

O USO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO¹

Christiane dos Reis Oliveira

Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/CE)
Aluna do Curso de Especialização em Direito Constitucional (ESMEC)
christiannereis@bol.com.br

RESUMO: Após a mudança do Estado Liberal para o Social, fortaleceu-se a tutela dos direitos coletivos. Inspirado nas *class actions* norte-americanas, o Brasil estabeleceu um sistema processual próprio. O microsistema de tutela coletiva é liderado pela Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Por suas particularidades, o processo coletivo é regido por princípios próprios. São modalidades de direito coletivo *latu sensu*: os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos. Apesar da divergência, o exercício do controle difuso, praticado em qualquer grau, é fundamental para a qualidade da prestação jurisdicional quando a inconstitucionalidade de uma norma ponha em risco o objeto da demanda em processo coletivo.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo aborda um dos assuntos mais polêmicos, em âmbito doutrinário e jurisprudencial nos últimos anos, qual seja: a (im)possibilidade de o Poder Judiciário, particularmente, os juízes singulares e os ditos Tribunais inferiores, realizar controle difuso de constitucionalidade em sede de Ação Civil Pública.

Essa modalidade de controle de constitucionalidade e, embora mais tradicional no Direito brasileiro, vem perdendo espaço para o controle concentrado, em particular, o realizado pelo STF, que objetiva, cada vez mais, tornar-se uma Corte Constitucional.

No entanto, demonstra-se ao longo da exposição, a relevância do controle difuso, especialmente quando feito incidentalmente em ACP, para a efetividade da prestação jurisdicional relativa aos direitos coletivos, além de consistir em mecanismo de participação no processo coletivo.

Para tanto, o estudo é iniciado pela mudança de paradigma jurídico sentida na transição do Estado Liberal para o Estado Social. Em seguida, na terceira seção, aborda-se, brevemente, a evolução da tutela coletiva no Brasil.

THEMIS

Na seção 4, são estudados os princípios peculiares à tutela dos direitos coletivos *latu sensu*, a exemplo do princípio da participação no processo coletivo e do acesso a uma ordem jurídica justa, a fim de formar a base do raciocínio construído no restante do artigo.

A seguir, é feita uma sucinta exposição dos direitos coletivos *latu sensu*, indicando suas previsões legais, conceitos e exemplos.

Na seção 6, trata-se da importância do tradicional controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro, expondo em quais órgãos jurisdicionais poderá ser suscitado, princípios que o regem, bem como os seus efeitos.

Na última seção, são expostos os argumentos contrários e favoráveis ao controle difuso em sede de Ação Civil Pública, apresentando opinião da doutrina e alguns julgados que embasam uma e outra tese.

Por fim, adotando a corrente da admissibilidade e da necessidade de sobrevivência do controle difuso de constitucionalidade em âmbito de ACP, sustenta-se a inexistência de usurpação de competência do STF, demonstrando, em suma, que possuem atuações próprias e que os efeitos da decisão de um e de outro incidem sobre partes diversas da decisão judicial.

1 Da quebra de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social

Concebido como tentativa burguesa de frear os abusos cometidos pelo absolutismo real, o Estado Liberal estabeleceu-se do final do século XVIII a início do século XX. Para a consecução desse fim, o direito passou a decorrer do texto da lei, emergindo daí o princípio da legalidade estrita.

Nesse contexto, partindo de sua experiência individual, Montesquieu denunciou a corrupção dos juízes na época absolutista e reformulou a teoria da separação dos poderes, como forma de conter a repugnante prática.

Sobre o Judiciário, MONTESQUIEU (1999, p.178) chegara a afirmar, em “O Espírito das Leis”, que “(...) os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

A atividade judicial era, portanto, bastante restrita, sendo proibidas análises particularizadas na aplicação da norma, em nome da segurança e da estabilidade jurídicas.

O positivismo jurídico ganhava força, atrelado à ideia de que ao jurista competiria a mera aplicação dedutiva da vontade legal, abstendo-se de realizar

incursões de cunho subjetivo, através das quais seria possível concluir se a justiça era realmente alcançada no caso concreto.

Parafraseando MARINONI (v.1, 2008, p.29), predominava que:

Para não violar a liberdade e a igualdade – formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da generalidade e da abstração. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para uma determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos [...] e a abstração como garantia da estabilidade [...] do ordenamento jurídico.

No século XX, no período pós-guerra, o Estado atentou para as sérias distorções ocasionadas pela cega observância ao frio texto legal. Os abusos cometidos pelo rei tinham sido substituídos pelos abusos perpetrados pelo parlamento, que usava como justificativa a representação popular. Um dos mais notórios marcos jurídicos dessa quebra de paradigma ocorreu no julgamento dos nazistas pelo Tribunal de Nuremberg.

Nascia, então, a era pós-positivista, exigindo uma postura ativa do intérprete da lei diante da Constituição, cabendo ao julgador extrair a norma jurídica aplicável ao caso concreto a partir da consideração dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Em se tratando de ordenamento jurídico cuja Constituição seja rígida ou semirrígida, a lei torna-se subordinada à Constituição, com a qual há de guardar compatibilidade, sob pena de ser expurgada do ordenamento jurídico.

A esse respeito, comenta MARINONI (v.1, 2008, p.47):

A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei [...].

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, tornou-se ultrapassada a visão individualista do processo, fundada na igualdade formal, para a solução de toda espécie de conflito. Compreendeu-se que a referida postura do Estado Liberal desestimulava a participação dos segmentos sociais menos favorecidos, porquanto a todos era conferido idêntico tratamento, a despeito da existência de peculiaridades.

THEMIS

Para tentar superar esse impasse, pondera Gilberto Schafer (2002, p.21) que:

O Estado Social, entretanto, transforma o Acesso à Justiça num direito fundamental no elenco das prestações positivas oferecidas pelo Estado. Procura-se, dessa forma, superar os entraves para o ingresso na Justiça, sejam esses de cunho econômico ou jurídico.

