

## Introdução

A compatibilidade entre o controle difuso de constitucionalidade e a Ação Civil Pública é um tema bastante instigante e atual, situando-se entre dois grandes temas do Direito: o controle de constitucionalidade e o processo coletivo.

Portanto, partindo do pressuposto de que na Ação Civil Pública, por expressa disposição legal, a sentença prolatada terá eficácia *erga omnes*, questiona-se se seria possível a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo através do controle incidental de constitucionalidade, este com eficácia *inter partes*.

O objetivo geral deste trabalho, portanto, será avaliar a compatibilidade entre o controle difuso e a ação civil pública, especialmente, quanto aos efeitos da declaração da inconstitucionalidade nela havida e analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites e possibilidades do controle difuso no âmbito do processo coletivo.

Para tanto, buscar-se-á melhor conhecer sobre o assunto, através da pesquisa bibliográfica e documental e, quanto a esta, far-se-á o estudo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir da decisão plenária obtida nas Reclamações n. 597, 600 e 602, que permitiram àquela Corte a definição do atual posicionamento acerca do assunto.

Analisar o reflexo da declaração de inconstitucionalidade, pelo controle difuso, dentro de uma ação civil pública, mostra-se pertinente, em especial, no que tange às dificuldades decorrentes da aplicação próprio direito coletivo tutelado, que influenciará um número indeterminado de pessoas, assemelhando-se, nesse quesito, ao controle concentrado de constitucionalidade, que pode ser entendido como um substitutivo violador da competência do Supremo Tribunal Federal.

Acredita-se que o estudo do tema se mostra relevante, dada à vigência, no Brasil, de duas formas de controle, a concentrada e a difusa, cada uma delas com um regramento específico e hipóteses de cabimento particulares, mas que devem conviver de forma harmônica, sem o afastamento recíproco, até porque o processo, como forma democrática de exercício da jurisdição, deve assegurar na maior medida possível a concretização de direitos fundamentais.

Deste modo, pergunta-se: É possível que, na defesa de direitos coletivos, um legitimado, no bojo de uma ação civil pública, pretenda a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, como questão incidental ao pedido principal? Em caso positivo, considerando que nas ações civis públicas a sentença irá gerar efeitos *erga omnes*, é correto dizer que a declaração da inconstitucionalidade também extrapolará os limites do processo e

produzirá efeitos contra todos? E, ainda, se positivas as respostas anteriores, é possível dizer que tal situação se mostra compatível com o regramento vigente acerca das ações diretas de inconstitucionalidade, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal?

Em busca de respostas a tais questões, passa-se às linhas seguintes.

## **1 O controle difuso de constitucionalidade**

Muito embora traçar um conceito de constituição possa parecer uma tarefa árdua e desgastante, tomando a visão de José Afonso da Silva (SILVA, 1982, p. 9), Constituição é o sistema de normas jurídicas de determinado Estado, que abarca uma concepção determinada de valores, podendo adquirir diversos sentidos, o sociológico, o político e o jurídico.

A Constituição, portanto, é um conjunto de valores de determinada sociedade, eleitos como normas de caráter fundamental e superior. No sentido sociológico, a Constituição é baseada na realidade social, determinada pela construção histórica de um povo e, conforme, salienta Lassalle é a essência, a soma dos fatores reais de poder que regem um país. (LASSALLE *apud* SILVA, 1982, p. 11).

Já a Constituição no sentido político é a decisão política fundamental, tal como estruturação dos órgãos do Estado, direitos do cidadão e vida democrática. No sentido jurídico, a constituição se apresenta como norma jurídica fundamental de organização do Estado e da vida, ou seja, “um complexo normativo estabelecido de uma só vez, na qual, de uma maneira total, exaustiva e sistemática se estabelecem as funções fundamentais do Estado, (...) é, pois, um sistema de normas”. (GARCÍA-PELAYO *apud* SILVA, 1982, p. 18).

Em contraponto, para José Alfredo de Oliveira Baracho (1984, p. 146), a finalidade da Constituição é limitar a concentração de poder nas mãos de um único detentor, distribuindo as diferentes funções estatais a diferentes órgãos.

