ação coletiva nasce um desconforto, por parte da doutrina, em razão de suposta semelhança com as ações abstratas (WALD, 2007, p. 197):

Com a utilização da ação civil pública como instrumento do controle de constitucionalidade tem-se a outorga de poderes direta à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal (...) nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade, tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Sob argumentos de subversão do sistema constitucional, devido a uma possível usurpação de competências e confusão entre os sistemas de controle das leis, permanece controversa a possibilidade da declaração de Constitucionalidade ocorrer por meio da Ação Civil Pública.

Tais alegações, entretanto, não merecem prosperar. Mazzilli (2011, p. 134) discorda da existência de qualquer impedimento para o controle *incidenter tantum* ocorrer via ação civil pública. Cita ainda que o instituto do controle constitucional não é exclusivo das ações individuais, podendo ser feito em defesa de direitos coletivos, por meio de ação civil pública, bem como por ações populares e mandados de segurança.

Na concepção de Nelson Nery Júnior (2002, s/p), um dos pontos que merecem maior atenção para a solução da questão é a análise do próprio objeto das duas ações. A Ação Civil Pública pretende a proteção de direitos metaindividuais previstos na Constituição Federal, no Código de

Defesa do Consumidor ou na Lei da Ação Civil Pública, podendo ter como mero fundamento a questão constitucional. Já as ações abstratas possuem como objeto a declaração de constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato normativo, visando a retirada da norma do ordenamento jurídico ou, ao menos, a modulação dos seus efeitos.

A ação civil pública é importante instrumento processual constitucional e, conforme vem sendo declarado na jurisprudência dos tribunais pátrios, é sim meio capaz de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos:

Ação civil pública. Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do STF. O STF tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. (BRASIL, 2016).

A Suprema Corte brasileira pacificou entendimento de que, verificados todos os requisitos do controle difuso, é possível a questão constitucional ser discutida em sede de Ação Civil Pública, sem que ocorra qualquer prejuízo ou usurpação de competência das Cortes Supremas.

Evidente então que mesmo que a declaração de inconstitucionalidade dentro da Ação Civil Pública produza efeitos *erga omnes*, estes continuam vinculados ao caso concreto, sem confundir-se com a declaração proferida em ação direta de inconstitucionalidade (MOREIRA, 2006, p. 263):

Em virtude de a decisão proferida na ação civil pública produzir efeitos *erga omnes*, chega-se a imaginar que a arguição de inconstitucionalidade, incidentalmente, a qualquer uma dessas ações, teria o mesmo efeito da ação direta de inconstitucionalidade. Porém, essa suposição deflui de uma supervalorização dos efeitos *erga omnes* da decisão judicial. A circunstância de uma decisão tutelar a coletividade e, assim produzir efeitos *erga omnes* é autônoma em relação a ter o juiz considerado, para proferir esta decisão, incidentalmente uma norma inconstitucional. A definição da inconstitucionalidade, incidentalmente na ação civil pública além de não produzir coisa julgada material, é limitada ao litígio.

É aceitável que a inconstitucionalidade seja declarada em sede de Ação Civil Pública, pois esta, se feita de forma incidental, somente para decidir questão prejudicial a solução da demanda, não se confunde com nenhuma das ações concretas, principalmente por que a decisão da questão prejudicial não fará coisa julgada *erga omnes*. O amplo efeito da decisão restringe-se a solução do litígio principal.

No Código de Processo Civil de 1973, o art. 469, III, afirmava que a apreciação da questão prejudicial não fazia coisa julgada material. O atual Código de Processo Civil, em seu art. 503, § 1º, abre a possibilidade da análise da questão prejudicial fazer coisa julgada (lei entre as partes) desde que cumpridos alguns requisitos:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

É possível observar que no caso do controle incidental a análise da questão prejudicial continuará sem fazer coisa julgada nos limites da questão principal, tanto no processo individual como no coletivo, pois conforme consta do inciso três, para que fosse possível seria necessário que o juízo

fosse competente para a análise da matéria. Dessa forma, a referida mudança em nada prejudicará o sistema do controle difuso de constitucionalidade, mantendo de forma inequívoca a possibilidade do controle incidental ocorrer nas ações coletivas (BUENO, 2016, p. 412).

A Ação Civil Pública é um dos mais importantes e competentes instrumentos processuais coletivos do ordenamento jurídico brasileiro e, por essa razão, aceitar que a proteção da coletividade deixe de ser cumprida, que o princípio fundamental do acesso a justiça seja desrespeitado, por exagerado formalismo, é simplesmente inadmissível.