Precisamente no âmbito da tutela coletiva, o direito fundamental à prestação jurisdicional adequada pressupõe a existência de mecanismos processuais eficazes à solução dos denominados litígios de massa. Isso tende a evitar ou, ao menos, a minimizar que aquele cujo direito fora violado sintá-se como Davi diante do gigante Golias.

Assim, o efetivo acesso ao aparato jurisdicional significa um direito fundamental num sistema que busca igualizar, onde todos passam a ter acesso garantido e não só declarado, exigindo aqui também uma nova atuação positiva do Estado na busca de garantir aos indivíduos os novos direitos concedidos pelo Estado (SCHAFER, 2002, p.22).

Ante essa nova realidade, criaram-se, no Brasil, diplomas legais disciplinadores da prestação jurisdicional em caso de conflitos de massa, tais como as Leis da Ação Popular, do Mandado de Segurança Coletivo e, em especial, a Lei da Ação Civil Pública. Juntos, integram o denominado microsistema de tutela coletiva.

2 O DESENVOLVIMENTO DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Até o início do século XX, predominava, no cenário jurídico brasileiro, a tutela individual dos interesses, que vigia sob a máxima de que a cada direito individual corresponderia um único tipo de providência jurisdicional.

O próprio civilista Clóvis Beviláqua, autor do Código Civil de 1916, cuidou em limpar o sistema, afastando a possibilidade de o Direito Civil contemplar também a tutela coletiva.

Na contramão desses esforços, em 1965, publicou-se a Lei nº 4.717, conhecida como Lei da Ação Popular. Atualmente recepcionada e com espectro ampliado pelo art.5º, LXXIII, da Constituição Brasileira de 1988, a Ação Popular,

importante mecanismo de participação no poder, viabiliza que o cidadão ingresse em juízo em defesa de interesses coletivos *lato sensu*, como a moralidade administrativa.

Com o transcurso do tempo, no entanto, concluiu-se que esse instrumento tornou-se insuficiente para proteger os denominados novos direitos, resultantes da crescente complexidade social.

Conforme observa Luís Roberto Barroso na obra “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas”:

A ação popular, quando de sua criação, tinha âmbito restrito a apenas alguns interesses metaindividuais [...], não abrangendo outros que já começavam a despertar atenção, como a proteção ao meio ambiente ou aos interesses dos consumidores. Além disso, a ação popular tinha como único legitimado o cidadão, que, em alguns casos, poderia ficar desencorajado, ante a complexidade das questões, o vulto das despesas e a força política e econômica dos adversários (2006, p. 211).

Nasce, então, do labor de renomados doutrinadores processualistas, a Ação Civil Pública (ACP), cuja primeira menção ocorreu na Lei Complementar 40, de 1981. Em seguida, publicou-se a Lei nº 7.347/1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LACP), inspirada no modelo das *class actions* norte-americanas. Com sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, expandiu-se o rol dos direitos coletivos tutelados e se atribuiu legitimidade processual a entidades, órgãos e categorias sociais nela mencionadas que, até ali, não gozavam de qualquer legitimidade para ingressar em juízo na defesa dos interesses metaindividuais.

Desde então, a referida lei vem traçando um exitoso caminho e já conta com previsão constitucional, no art. 129, inciso III e §1º, em que se atribui legitimidade para a sua propositura ao Ministério Público, sem exclusão de terceiros indicados na Constituição e na lei.

Sobre os avanços alcançados, conclui DINAMARCO (2010, p.145):

No direito brasileiro, conseguiu-se já um significativo progresso quanto a esses aspectos do tradicional processo individualista, mediante o que vem sendo disposto no plano constitucional e infraconstitucional em favor da tutela jurisdicional coletiva.

THEMIS

Com o advento da Lei nº 8.078, de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor - CDC, a instrumentalização do direito coletivo foi fortalecida, de sorte que tal diploma, somado à Lei da Ação Civil Pública, constitui o coração da tutela coletiva no Brasil.

Ao encontro dessa constatação, sustenta Fredie Didier Júnior (2009, p.52):

[...] os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, ou seja, apresentam uma ruptura com os modelos codificados anteriores que exigiam a completude como requisito mínimo, aderindo a uma intertextualidade intra-sistemática. Quer dizer, assumem-se incompletos para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica.

No plano material e instrumental dos direitos coletivos, tais diplomas são o que se usou denominar “sistemas abertos”.

Sanadas as falhas da Ação Popular, atribuiu-se legitimidade a certos entes ou categorias que funcionam como substitutos processuais extraordinários de uma coletividade na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A respeito do microsistema de tutela coletiva, liderado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, ensina Marinoni (v.1, 2008, p.465):

O sistema de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, integrado substancialmente por essas duas leis, confere legitimidade ativa a determinados entes para representar a vontade da coletividade e de determinadas esferas da população, tornando os efeitos benéficos da sentença extensíveis à coletividade ou ao grupo.

Vale mencionar que, hodiernamente, tramitam no Congresso Nacional, sob a coordenação de renomados doutrinadores, projetos de um Código Processual Coletivo, a fim de concentrar a matéria legislativa referente ao tema.

Ante o exposto, incumbe-nos estudar os princípios informativos do processo coletivo, a fim de estabelecer as bases para, mais adiante, justificar o controle de constitucionalidade difuso via Ação Civil Pública.

3 OS PRINCÍPIOS CENTRAIS NORTEADORES DA TUTELA COLETIVA

No Estado contemporâneo, com a ascensão do pós-positivismo, consagrou-se o caráter normativo dos princípios, que devem orientar a atuação do aplicador do direito.