Com isso, a partir da Constituição como instrumento de garantia, seja de limitação do poder, seja de realização do contexto social e de direitos fundamentais, admite-se, o ingresso na era do Constitucionalismo e a Constituição passa a representar tudo aquilo que o cidadão pode esperar do Estado, todas as garantias que podem ser a ele impostas e todo o regramento superior de uma ordem jurídica. E, como ressalta Luís Roberto Barroso (2011, p. 23), duas premissas passam a ser consideradas: a supremacia da constituição e a rigidez constitucional.

A supremacia da Constituição determina que a norma constitucional terá o mais elevado status dentro da ordem jurídica, numa figura escalonada onde as normas jurídicas se situam em níveis, todas as demais estarão abaixo da norma Constitucional, dela retirando todo

o seu fundamento de validade. Para que uma norma ou ato jurídico possa ser considerada válida é necessário que esteja em compatibilidade com o texto constitucional.

Também a rigidez constitucional aqui é relevante, em especial, no que tange ao controle de constitucionalidade, vez que apenas admitindo-se que a norma constitucional não poderá ser alterada por qualquer outra, mas apenas por um processo específico e mais gravoso, é que se pode dizer que uma norma editada posteriormente à norma constitucional é inválida devido à sua incompatibilidade com aquela.

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade. (BARROSO, 2011, p. 24)

Se uma norma constitucional é superior, só pode ser alterada por um processo legislativo específico e todas as demais normas dela retiram sua validade, devendo ser com ela compatíveis, tem-se a necessidade de um controle das normas infraconstitucionais, da avaliação destas através do filtro constitucional.

O controle jurisdicional de constitucionalidade é tido pela doutrina como inaugurado, ao menos nos moldes modernamente conhecidos, pelo precedente norte-americano do caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, no qual o juiz da suprema corte estadunidense John Marshall, estabeleceu em seus fundamentos que a norma constitucional possui supremacia em relação às demais, que os juízes não poderiam aplicar ao caso concreto uma norma que fosse incompatível com a Constituição e que os atos do poder público, salvo algumas exceções previstas na Constituição e nas leis, seriam passíveis do controle pelo judiciário, no que tange a esta invalidade constitucional ou legal.

O caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1803, foi, portanto, o marco do controle de constitucionalidade moderno, estabelecendo que as normas incompatíveis com a Constituição seriam nulas e deveriam assim ser declaradas pelo poder judiciário, o intérprete último da Constituição.

Seja como forma de limitação de poder, seja como mecanismo de garantia da integridade constitucional, eis que o controle de constitucionalidade representa, na atualidade, um ponto de extrema importância no exercício da democracia. Tal mecanismo, inclusive, não é exclusivo da jurisdição, podendo ser verificado nos diversos países os mais variados tipos

de controle, sejam eles políticos, jurídicos, preventivos ou repressivos. A França, aliás, é um dos melhores exemplos de controle político da constitucionalidade, onde apesar de não ser previsto um controle difuso pelos juízes, existe um Conselho Constitucional que, além de outras funções, tem a atribuição de avaliar a constitucionalidade de uma lei, quando submetida pelo Presidente da República, Primeiro Ministro ou Presidente de uma das câmaras do Parlamento, a fim de que este se pronuncie sobre a conformidade da nova lei com a Constituição. (CAPELLETTI, 1992, p. 27-28).

(...) a ideia de uma separação de poderes, na qual inegavelmente predominava o Poder Legislativo; a concepção de que a lei como regra abstrata e universal, fruto da racionalidade da vontade geral, era incontestável, sendo portanto, intocável e, finalmente, uma visão mecanicista do Judiciário, que se expressou na Escola da Exegese, constituíram os elementos que colaboraram para que não fosse possível a consagração, na França, do surgimento do controle judicial da constitucionalidade das leis. (...) **Em verdade o constituinte francês não viu justificativa para tanto, pois uma lei, fruto da vontade do povo, não poderia ser jamais injusta, ilegítima ou inconstitucional, porque ninguém poderia ser injusto para consigo próprio.** (CRUZ, 2004, p. 81-82) [g.n.]

No exercício do controle de constitucionalidade, o poder Judiciário ao anular uma lei aprovada majoritariamente no âmbito do poder Legislativo, exerce o poder contramajoritário e superposto aos demais poderes, em garantia das minorias não representativas do legislativo, através da argumentação e interpretação constitucionais.