Outros acórdãos, no mesmo sentido, vêm confirmando, desde então, a possibilidade da ação civil pública servir de instrumento idôneo para declarar a inconstitucionalidade incidental:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTER TANTUM - CABIMENTO - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE COLETIVO - ESTATUTO DO IDOSO - GRATUIDADE NOS SERVIÇOS REGULARES É possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, em relação a lei ou ato normativo, não se usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal quando a questão é tratada *incidenter tantum* (...) (BRASIL, 2016).

O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal demonstra-se adequado, visto que quando os requisitos dos institutos da ação civil pública e do controle difuso de constitucionalidade são respeitados, não se pode mais falar em impedimentos, mas quando eles são ignorados, a fim de alcançar efeitos abstratos, a ação será declarada improcedente.

Portanto, é possível concluir que a utilização da ação civil pública no controle difuso de constitucionalidade, desde que a controvérsia constitucional consista em pedido incidental, sem se confundir com a pretensão principal, é perfeitamente possível, pois apesar de possuir características similares ao instituto do controle constitucional abstrato, estes não se confundem.

Ademais, a sua inaplicabilidade resultaria em gigante retrocesso na proteção dos direitos metaindividuais, que por meio da ação civil pública encontram um instrumento capaz de defender interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo que muitas vezes para garantir a efetiva tutela desses direitos será imprescindível a declaração de inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto no desenvolvimento do presente estudo, é possível concluir que o controle difuso de constitucionalidade e a Ação Civil Pública constituem importantes instrumentos de defesa de direitos, tanto individuais como coletivos, do ordenamento jurídico brasileiro.

O controle incidental garante que todo e qualquer indivíduo alegue a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo a fim de proteger seus interesses. A análise da compatibilidade das normas com a Constituição Federal não depende de alguma autoridade legitimada, como também não possui um juiz ou tribunal exclusivo para declará-la inconstitucional, ou seja, o controle difuso garante o verdadeiro acesso a Justiça para quem se vê prejudicado por lei que, possivelmente, afronta a Carta Maior brasileira.

Já a Ação Civil Pública destina-se a proteção de interesses metaindividuais, que ultrapassam a esfera do particular, alcançando determinada coletividade. Esses interesses, normalmente, destinam-se a proteção de questões relacionadas ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, como também qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

O objetivo dos dois institutos demonstra-se, assim, de grande relevância e, quando analisados individualmente, não surgem grandes questionamentos acerca da sua existência, aplicabilidade ou validade. No entanto, parte da doutrina resiste ainda em aceitar a ocorrência do controle difuso dentro da Ação Civil Pública.

Essa resistência, como visto, é infundada, pois apesar dos efeitos da decisão proferida em sede de Ação Civil Pública possuírem efeito *erga omnes*, ela não se confunde com o objeto das ações constitucionais abstratas.

O controle difuso declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo relacionada a um caso concreto. Isso também ocorre dentro da Ação Civil pública, pois apesar da decisão possuir efeito amplo e geral, ele se limita aos indivíduos afetados por determinado evento (que deu causa a ação), continuando o texto legal válido para o restante da população brasileira.

Portanto, é justo concluir que a Ação Civil Pública é instrumento adequado para declarar à inconstitucionalidade sempre que a questão constitucional for indispensável para a solução da demanda proposta, sem que sirva de sucedâneo das ações abstratas ou que usurpe competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/941>>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: as lições de Marbury v. Madison**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>>. Acesso em 13 de jul. de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **História do Constitucionalismo no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>. Acesso em 14 de jul. de 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Lei 5.869, 11 de Janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 05 de Julho de 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Lei 13.105, 16 de março 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 05 de Julho de 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 Jul. de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, RJ, 10 nov. 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 20 jun. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Fabris, 1992.

FEITOSA, Juliano; MELO, José. **Dr. Bonham Case e o controle de Constitucionalidade**. disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6475c86edecfca8f>>. Acesso: 09.06.16.

JEVEAX, Geovany Cardoso; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. **O controle de constitucionalidade difuso**: uma análise de sua origem e da modulação de seus efeitos no espaço. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-3-Madrid.pdf> . Acesso em: 25 de abr. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MANDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)**. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_2.htm>. Acesso em: 26.06.2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. 22 ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

PELUZO, Antonio (org.). **As Constituições do Brasil: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988 e Suas Emendas**. São Paulo: Manole, 2011.

RAMOS, Elival Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil - perspectivas de evolução**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_284.pdf>. Acesso em: 08.06.2016.

SMITH, George. **Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?**. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=sulr>>. Acesso em: 14.06.2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.