Leciona Paulo Bonavides (2006) a respeito da crescente relevância dos princípios:

Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.

Partindo dessa premissa e considerando as peculiaridades da tutela coletiva, urge realizar uma sucinta exposição dos seus princípios norteadores.

3.1 Princípio do acesso a uma ordem jurídica justa

Enquanto o Estado Liberal foi marcado pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados direitos de defesa, destacou-se o Estado Social pela consolidação dos direitos de segunda dimensão ou prestacionais, também denominados direitos à atuação positiva do Estado.

A conduta abstencionista estatal acabara resultando na prática de injustiças, uma vez que os indivíduos, ao provocar a jurisdição, eram sempre tratados com igualdade formal, a despeito de eventuais especificidades. Ocorre que, com o decorrer do tempo, constatou-se que esse tratamento só é adequado àqueles que se encontram em situação equivalente.

Paulatinamente, a realidade social e econômica se tornava mais complexa, implicando no reconhecimento de novos direitos, a exemplo dos coletivos, os quais reclamavam a implementação de procedimentos próprios.

A fim de completar o conceito de igualdade formal, estabeleceu-se, então, o de isonomia ou igualdade material, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de suas desigualdades.

THEMIS

Para aferir se um critério seria legítimo para distinguir o tratamento jurídico a ser conferido, estabelece Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p.17) as seguintes balizas:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Transportando o raciocínio para a tutela dos direitos coletivos, constatou-se, por exemplo, que o cidadão, conquanto legitimado a propor Ação Popular, sentia-se desencorajado a agir isoladamente em prol do interesse coletivo, ante a complexidade das questões envolvidas, os obstáculos econômicos, e, especialmente, a sensação de fragilidade ao enfrentar adversários com grande influência econômica e política.

Diante disso, a fim de tornar justo o acesso à ordem jurídica, elaboraram-se leis tendentes a compensar, no campo processual, as desigualdades materiais existentes entre os titulares de um direito coletivo e a parte que lesionara tal direito.

Todavia, o princípio do acesso a uma ordem jurídica que se pretenda justa vai além da mera elaboração de leis ou do simples anúncio do direito fundamental à tutela jurisdicional.

A ordem jurídica justa manifesta-se pela conjugação de fatores, tais como: o respeito ao contraditório e à ampla defesa, a cooperação entre os sujeitos envolvidos no processo, a razoável duração do processo e a implementação de mecanismos tendentes à execução do direito declarado na sentença. Enfim, a ordem jurídica justa está diretamente relacionada à qualidade da prestação jurisdicional decorrente, em grande parte, da obediência ao devido processo legal.

Nesse sentido, pronuncia-se MARINONI (v.1, 2008, p.224):

A efetividade da ação não depende apenas de técnicas processuais [...] capazes de impedir que o dano interino ao processo possa causar prejuízo ao direito material. O direito de ação exige que o tempo para a concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano.

Na condução do processo, inclusive o coletivo, o magistrado deve permanecer atento para eliminar os atos ou condutas protelatórios das partes, sem, contudo, olvidar de incluir, caso a caso, as medidas que entender necessárias à efetividade do processo coletivo.

Desta feita, cabe ao juiz harmonizar a garantia fundamental da razoável duração do processo com a efetividade da prestação jurisdicional. Se, por um lado, é certo que a morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais, igualmente tende a causar frustração à sociedade um processo que, a pretexto da máxima celeridade, ignore as garantias do processo e a proteção aos direitos fundamentais materiais.

No Brasil, o acesso à ordem jurídica justa é direito fundamental consagrado na Constituição de 1988, em especial, extraído do art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, segundo os quais:

Art.5º. (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (...)

O direito fundamental de ação é procedimental, viabilizando a concretização de todos os direitos fundamentais materiais. O seu exercício imediato é feito em face do Estado, que, “em razão desse direito fundamental, é obrigado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todos os direitos, e não apenas aos direitos fundamentais materiais” (MARINONI, v.1, 2008, p.213).

O referido processualista ainda explica que:

A possibilidade de se exigirem judicialmente prestações constitutivas de direitos sociais mediante a chamada ação coletiva [...] confere à ação a característica de meio a serviço da realização desses

THEMIS

direitos e de instrumento capaz de fomentar a participação na sua reivindicação da democracia, ou seja, da participação (v.1, 2008, p.195).

No âmbito coletivo, a Ação Civil Pública (ACP) é um democrático mecanismo de tutela dos direitos transindividuais, porquanto sua legitimidade é conferida aos vários entes previstos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 1995, o que confirma a preocupação em se conferir uma prestação jurisdicional efetiva quando se tratem de tais direitos.

3.1.1 *Princípio do devido processo social*

A complexidade da sociedade globalizada repercutiu indiscutivelmente no âmbito jurídico. Com a consagração de novos direitos, entre eles, os transindividuais, constatou-se a premente necessidade de dotar os seus titulares de procedimentos próprios e mais eficazes para a sua tutela.

A fim de nortear a prestação jurisdicional em tais casos, Mauro Cappelletti (*apud* DIDIER JR, 2009, p.139) introduziu a expressão, devido processo social (aprimorando o devido processo legal), para designar o princípio que contém a ideia de “adaptação da tutela jurisdicional ao novo paradigma do processo coletivo, sem representar um rompimento indevido com as garantias do processo individual”.

De acordo com esse raciocínio:

É preciso, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou pré-conceitos), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à ‘tutela individual’ para solucionar questões atinentes à ‘tutela coletiva’, que não é, e não pode ser pensada sob a perspectiva da teoria da ‘ação individual’. Os institutos que presidem essa ação (ao menos em sua maioria) são incompatíveis e inaplicáveis à tutela coletiva, simplesmente porque foram concebidos para operar em outro ambiente. (MARINONI, V. 2, 2008, p.738)

Consequentemente, cabe ao Poder Judiciário assumir progressivamente uma postura mais conectada com a tutela dos direitos coletivos, com vistas sempre a uma prestação jurisdicional justa.