No modelo norte-americano, ou estadunidense, também conhecido como ‘difuso’, a lógica utilizada é bastante simples, conforme aponta Cappelletti (1992, p. 75):

**A função de todos os juízes é a de interpretar as leis**, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento;  
Uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;  
Tratando-se de disposições de igual forma normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios “lex posterior derogat legi priori”, “lex specialis derogat legi generali”, etc.;  
Mas evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério “lex superior derogat legi inferior” – **quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante...** [g.n.]

No método difuso, norte-americano, todos os órgãos judiciários, sejam eles de que grau for, possuem o poder e, mesmo o dever, de não aplicar normas inconstitucionais aos casos concretos objeto de julgamento, gerando efeitos restritos ao caso julgado. Extrai-se daí o seu principal ponto de dificuldade: uma vez que todos os juízes de forma idêntica possuem a

competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei e afastar sua aplicação no caso concreto, decisões contraditórias e divergentes, de aplicação e não aplicação da mesma lei, podem surgir nos diversos órgãos judiciários, gerando uma grande insegurança jurídica.

Contudo, tal dificuldade não é enfrentada nos países da *common law* pela simples aplicação do princípio do *stare decisis*. Segundo tal princípio, as decisões das cortes superiores terão observância obrigatória pelas inferiores, o que afasta as divergências entre os órgãos judiciários (CAPPELLETTI, 1992, 81).

Por outro lado, na contramão do modelo norte-americano de *judicial review*, em que todo juiz, em apreço à supremacia da Constituição, deve declarar a nulidade de uma lei que, no caso concreto, mostrar-se com ela incompatível, numa análise prejudicial ao mérito da causa, incidentalmente, eis que surge, na Áustria, em 1920, por Kelsen, o modelo denominado concentrado.

O modelo de controle de constitucionalidade concentrado pode ser identificado pela competência de um único órgão judiciário para o exercício do controle, uma Corte Constitucional, especialmente criado para tal análise. Os demais juízes são incompetentes a tanto e, ali a análise da constitucionalidade não irá partir da norma aplicada ao caso concreto, mas da sua confrontação abstrata com o texto constitucional.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido, inicialmente, com inspiração do método estadunidense, de maneira difusa ou incidental, a partir da Constituição de 1891 e, muito embora, o direito brasileiro estivesse bem longe da cultura da *common law* o modelo foi admitido como mecanismo contramajoritário de defesa dos direitos individuais: “O Judiciário e, em especial, o recém-criado Supremo Tribunal Federal era entendido como um aplicador imparcial da vontade do legislador, devendo estar atento contra quaisquer eventuais excessos criativos da jurisdição” (CRUZ, 2004, p. 94).

O controle concentrado, por sua vez, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 1934, pela ação interventiva, teve sua real admissão no bojo da ditadura militar, em 1965. Com a Emenda Constitucional n. 16 instituiu-se a denominada ação genérica de inconstitucionalidade, dando ao Supremo Tribunal Federal a competência para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, mediante representação do Procurador Geral da República.

Atualmente, sob a égide da Constituição de 1988, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é considerado misto, havendo a convivência entre as duas modalidades de controle, o difuso e o concentrado. A ordem constitucional vigente ampliou os tipos de ações diretas (controle concentrado), além de alargar o rol de legitimados ativos para sua proposição

e, no que tange ao controle difuso, limitou o recurso extraordinário às questões constitucionais.

Portanto, há no Brasil, um sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade, onde convivem um controle difuso e um concentrado. O primeiro, de origem antiga, datada de 1891, exercido por todos os juízes e órgãos judiciários, realizado de modo incidental ao caso concreto, que gera efeitos *inter partes*, *ex tunc*, e pode ser proposto por qualquer pessoa que se entenda violado por norma supostamente inconstitucional, no bojo de uma ação ordinária, e que poderá chegar à análise do Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário. O segundo, de origem mais recente, datada de 1965, exercido com exclusividade pela mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal, com hipóteses específicas e restritas de cabimento, manejado a partir de ações diretas, com impugnações da lei em tese, abstratamente, por legitimados constitucionalmente delimitados, que gera efeitos *erga omnes* e, em regra, *ex nunc*.

## **2 A ação civil pública e a defesa dos direitos coletivos**

Assim como o controle de constitucionalidade, que é por essência um processo coletivo, outras modalidades de ações coletivas que visam garantir a efetividade dos direitos fundamentais são possíveis na atual ordem constitucional. Dentre elas cita-se a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo.