3.1.2 *Princípio da participação pelo processo e no processo coletivo*

O referido princípio é característica do formalismo-valorativo, defendido pelo professor e desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que pretende um processo justo através da ponderação dos valores fundamentais da efetividade e da segurança jurídica.

Sustenta o mencionado desembargador do Tribunal gaúcho:

[...] a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como um instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual [...] presta-se essencialmente para a produção de decisões justas (2004, p.83).

O princípio da participação é aplicado tanto na tutela individual como na coletiva, respeitadas as peculiaridades de cada uma. Naquela, o princípio vincula-se essencialmente à garantia do contraditório e ao dever de participação do juiz. No processo coletivo, acrescenta-se o incentivo à participação da sociedade civil no exercício da jurisdição através, por exemplo, da propositura de Ações Civis Públicas.

Consciente do dever de viabilizar a participação popular em busca da efetivação e da proteção dos direitos fundamentais, o legislador construiu o procedimento da ação coletiva, inicialmente através da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, posteriormente mediante o Código de Defesa do Consumidor (Título III da Lei 8.078/90). (MARINONI, v.1, 2008, p.464).

Em suma, aplicado à demanda coletiva, o princípio da participação visa a concretizar, na esfera processual, a ideia de democracia participativa, visto que os cidadãos, por meio dos agentes legitimados, defendem-se em juízo da violação a seus direitos fundamentais.

3.1.4 *Princípio do ativismo judicial*

O processo coletivo requer do juiz uma postura proativa, com o escopo de que seja garantido às partes o direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. Diante da autoaplicabilidade das normas regulamentadoras de

THEMIS

direitos fundamentais, o magistrado tem o dever-poder de atuar de forma mais incisiva, em especial, quando se cuidar de processo que atinja direitos coletivos, em que frequentemente está envolvido o interesse público primário.

Nesse sentido, comenta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p.79):

Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro lado, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Um exemplo de postura ativa do magistrado está prevista na própria Lei da ACP, que, em seu artigo 7º, estabelece que, caso o juiz ou Tribunal tome conhecimento, no seu ofício, de fatos passíveis de ensejar uma ACP, deve remeter o processo ao Ministério Público.

Vale referir, ainda, o polêmico controle judicial de políticas públicas, através do qual se tem reconhecido ao juiz o poder de determinar o cumprimento de políticas públicas previstas na Constituição e em lei infraconstitucional ante a inércia da administração pública em concretizar direitos fundamentais naquelas previstos.

Apesar do dissenso, é possível afirmar, especialmente da leitura do Resp nº 1.136.549-RS, do STJ, e do AgR na AI 734.487/PR, do STF, que os argumentos mais utilizados para fundamentar a interferência judicial em políticas públicas são os seguintes: a) ausência de afronta à separação dos poderes, em virtude na nova configuração desse princípio no Estado Social; b) a reserva do possível, alegada pelo Estado como óbice à concretização das políticas públicas pleiteadas em juízo, não pode ser oposta aos destinatários de tais políticas enquanto a eles não forem assegurados o mínimo existencial, representado pelo gozo de direitos fundamentais, em prol da dignidade humana, núcleo em redor do qual giram tais direitos.

Por outro lado, os acórdãos contrários ao controle judicial de políticas públicas, em geral, entendem: a) ser indevida a ingerência do Judiciário nas prioridades administrativas, as quais competiriam ao exercício da discricionariedade pelo administrador público, sob pena de suposto malferimento ao princípio da separação dos poderes; b) suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário, pois seus membros não são eleitos pelo povo ao contrário do que ocorre nos demais poderes.

Ademais, observa-se, particularmente no STJ, conforme decidido no Resp nº 1.129.695-MG, o estabelecimento de condições objetivas cumulativas a serem preenchidas para que o julgador possa, analisando o caso concreto, determinar a efetivação de políticas públicas. São elas: a) demonstração pela parte da existência de meios para cumprimento imediato da política pública; b) existência de infundada omissão do poder público; c) caracterização de omissão simples ou, ainda, de desídia pelo administrador.

Incumbe ao Poder Judiciário, guardião da Carta Magna, proteger e determinar a efetivação dos direitos fundamentais, em especial, os de segunda e terceira dimensões, muitos dos quais, vale referir, são tuteláveis via Ação Civil Pública.

Nessa direção, pronuncia-se Nagibe de Melo Coelho Neto (2009, p.97):

A proteção desses direitos, contudo, não implica invasão da competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de uma nova nuance da atuação do Poder Judiciário, determinada, em larga medida, pelo pós-positivismo, que impôs a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, de primeira, segunda ou terceira dimensões.

Ao intervir na realização de determinada política pública, o Judiciário deve, sempre através de argumentos jurídicos, avaliar se ela atende aos direitos fundamentais, respeitando a discricionariedade conferida ao Executivo e Legislativo dos meios de efetivá-la, ou, se os viola, caso em que determinará objetivos mínimos a serem atingidos através da atuação do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais.

Vê-se, pois, que a intervenção judicial na realização de políticas públicas deve-se a uma crise institucional dos demais poderes da república brasileira. Atento a isso, Luís Roberto Barroso (2009, p.346), na obra “O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro”, faz uma prudente observação: “[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado”.

3.2 Direitos Tutelados em Ação Civil Pública

Os entes legitimados à propositura de ações civis públicas objetivam a proteção de direitos metaindividuais, a exemplo dos previstos no rol do artigo

THEMIS

1º da LACP, situados em posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado.

Inicialmente, incumbe-nos mencionar aqueles que, segundo Hugo Nigro Mazzilli (2005), em seu livro “A defesa dos interesses individuais em juízo”, são fatores comuns à tutela coletiva: a) controvérsia sobre interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas; b) frequente conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos; c) legitimação extraordinária; d) em regra, destinação especial do valor da indenização; e) os efeitos da decisão extrapolam as partes processuais.

Feitas essas breves considerações, doravante, serão examinadas as espécies de direitos tutelados em ACP.

O conceito legal das categorias de direitos coletivos *latu sensu* está previsto no art. 81 do CDC, o qual os divide em: difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos.

O direito difuso é compartilhado por pessoas indetermináveis, cuja união ocasional de interesses decorre tão somente de uma situação fática tendente a lesar a coletividade. Essa categoria de direitos está definido legalmente no art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O objeto dos interesses difusos é indivisível, ou seja, não pode ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade, de sorte que a satisfação de um só implica necessariamente a satisfação de todos os envolvidos, bem como a lesão a uma pessoa resulta na lesão à coletividade completa. Um exemplo comumente mencionado pela doutrina é o direito ao meio ambiente saudável.

Por sua vez, o interesse coletivo *strictu sensu* está legalmente descrito no art.81, parágrafo único, inciso II, do mesmo diploma:

Art.81 [...]

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Nesse caso, o liame entre os sujeitos decorre de uma relação jurídica que mantêm entre si ou com a parte adversa. A título de exemplo, aponta-se o aumento ilegal em prestações de um consórcio.

A coletividade envolvida é, senão determinada, mas determinável, ao contrário dos direitos difusos. O ponto de contato com esses é a indivisibilidade do objeto, insuscetível de fruição individual por integrante da comunidade.

De acordo com Hugo Mazzilli (2005, p.53):

Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.

A doutrina costuma designar os direitos individuais homogêneos como acidentalmente coletivos, visto que “[...] os individuais homogêneos apenas são metaindividuais na forma judicial em que podem ser exercidos [...] Esses direitos têm apenas um trato coletivo e no fundo possuem instrumentos individuais de proteção” (SCHAFER, 2002, p. 44).

Em sua essência, os direitos individuais homogêneos poderiam ser tutelados pela via processual civil comum. No entanto, não fossem albergados pelo processo coletivo, seus titulares seriam desencorajados a provocar a jurisdição, diante da imposição de obstáculos práticos, como o elevado ônus financeiro para suportar o processo até o final e a demora na prestação jurisdicional.

“Busca-se, antes de tudo, a efetividade no acesso à justiça, visando a estancar uma desvantagem estratégica e evitar a sobrecarga do sistema judiciário”. (SCHAFER, 2005, p.45)

O tratamento coletivo desses direitos, instrumentalizado pelo referido microsistema de tutela coletiva, é medida que propicia o direito fundamental de acesso à justiça em sua feição substantiva.

4 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em poucas palavras, controlar a constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo consiste em verificar sua compatibilidade ou não com a Carta Constitucional.

THEMIS

Só se concebe tal tarefa em países cujo ordenamento jurídico seja escalonado, ocupando a Constituição o ápice, ao qual devem obediência as demais normas, ditas infraconstitucionais. Requer também a característica da rigidez, segundo a qual a Constituição, para ser modificada, deve passar por um procedimento mais dificultoso do que as demais leis.

Tem-se, então, o princípio da supremacia, que, para José Afonso da Silva (2010, p.45):

[...] significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos [...] é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Orienta-se que os aplicadores da Constituição adotem, entre as soluções possíveis, as que confirmam maior eficácia à Constituição. É o que preceitua o princípio da força normativa da Constituição.

Desse princípio decorre o da máxima efetividade, o qual, nos dizeres de Gilmar Mendes (2010, p.279):

[...] veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não autoriza o intérprete a declarar arbitrariamente a inconstitucionalidade das normas. Afinal, vige a presunção de constitucionalidade das leis. Ainda mais: segundo o princípio da interpretação conforme, ao se deparar com normas infraconstitucionais polissêmicas, deve-se optar pelo sentido que mais se compatibilize com a Constituição.

No Brasil, é o Poder Judiciário o principal encarregado do pronunciamento acerca da constitucionalidade das leis e dos atos normativos depois que ingressam na ordem jurídica. Quanto ao órgão judicial que desempenha a referida tarefa, o controle classifica-se: de um lado, em concentrado ou difuso; de outro, em concreto ou abstrato.

A definitiva expulsão de uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico ocorre através do controle abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal, tornando-se uma das mais destacadas atividades da Corte Constitucional nestes tempos.

No entanto (e o que, em verdade, mais interessa nessa abordagem), qualquer juízo ou Tribunal poderá declarar incidentalmente, em controle concreto difuso, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que tal providência seja indispensável ao deslinde da causa, constituindo a inconstitucionalidade da norma questão prejudicial à análise do mérito da causa.

No Brasil, em princípio, o controle difuso foi introduzido na Constituição de 1891 e persiste até hoje.

Nesses casos, a declaração de invalidade da norma pelo magistrado valerá apenas para o caso apresentado no processo, porquanto o exame da constitucionalidade em abstrato não consiste no objeto principal do pedido, nem o poderia ser, sob pena de usurpação da competência constitucional do Supremo.

O controle difuso praticado por Tribunais está submetido à cláusula de reserva de plenário, segundo a qual, respeitado o quórum de maioria absoluta, apenas o Pleno ou o Órgão Especial poderá declarar a inconstitucionalidade da lei. É possível, inclusive, que a questão chegue ao conhecimento do Supremo através de recurso extraordinário.

Por outro lado, o desempenho do referido controle pelo juiz singular é realizado com mais plenitude e simplicidade, pois prescinde da submissão a plenário ou órgão especial bem como de preenchimento de quórum.