A Ação Civil Pública tem desempenhado importante papel, em especial, devido ao seu primeiro legitimado, segundo a Lei 7347/1985, o Ministério Público, que de forma protagonista tem representado os interesses das coletividades lesadas.

Importa lembrar que, conforme preceitua Luiz Manoel Gomes Júnior (2005, p. 13), respeitando opiniões contrárias, uma ação coletiva assim poderá ser considerada quando o interesse demandado ostentar o caráter coletivo, muito embora casos exista em que o interesse possa ser individual, mas receber o tratamento coletivo.

Contudo, os pontos mais importantes de distinção entre os chamados direito processual individual e direito processual coletivo situam-se no objeto, na legitimidade e na coisa julgada.

O objeto considerado como o direito para o qual se busca tutela, sendo certo que no processo individual, o direito possui esse mesmo caráter, e para o processo coletivo, os direitos buscados são de ordem coletiva, difusa ou os individuais homogêneos.

A respeito da legitimidade, verifica-se que a regra geral do direito processual é a atuação individual e pessoal de cada legitimado na defesa daquilo que considera como seu direito, sendo possível, contudo, atuar em nome próprio, mas na defesa de direito de terceiro, através do que se conhece por substituição processual. (GOMES JR., 2005, p. 27)

O direito processual coletivo passou, nos últimos anos, por uma grande evolução no Brasil e, conforme relato de Gregório Assagra de Almeida, pode-se destacar três grandes momentos:

O advento da Lei 7.347, de 24.07.1985, também conhecida como a Lei da Ação Civil Pública, é considerado o primeiro grande marco histórico da tutela coletiva no País. Apesar de a LACP, em sua origem, somente admitir a tutela de alguns interesses ou direitos massificados, tais como o meio ambiente, o consumidor – o sistema implantado originariamente pela LACP era o da taxatividade do objeto material da ação civil pública –, esse diploma legal é concebido como um divisor de águas quanto à tutela jurisdicional dos interesses e direitos coletivos no Brasil.

(...)

A partir da Constituição Federal de 1988, surge o mais importante e significativo momento histórico da Tutela Coletiva no Brasil. A CF/88, rompendo com o sistema da tutela jurídica individualista, consagrou no Brasil um novo sistema jurídico, que é aberto (§2º do art. 5º), dinâmico (art. 1º - princípio democrático) e de tutela jurídica ampla ou irrestrita (art. 5º, XXXV, da CF), seja em relação aos direitos individuais, seja em relação aos direitos massificados (coletivos em geral). (...)

O último dispositivo constitucional ainda rompeu com o sistema da taxatividade do objeto material da ação civil pública ao fixar o princípio da não-taxatividade do seu objeto material. É o que se extrai do art. 129, III da CF, quando dispõe que a defesa pela ação civil pública poderá se dar em relação ao meio ambiente, ao patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos.

(...)

O CDC faz surgir um momento histórico especial, pois a Lei 8.078, de 11.09.1990, ao inserir na LACP o art. 21, criou um microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum, o qual decorre da completa interação entre a parte processual do CDC e a LACP. A aplicabilidade aqui entre o CDC, parte processual, e a LACP, não é subsidiária, mas integrada (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP).

Esse microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum formado pelo CDC – parte processual – mais a LACP, compõe um conjunto de normas de superdireito processual coletivo comum. (ALMEIDA, 2007, pp.18-20).

Assim, tendo em vista o reconhecimento de um microssistema coletivo, a conclusão é que regras especialmente desenvolvidas e voltadas a esse novo ramo do direito processual, ou sub-ramo, são visualizadas. Note-se que muitos institutos tidos como cruciais do direito processual coletivo já eram verificados no direito processual individual, ganhando, no entanto, maior atenção, visto que agora voltados a uma demanda mais complexa que a anterior, com o alcance de um número de pessoas sensivelmente maior.

Ephraim de Campos Jr. diz que a ação normalmente será proposta por quem afirma ser seu titular, contudo, hipóteses há em que a lei autoriza o agir na defesa de interesse de

terceiro. Nesse caso, inexistente identidade entre os sujeitos das relações jurídicas material e processual, tratar-se-á de hipótese de legitimação extraordinária (CAMPOS JR, 1985, p. 13).

É o que ocorre nas ações coletivas: legitimação extraordinária. E a ação civil pública, na qual o Ministério Público atua com uma legitimação dessa natureza, pode ser considerada, como dito, o instrumento que alavancou o processo coletivo judicial no Brasil.

A demonstrar a amplitude do instrumento, já o artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7347/1985, estabelece:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social.

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

Quando o Ministério Público atua na defesa de um direito ao meio-ambiente equilibrado, do consumidor, do patrimônio cultural, dentre outros, atua em defesa do direito de uma coletividade, muitas vezes indeterminada de pessoas e, assim, atua em nome próprio e na defesa de interesse de terceiro.

Conforme pontua Ephraim de Campos Jr. (1985, p. 14), não se trata da defesa de direito alheio como próprio, o que é vedado, mas “a diferença é que aqui, nos casos de legitimação extraordinária, pleiteia-se direito alheio, como alheio, em virtude de autorização legal para tal. Grosso modo, a legitimação extraordinária se traduz na autorização legal para a defesa em juízo, em nome próprio, de direito alheio, enquanto tal.”

Defende, ainda, Ephraim, que muito embora a legitimação extraordinária se aproxime da substituição processual, não se cuidam de institutos coincidentes, isso porque, segundo o autor, a substituição processual seria apenas uma espécie do gênero legitimação extraordinária, já que exige, para que exista substituição processual, a soma dos seguintes requisitos: a lei atribuir a alguém o direito de ação, para que esse legitimado aja em nome próprio, para a tutela de direito de outrem, e; que o titular do direito material esteja ausente na ação como parte principal. (CAMPOS JR., 1985, p.20).

Assim, diante de tais postulados, há aqueles que defendem que não haveria substituição processual nas ações coletivas, visto que os legitimados ali também defendem direitos próprios, já que criados para tal finalidade, além do fato de que, ao contrário do processo comum, os substitutos, em caso de insucesso ao final da ação, não arcam com os ônus do processo, salvo má-fé. (GOMES JR., 2005, p. 28)

De fato, não há um consenso na doutrina, havendo doutrinadores que apontam ainda para uma legitimação autônoma ou ordinária. Assim, diante das características peculiares do processo coletivo e da ausência de correspondência entre os conceitos tradicionais é que Gomes Jr. propõe uma nova classificação para a legitimidade ativa que ocorre no bojo dos processos coletivas, a qual, simplesmente, sem tentar alargar ou endireitar conceitos pré-existentes, seria denominada legitimação processual coletiva:

A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos “latu sensu” (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada.” (GOMES JR., 2005, p. 34-35)

Outra questão de relevo é a coisa julgada das ações coletivas. Isso porque, segundo dispõe o próprio artigo 16 da Lei 7347/85, a coisa julgada produzirá efeitos erga omnes:

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

Também o Código de Defesa do Consumidor, como norma integrante do microsistema coletivo, em seu artigo 103, previu que a coisa julgada gerará efeitos erga omnes, mas desde que seja em benefício dos substituídos/ titulares do direito.

Ou seja, ao contrário do processo individual, em que a coisa julgada produz efeitos apenas em relação às partes, o processo coletivo irá gerar uma coisa julgada que extrapola os limites do processo, produzindo efeitos contra todos.

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, o alcance da imutabilidade da coisa julgada obtida nas ações coletivas deve ser aferido segundo o resultado da ação:

a) Pedido julgado procedente – em matéria de interesses difusos ou individuais homogêneos, a imutabilidade do decisum proferido em no processo coletivo será erga omnes. Em caso de interesses individuais homogêneos, ainda que a lei também diga que haverá coisa julgada erga omnes, no fundo a imutabilidade se limitará ao

grupo, classe ou categoria de lesados, ou a seus sucessores. Se o próprio lesado tiver ação individual em andamento, só se beneficiará do resultado da ação coletiva se tiver requerido oportunamente a suspensão de seu processo individual. Se se tratar de interesses coletivos, os efeitos serão ultra partes, mas ficarão limitados ao grupo, categoria ou classe;

b) Pedido julgado improcedente – o processo coletivo, a improcedência por falta de provas não gera imutabilidade do decisor, pois nova ação poderá ser proposta por qualquer legitimado ativo, se fundada em nova prova (coisa julgada secundum eventum probationis). (MAZZILLI, 2013, p. 614)

A solução dada pelo microsistema coletivo, contudo, é coerente com a modalidade de direitos que se defende no bojo de um processo coletivo que, por óbvio, necessita extrapolar os limites do processo e atingir a todos os substituídos pelo legitimado extraordinário, sendo mesmo uma consequência natural de sua efetividade prática.