De qualquer sorte, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, em sede de controle difuso, produz efeitos limitados às partes envolvidas e retroativos ao momento do ingresso da norma no ordenamento jurídico.

Tamanha concentração de poder nas mãos do Judiciário tem provocado questionamentos a respeito dos seus limites e da sua legitimidade.

Relate-se, inicialmente, a crítica dirigida ao fato de o órgão jurisdicional poder realizar juízo de valor sobre uma norma, prevalecendo sobre o legislador, o qual, eleito pela maioria para um mandato fixo, diz-se, deteria maior legitimidade para ser o porta-voz da vontade popular.

Um exemplo claro é a interpretação que a Corte pretende conferir ao art. 52, X, da CRFB, que trata da competência privativa do Senado de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. Entende, essa Corte, que ao Senado caberia dar mera publicidade à sua decisão, posição bastante criticada por grande parcela doutrinária.

THEMIS

É a dificuldade contramajoritária, já referida outrora, superada através da construção de argumentos jurídicos contundentes, sintetizados por Luís Roberto Barroso (2009, p.58):

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.

Outro questionamento diz respeito ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista o papel ativo do Judiciário diante da crise institucional dos demais poderes republicanos. Hodiernamente, houve uma reformulação da teoria da separação dos poderes, conforme exposto no comentário sobre o ativismo judicial.

No que tange a essa nova realidade subjacente, comenta Luís Roberto Barroso (2009, p.62):

Vive-se a era da democracia deliberativa, em que o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de idéias e informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas.

O controle difuso realizado pelas instâncias ordinárias é fundamental para a concretização de uma ordem jurisdicional justa, visto que a eficácia da medida pleiteada como objeto principal da demanda depende do exame da constitucionalidade da norma. Portanto, importa a qualidade da prestação jurisdicional e não o mero acesso.

Ele também viabiliza uma ampla participação no processo, porquanto é facultado às partes, ao Ministério Público e até aos terceiros intervenientes, bem como é dever do juiz ou do Tribunal suscitar a inconstitucionalidade da norma, de cuja análise depende o desenlace da causa. A todos deve ser conferida a oportunidade de influir no convencimento do juiz, que decidirá amparado por argumentos jurídicos.

Sobre esse assunto, argumenta Peter Häberle (1997, p.33):

A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.

De tudo o que foi, pode-se constatar que o controle difuso contribui para uma prestação jurisdicional célere, legítima e eficaz. Como será abordado em seguida, quando se trata de processo coletivo, viabilizar esse controle, muitas vezes, é fundamental para a efetividade do provimento jurisdicional.

5 O CONTROLE DIFUSO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: EXPOSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Muito se tem discutido, na última década, sobre a viabilidade ou não de se arguir, em sede de Ação Civil Pública, a inconstitucionalidade incidental de uma lei.

No Brasil, esse debate se tornou mais intenso em decorrência da adoção de um peculiar sistema misto, que tem acarretado, no cotidiano jurídico, discussões entre juízes singulares e Tribunais ditos inferiores, de um lado, e, de outro, o Supremo Tribunal Federal, questionando os limites de atuação daqueles ao analisarem a constitucionalidade de uma norma.

Doutrina e jurisprudência dividem-se sobre o tema, todavia, nota-se a prevalência da tese da admissibilidade de controle difuso em Ação Civil Pública. Expõem-se a seguir os principais argumentos de uma e de outra corrente.

5.1 Argumentos contrários ao controle difuso em sede de Ação Civil Pública

Inicialmente, os doutrinadores avessos ao referido controle questionam o caráter de processo em defesa de direito subjetivo atribuído às ações coletivas. Sustentam que se aproximaria de processo objetivo, portanto, processo sem partes. Isso porque entendem que os legitimados à propositura de ACP defendem o interesse público genérico e amplo, o que tornaria inviável discutir-se a aplicação da lei, tida por inconstitucional, a um caso específico.

Gilmar Mendes (2010, p.1255), partidário dessa tese, observa:

THEMIS

[...] a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Em consequência, a sentença proferida não se limitaria aos envolvidos na demanda, mas impediria por completo a aplicação da norma impugnada, ocasionando suposta usurpação de competência do Supremo Tribunal ou de Tribunal de Justiça de Estado-membro, competentes para exercer o controle abstrato.

Por ocasião do julgamento da Reclamação nº 434, aquela Corte entendeu violada a competência constitucional que lhe fora atribuída pela Carta Magna. Cuidava-se de uma reclamação constitucional proposta pelo Ministério Público Federal contra decisão judicial proferida em ACP, cujo principal objeto era eximir empresas cinematográficas da obediência a determinada lei estadual de São Paulo por sua suposta inconstitucionalidade. Eis a ementa:

RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AS AÇÕES EM CURSO NA 2. E 3. VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO - OBJETO DA PRESENTE RECLAMAÇÃO - NÃO VISAM AO JULGAMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA CONCRETA, MAS AO DA VALIDADE DE LEI EM TESE, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL (ARTIGO 102-I-A DA CF). CONFIGURADA A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO PARA O CONTROLE CONCENTRADO, DECLARA-SE A NULIDADE "AB INITIO" DAS REFERIDAS AÇÕES, DETERMINANDO SEU ARQUIVAMENTO, POR NÃO POSSUIREM AS AUTORAS LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (Rcl 434 / SP, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, julgado em: 10/12/1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

A situação seria agravada pelo fato de que, em regra, nem mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em casos concretos têm o alcance das sentenças prolatadas em uma ACP que afasta a constitucionalidade de uma lei.

Isso porque o efeito *erga omnes* das decisões em sede de ACP dispensariam qualquer providência complementar para retirar a validade da norma impugnada, ao passo que, quanto ao Supremo, no exercício do controle difuso, há a previsão de comunicação ao Senado para a suspensão da execução, prevista no art.52, X, da Constituição, segundo o qual: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]”.