### **3 A declaração de inconstitucionalidade no bojo da Ação Civil Pública**

Como visto, no processo coletivo, e como uma das espécies de ações que nele se verifica, a ação civil pública é um instrumento utilizado para o manejo ou a interpelação da jurisdição acerca de direitos coletivos (“lato sensu”).

Nessas hipóteses, a legislação prevê um rol de legitimados, aos quais atribui legitimação extraordinária para agir em nome dos titulares do direito, que, exercendo todas as faculdades inerentes à parte, chegarão ao provimento final. Esse provimento, como visto, salvo hipóteses excepcionais, produzirá efeitos *erga omnes* que atingirão a todos os titulares do direito, muito embora não tenham participado do processo.

Por outro lado, como visto no início deste artigo, o controle de constitucionalidade no direito brasileiro é misto, formado por duas modalidades de controle, o difuso e o concentrado, sendo que difuso será todo controle realizado no bojo de ações onde o objeto principal não é a declaração da inconstitucionalidade, mas a concessão de um direito da parte que por algum motivo esteja sendo influenciado ou embaraçado pela lei tida por inconstitucional. Assim, o controle difuso se caracteriza pela arguição, de forma incidental ao pedido principal, da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, a qual será analisada em prejudicial de mérito e produzirá efeitos *inter partes*.

#### **3.1 O entendimento do STF acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade difuso nos procedimentos coletivos**

O Supremo Tribunal Federal, esposando entendimento até a atualidade prevalente, no julgamento conjunto das Reclamações n. 597-SP, 600-SP e 602-SP, definiu que o controle difuso de constitucionalidade é compatível com a ação civil pública.

Na oportunidade, o caso concreto dizia respeito ao pagamento da diferença entre a inflação apurada pelo IBGE e o índice aplicado pelos bancos para crédito nas cadernetas de poupança, nos idos de 1990. Assim, pendendo ação civil pública contra as instituições bancárias, com o fim de garantir a remuneração das cadernetas de poupança segundo a inflação real apurada, habitava a causa de pedir a necessidade de declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 8024/90, conhecido como Plano Collor.

As reclamações sustentavam, em síntese, que os acórdãos reclamados, confirmando as sentenças, estabeleceram a inconstitucionalidade de determinados dispositivos do Plano Collor, quando somente ao Supremo Tribunal Federal caberia tal decisão. Isso porque, segundo argumentos tecidos nas reclamações, admitir tal possibilidade seria o mesmo que cancelar decisões de inconstitucionalidade, com efeito erga omnes, emanadas de juízes estaduais de primeira instância, as quais produziriam efeitos a todos os depositantes de bancos em todo o território nacional, usurpando competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Enfim, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, por maioria, pela rejeição da reclamação, admitindo a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, de forma incidental, na ação civil pública, concluindo que tal conduta não usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras do relator da Reclamação n. 600-SP<sup>1</sup>:

É hipótese típica de controle difuso de constitucionalidade. As instâncias ordinárias deixam de aplicar ao caso concreto, a lei por entender que ela causa lesão ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Não se trata de ação declaratória de invalidade, em tese, de uma lei, desvinculadamente de qualquer cogitação quanto à sua incidência em determinada relação jurídica em que se evidenciam situações subjetivas.

(...)

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

Ganha, é certo, espaço especial a consideração da matéria, quando a decisão, na ação civil pública, tem eficácia erga omnes, à semelhança do que sucede com o acórdão na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual,

---

<sup>1</sup> Toma-se por referência a Reclamação n. 600-SP, por mera necessidade de padronização da citação, acreditando-se, de toda sorte, não existir qualquer prejuízo na adoção de quaisquer das três (n. 597, 600 e 602), visto o julgamento conjunto das mesmas.

bem assim na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. (BRASIL, STF, Rcl 600/SP, voto do rel. min. Neri da Silveira, p. 21).