Para os partidários dessa corrente, a usurpação da competência do Supremo estaria intrinsecamente acompanhada da subversão da legitimação. A Constituição Federal, no artigo 103, prevê um rol *numerus clausus* de legitimados a propor Ação direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Argumentam, portanto, que, caso admitida a possibilidade de controle em Ação Civil Pública, o referido dispositivo seria afrontado, porquanto sua lista de legitimados diverge daquela elencada na Carta Magna.

Para Gilmar Mendes (2010, p.1257):

Não se pode negar que a abrangência que se empresta – e que se há de emprestar à decisão proferida em ação civil pública – permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal.

Complementando o raciocínio, argumentam que, subsistindo efeitos à norma impugnada, instaurar-se-ia um estado de insegurança jurídica, por quebra da unidade da legislação. De acordo com Arruda Alvim (1996, p.129):

[...] admitir a inconstitucionalidade decretada para parte do território, infringidos estariam os princípios da própria igualdade jurídica, como, ainda, isto envolveria insuperável contradição, pois que a lei valeria para parte do território e para outra seria nula.

Diante da série de incompatibilidades alegadas, muitos partidários da tese da impossibilidade descartam qualquer meio de salvar o controle difuso realizado por intermédio de ações civis públicas.

Sobre o tema, conclui Gilmar Mendes (2010, p. 1256):

THEMIS

Nessas condições, para que não se chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade de ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade.

5.2 Argumentos favoráveis ao controle difuso em sede de Ação Civil Pública

Apesar do indubitável saber jurídico e da influência dos opositores ao controle difuso em Ação Civil Pública, seus argumentos, com a devida *venia*, não procedem em alguns aspectos. É o que sustenta grande parte dos doutrinadores e o que se reflete em diversos julgados, conforme será exposto.

Primeiramente, a Ação Civil Pública não se confunde com processo objetivo. Caracteriza-se pela existência de partes, que provocam a jurisdição a fim de obter tutela ao interesse coletivo concretamente lesado ou em vias de lesão.

No polo ativo, encontram-se aqueles legitimados, em âmbito constitucional e infraconstitucional, a agir em defesa de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. No pólo passivo, por sua vez, estão os réus causadores de dano concreto à coletividade, a exemplo da destruição de determinado patrimônio histórico.

Ocorre que, para se conferir efetividade ao direito tutelado, no caso concreto, por vezes, faz-se necessário que o juiz declare a inconstitucionalidade incidental de certa norma, por constituir prejudicial ao mérito da demanda. Assim, acaso fosse tolhido esse poder-dever ao magistrado, restaria comprometida a qualidade da prestação jurisdicional, violando-se o direito fundamental a uma ordem jurídica justa.

Com propriedade, sustenta Gilberto Schafer (2002, p.126):

Na ACP, há partes ativas que são substituídas e são beneficiárias na extensão do pedido. Essas partes são atingidas por efeitos concretos das medidas, diferente da ação objetiva na qual se pode pedir a inconstitucionalidade de uma lei que jamais incidiria.

Sobre o papel do Judiciário na elaboração da norma jurídica do caso concreto, em sede de ACP, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: -CONSTITUCIONAL.RECURSOEXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. I. - Somente a ofensa direta

à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente. IV. - Agravo não provido. (AI 504856 AgR / DF AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgado em: 21/09/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma).

Descaracterizado, portanto, o alegado caráter objetivo das ações civis públicas, conseqüentemente, cai por terra a tese da usurpação da competência constitucional do Supremo. Senão vejamos.

É que, tradicionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a qualquer órgão jurisdicional, em controle difuso, o poder-dever de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, de ofício ou mediante provocação dos legitimados ou interessados, caso essa medida seja indispensável à resolução da questão principal trazida ao processo.

Nesse sentido, têm se manifestado os Tribunais Superiores. A título de ilustração, transcreve-se a ementa de recente julgado do Supremo, em que se admite esse controle:

Ementa: 1. Contrato bancário. Juros. Capitalização em período inferior a um ano. Inadmissibilidade. Art. 5º da MP 2.087-29/2001, editada como MP 2.140-34. Inconstitucionalidade reconhecida incidentalmente. Controle difuso de constitucionalidade, exercido em ação civil pública. Não usurpação de competência do Supremo. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Inteligência do art. 102, inc. I, “a”, da CF. Não usurpa competência do Supremo Tribunal Federal, decisão que, em ação civil pública de natureza condenatória, declara incidentalmente a inconstitucionalidade de norma jurídica. 2. RECURSO. Agravo regimental. Reclamação. Inconsistente. Inexistência de razões novas. Rejeição. É de rejeitar agravo regimental que não apresenta razões novas capazes de ditar reforma da decisão agravada. (Rcl 1897 AgR / AC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgado em: 18/08/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

THEMIS

Ressalte-se que a inconstitucionalidade será mera causa de pedir, presente na fundamentação da sentença. Consequentemente, sobre ela não incidem os efeitos da coisa julgada, conforme se depreende da redação do Código de Processo Civil: “Art. 469. Não fazem coisa julgada: [...] II- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

A decisão sobre a constitucionalidade em Ação Civil Pública está sujeita a toda uma cadeia recursal, prevista nas leis processuais, podendo, inclusive, se submeter ao crivo do próprio Supremo que, em recurso extraordinário, dará a última palavra.

Difere-se do controle abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em que, através de um processo objetivo, os legitimados do art.103 da Constituição Federal requerem a decretação da inconstitucionalidade de norma, invocada como pedido. Em caso de procedência, será declarada a nulidade, o que equivale, em regra, ao afastamento da produção de quaisquer efeitos pretéritos pela norma.