O relator, ministro Neri da Silveira, foi seguido pela maioria do plenário, restando vencido, ao final, apenas o ministro Marco Aurélio, que votava pelo acolhimento da reclamação. Importante salientar, aqui, que as discussões travadas durante a votação entre os ministros daquela corte, à época, expuseram de maneira clara que o ponto crucial da divergência recaía no que tange ao alcance da coisa julgada formada no bojo da ação civil pública. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade no bojo de uma ação civil coletiva, nos moldes da legislação aplicável, acabaria por adquirir feições semelhantes àquelas da declaração de inconstitucionalidade em ação direta pelo Supremo Tribunal, no controle concentrado: eis que ambas ostentariam eficácia erga omnes.

Nesse sentido foi o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, o qual se transcreve o seguinte trecho para fins de esclarecimento do debate:

(...) a menos que se admita o controle concentrado via ação civil pública ajuizada em primeira instância, forçoso é concluir pela incompatibilidade, na espécie, da citada ação com a ordem jurídica constitucional. O Instituto ingressou em juízo visando à defesa dos poupadores em geral e o fez a partir da premissa, como já elucidado, sobre a inconstitucionalidade de um certo ato normativo, ou seja, do texto do inciso I do artigo 17 da Lei n. 7730/89. A indeterminação subjetiva de beneficiários, considerada a individualização de cada qual dos poupadores, tornou imprópria, por isso mesmo, a ação civil pública intentada: não dependesse o desfecho dessa do controle concentrado que acabou por ser exercido, poder-se-ia dizer da pertinência da medida. **No caso, esse controle se mostrou abstrato, em face da abrangência do provimento judicial próprio à ação civil pública, e isso somente poderia ocorrer na via própria da ação direta de inconstitucionalidade, da competência do Supremo Tribunal Federal.** (BRASIL, STF, Rcl 600/SP, voto vencido do min. Marco Aurélio, p. 30) – g.n. –

E, vale ainda a transcrição, visto que pareceu ser o ponto de desate da controvérsia naquele tribunal, a manifestação do ministro Sepúlveda Pertence, que informou que a eficácia erga omnes nada retiraria da competência do Supremo Tribunal Federal:

**O que impressiona e dá ideia de eficácia erga omnes é a massa de titulares de caderneta de poupança.** Mas se pensarmos pelo outro contrato bancário mais aristocrata, seria fácil ver que o mesmo resultado obtido com essa ação civil pública poderia ser obtido pelo litisconsórcio ativo de cidadãos domiciliados em diversos Estados da Federação e, então, ninguém sequer poria o problema da competência do juiz. O juiz é de São Paulo, por quê? Porque o réu é um Banco sediado em São Paulo. (BRASIL, STF, Rcl 600/SP, voto min. Sepúlveda Pertence, p. 52) –g.n. –

Posteriormente, em medida cautelar na Reclamação n. 1733/SP, o Ministro Celso de Mello de forma extremamente clara e, em reforço do precedente do plenário do STF, acima

citado, afirmou que a ação civil pública em que há a declaração de inconstitucionalidade, incidental, não usurpa a competência do Supremo Tribunal porque:

Na realidade, os elementos de individualização da ação civil pública em causa não permitem que venha ela, na espécie ora em exame, a ser qualificada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, pois, ao contrário das conseqüências que derivam do processo de controle normativo abstrato (RTJ 146/461, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **não se operará, por efeito da autoridade da sentença proferida pelo magistrado local, a exclusão definitiva, do sistema de direito positivo, da regra legal mencionada, pelo fato de esta, no caso ora em análise, haver sido declarada inconstitucional, em sede de controle meramente difuso.**

Mais do que isso, o ato sentencial em causa também estará sujeito, em momento procedimentalmente oportuno, ao controle recursal extraordinário do Supremo Tribunal Federal, cuja atividade jurisdicional, por isso mesmo, em momento algum, ficará bloqueada pela existência da ora questionada declaração incidental de inconstitucionalidade. (BRASIL, STF, Rcl 1733/SP, voto min. Celso de Mello, Dj 01/12/2000) – g.n –

Portanto, há compatibilidade justamente porque a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Civil Pública são institutos diversos, com pedidos diversos, discussão diversa e efeitos diversos. Não haverá a estabilização do julgado no que tange aos fundamentos, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade não estará abarcada pela coisa julgada, continuando a ser discutível, inclusive, pela própria via recursal do processo ordinário. Ao contrário do que ocorreria no controle abstrato. Os efeitos também são diversos, a sentença da ação civil pública produzirá efeitos *erga omnes*, mas no que tange ao pedido e dispositivo da sentença, não acerca da inconstitucionalidade e, apenas, note-se, aos titulares daquele direito discutido no processo, não em relação à toda a esfera nacional abstratamente considerada.

Oportuna, enfim, mostra-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, de que “a diferença entre coisa julgada, eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante está em suas essências. Quando se fala em eficácia *erga omnes*, pretende-se tratar, em verdade, dos efeitos diretos da decisão.” (MARINONI, 2010, p. 328)

O efeito direto da decisão é a eficácia *erga omnes*, mas a declaração de inconstitucionalidade, presente na fundamentação, não terá efeito vinculante. Tal observação, definitivamente, encerra o assunto, visto que na Ação Direta de Inconstitucionalidade o efeito vinculante é imediato para todos.

Assim, por oportunas, encerra-se com as palavras do Ministro Celso de Mello:

Ademais, as ações civis públicas estão sujeitas a toda cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto que as ações diretas são julgadas em grau único de jurisdição. Portanto, a decisão proferida na ação civil pública no que se refere ao controle de

constitucionalidade, como qualquer ação, se submete, sempre, ao crivo do egrégio Supremo Tribunal, guardião final da Constituição Federal.

Finalmente, a ação civil pública atua no plano dos fatos e litígios concretos, através, notadamente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe assegurem eficácia prático-material. A ação direta de inconstitucionalidade, de natureza meramente declaratória, limita-se a suspender a eficácia da lei ou ato normativo em tese.

**Não se confundem, pois, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública, não ocorrendo, in casu, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.** (BRASIL, STF, Rcl 1733/SP, voto min. Celso de Mello, Dj 01/12/2000)

## Conclusão

O controle de constitucionalidade é, definitivamente, um dos pontos mais importantes dos estudos atuais sobre Direito Constitucional de qualquer Estado.

Tanto no controle difuso, quanto no controle concentrado, é inegável que o afastamento pelo judiciário de um ato legislativo, introduzido por um processo legislativo majoritário, mostra-se relevante do ponto de vista da separação dos poderes, competências e organização estatais.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido, pelo poder judiciário, através dos sistemas difuso e concentrado, gerando a coabitação de duas modalidades de controle distintas, ao que se diz possuir o Brasil um sistema misto, que se iniciou de forma difusa e, posteriormente, agregou também a forma concentrada.

A ação civil pública, por outro lado, é um instrumento bastante utilizado no âmbito do processo coletivo, como forma de tutelar os direitos difusos e coletivos e que poderá ser manejado pelos legitimados extraordinários previstos na legislação.

Como visto, o controle abstrato, que possui hipóteses taxativas de cabimento, legitimados restritos e competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, deverá ser utilizado sempre que a impugnação da constitucionalidade da lei se faça de forma abstrata, ou seja, a discussão irá se situar a partir da lei em tese. Já o controle difuso, de possibilidades muito mais largas, poderá ser exercido por qualquer juízo, no bojo de um caso concreto, sempre que se esbarre numa inconstitucionalidade que impeça o regular exercício ou que gere lesão a direitos.

Assim, muito embora tenha havido algumas discussões a respeito do cabimento do controle difuso no bojo de uma Ação Civil Pública, é ponto decidido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que os institutos são plenamente compatíveis.

Importante lembrar que a coisa julgada erga omnes da ação civil pública não causará qualquer constrangimento ao controle incidental, vez que tal efeito não alcançará, por óbvio, a causa de pedir, mas somente o pedido.

Assim, o controle de constitucionalidade difuso, exercido no bojo da ação civil pública será possível, contanto que a inconstitucionalidade seja arguida em prejudicial de mérito, ou seja, como causa de pedir do direito ao final pretendido, através da avaliação de sua aplicação no caso concreto submetido a juízo, nunca como objeto principal da demanda.

## **Referências**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão na Reclamação n. 600-0/190/SP. Relator: SILVEIRA, Néri da. Tribunal Pleno, julgado em 03/09/1997. Publicado no DJ de 05-12-2003, Ement. Vol. – 02135-01 pp - 00006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28600%2EENUME%2E+OU+600%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jsazkcw>.

CAPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1992.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada erga omnes e eficácia vinculante**. In: GOZZOLI, Maria Clara *et al.* (coords.). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos – Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro, **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 25. ed., 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da validade. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.