Em defesa do controle incidental, pronuncia-se Gilberto Schafer (2002, p.117):

O controle difuso é anterior, cronologicamente, ao próprio controle abstrato, e fazê-lo não significa usurpar a competência do Supremo ou do Tribunal de Justiça. Não se pode negar a realização desse controle em qualquer ação, sob pena de deixar de realizar o princípio constitucional de realizar o controle difuso.

A depender do direito transindividual envolvido na Ação Civil Pública, pode ocorrer de os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei se aproximarem da decretação de inconstitucionalidade em controle abstrato, o que não necessariamente implica na superposição ou na confusão entre uma ou outra. Afinal, proximidade de resultados práticos não significa equivalência entre ações.

O que não se tem admitido, acertadamente, é que, declarada ou disfarçadamente, a ação coletiva pretenda substituir a ação direta de inconstitucionalidade, ao ser formulado pedido que se equipare à ineficácia total de uma lei ou, até mesmo, de um de seus artigos.

Finalmente, incumbe-nos rebater o argumento sobre os efeitos produzidos pela coisa julgada.

De fato, tanto a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade quanto a Ação Civil Pública produzem efeitos *erga omnes*, contudo, incidente sobre partes diferentes da sentença ou do acórdão.

Em ADI, como dito, a questão da (in)constitucionalidade da norma está presente no dispositivo da decisão, que é a parte que produz coisa julgada e efeitos *erga omnes*. Em caso de posterior desobediência pela Administração Pública ou por órgãos do Poder Judiciário, é cabível Reclamação ao Supremo Tribunal Federal. Julgada procedente, a decisão contrária à orientação desse Tribunal Superior será cassada e outra será produzida em substituição.

Conclui Hugo Nigro Mazzilli (2005, p.129):

Ora, pelo sistema constitucional em vigor, somente por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação interventiva é que os tribunais podem retirar *erga omnes* a eficácia das leis; aos juízes singulares só se admite proclamar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos com imutabilidade *inter partes*, de maneira que não se podem valer dos processos coletivos para suprimir a eficácia de uma norma legal abstrata para toda a sociedade.

Por seu turno, em uma Ação Civil Pública, a solução concreta do conflito de interesses está presente no dispositivo da decisão judicial. Ela é que faz coisa julgada contra todos e no âmbito da jurisdição do órgão prolator.

Por isso, defende Gilberto Schafer (2002, p.128) que:

Na ACP, o que faz coisa julgada *erga omnes*, quando se trata de direito ou interesse difuso, é a tutela do bem específico que foi colocado em jogo, como a despoluição do rio, o restabelecimento do meio ambiente afetado ou a retirada do produto perigoso. Qualquer declaração incidente de inconstitucionalidade não fará coisa julgada ao Supremo Tribunal, como se afirmou, ficando aquele Tribunal livre para decidir em sentido contrário ao decidido anteriormente.

O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado de encontro a essa posição, conforme se depreende, por exemplo, da esclarecedora leitura da ementa transcrita abaixo, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE

JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. Os recursos extraordinários foram tempestivamente interpostos e a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores. Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI-QO nº 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral. 2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação. 3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF. (RE 511961 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17/06/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Além de incidir sobre aspectos diferentes da demanda, o efeito *erga omnes* da ADI e da ACP divergem quanto aos motivos de sua produção.

Em ação direta, a inconstitucionalidade se impõe perante todos por decorrência lógica do sistema de controle abstrato, em que, feita a análise sobre a lei em tese, vincula a todos a decisão, sob pena de subversão do sistema. Por outro lado, a coisa julgada *erga omnes*, em ACP que tutele direito difuso, deve-se à impossibilidade de divisão do objeto. Logo, julgada procedente a demanda, a coisa julgada será produzida de acordo com a amplitude do objeto.

Ante o exposto, pode-se concluir que a polêmica acerca da admissibilidade ou não de controle incidental em sede de Ação Civil Pública deve-se, em grande parte, à compreensão sobre as particularidades decorrentes da adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil.

Conforme demonstrado, Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade têm campo de atuação próprio e, pode-se afirmar, teoricamente, bem delimitados. Eventuais distorções, naturalmente, não de ser controladas pontualmente pelos mecanismos processuais próprios, sem que disso resulte o fim do controle difuso de constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, após a exposição dos argumentos de ambas as teses, pode-se dizer que essa divergência tem fôlego no Direito Brasileiro em decorrência da adoção de um Sistema Misto de Controle, acarretando certa disputa entre os órgãos jurisdicionais e discussão recíproca sobre invasão de atribuições.

Certo é que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma é medida excepcional. Primeiramente, busca-se salvar a norma.

A declaração de inconstitucionalidade, na Ação Civil Pública, é causa de pedir, e não o pedido principal, sendo insuscetível de retirar a eficácia geral da norma. Trata-se, como visto, de questão prejudicial ao mérito da demanda. O que faz coisa julgada *erga omnes* é a tutela do bem específico posto na demanda, em relação às partes envolvidas.

A possibilidade de se exercer o controle difuso em Ação Civil Pública é fundamental para o acesso a uma ordem jurídica justa, com a efetividade da prestação jurisdicional, bem como oportuniza à coletividade, através dos substitutos processuais, a participação no processo coletivo, vez que o interpretação constitucional, conforme leciona Häberle, é um processo plural, não resumida a um pequeno grupo de aplicadores.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites expostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In **Revista de Processo**. v.81, 1996.

THEMIS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR, Fredie Didier; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. t.1. São Paulo: Malheiros, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. v.1 São Paulo:RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. v.2. São Paulo:RT, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses individuais em juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectivas dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.372, p.77-86, abril. 2004.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOTAS DE FIM

- ¹ Artigo apresentado como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Cezário Correia Filho (ESP)

NOTA DO EDITOR

- ¹ Artigo publicado originalmente na Revista Díke, vol1, de jan/jun 2011.