



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO - CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO
COM ÊNFASE EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA
E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE**

CURITIBA

2005

WILSON JOSÉ GALHEIRA

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA
E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito à obtenção do título de Especialista.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Freire de Barros Teixeira

CURITIBA

2005

SUMÁRIO

RESUMO	5
RESUMEM	6
1. INTRODUÇÃO	7
2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA	9
2.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO.....	9
2.2 LEGITIMIDADE.....	11
2.3 FORO COMPETENTE.....	13
2.4 A SENTENÇA E SEUS EFEITOS.....	15
3. NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE	19
3.1 DEFINIÇÃO.....	19
3.2 SISTEMAS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	20
3.3 OS MEIOS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	22
3.3.1. Controle da inconstitucionalidade através da via de defesa ou exceção – difuso.....	22
3.3.2 Controle de constitucionalidade por ação ou por via direta concentrado.....	24
3.3.3 Inconstitucionalidade por omissão.....	27
4. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE	29
4.1 DA IMPOSSIBILIDADE DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	29
4.2 DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	32

5. CONCLUSÃO..... 40

REFERÊNCIAS..... 43

RESUMO

A ação civil pública e o controle da constitucionalidade, apesar das peculiaridades e singularidades que apresentam, possuem algumas semelhanças, posto que ambos são utilizados para o controle de direitos coletivos e difusos, aspecto que os torna um processo objetivo, ora porque se aproximam bastante de um típico processo sem partes, ora porque neles a parte autora tem o condão de atuar na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com o escopo de garantir a tutela do interesse público. Em decorrência das referidas similaridades, adstritas, é claro, de eventuais diferenças, surgem debates e questionamentos verdadeiramente intrigantes, dentre eles, o objeto principal do presente trabalho, qual seja, verificar a viabilidade da inclusão do controle da constitucionalidade, *incidenter tantum*, em sede de ação civil pública. Assim, após discorrer sobre as particularidades de cada instituto, trazendo à lume, inclusive, controvérsias outras, enfrentaremos o tema. De início, serão examinados os argumentos contrários ao controle difuso da constitucionalidade no que concerne à ação civil pública, com citações de afamados literários jurídicos, para, em um segundo momento, trazer à baila as argumentações daqueles que sustentam a perfeita idoneidade da ação civil pública para veicular pleito de controle incidental da inconstitucionalidade. Ao final, concluiremos pela perfeita convivência pacífica e harmônica dos dois institutos, notadamente, quanto à possibilidade do controle da inconstitucionalidade na via difusa em ação civil pública, pois se faz ausente a alegada usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal pelo Juízo *a quo* quando do julgamento da ação civil pública, uma vez que este - guardião da Constituição Federal - terá resguardado o seu direito de análise no que tange a tal matéria ou no que respeita ao recurso extraordinário, ou, ainda, em ações diretas de inconstitucionalidade, que poderão ser propostas pelos legitimados, haja vista que tanto a lei quanto o ato normativo permanecem no ordenamento jurídico, dotados de validade e eficácia para aquelas situações que não se coadunam com a ação civil pública; aliás, neste sentido, conforme dá-se a sua inserção no texto em tela, caminham as decisões do Supremo Tribunal Federal.

RESUMEM

La causa civil pública así como el control de la constitucionalidad presentan peculiaridades, singularidades y, también, algunas similitudes, pues son utilizados para el control de los derechos colectivos y difusos, aspecto que les transforma en un proceso objetivo, sea porque se aproximan de un típico proceso sin partes o sea porque la parte autora puede actuar en la defensa de situaciones subjetivas y tal actuación ocurre, fundamentalmente, para garantizar la tutela del interés público. Luego, debido a tales similitudes, a pesar de las diferencias, surgen preguntas y polémicas que intrigan, en especial, al respecto del objeto de esta monografía, o sea, verificar la posibilidad de inclusión del control de la constitucionalidad *incidenter tantum* en la causa civil pública. De esta manera, después de presentar las peculiaridades de cada uno de esos institutos, tratando, incluso, de otras cuestiones, la intención es estudiar el tema. Inicialmente, la idea es examinar la argumentación contraria al control difuso de constitucionalidad en relación a la causa civil pública, exponiendo juicios de famosos estudiosos del derecho, para en un otro momento, exponer los datos de aquellos que sostienen la perfecta idoneidad de la causa civil pública en relación al pedido de control incidental de inconstitucionalidad. Al final, nosotros vamos a concluir por la aceptable convivencia (harmónica) de los dos institutos, principalmente, en relación a la posibilidad del control de inconstitucionalidad en la vía difusa en la causa civil pública, pues no hay usurpación de la función ejercida por el Supremo Tribunal Federal brasileño (guardián de la Constitución Federal de Brasil) - practicada por el juicio *a quo* cuando ocurre el juzgado de la causa civil pública – lo cual tiene asegurado su derecho de análisis en referida materia, así como cuando se trata de recurso extraordinario o causas directas de inconstitucionalidad, que podrán ser propuestas por personas consideradas legítimas, pues tanto la ley cuanto el acto normativo permanecen en el ordenamiento jurídico, válidos y eficaces en relación a las situaciones que están divorciadas de la causa civil pública; aun, en este sentido, de conformidad con su inserción en la presente monografía, ocurren las decisiones del Supremo Tribunal Federal patrio.

1 INTRODUÇÃO

A ação civil pública e o controle da constitucionalidade são dois instrumentos processuais de suma importância para salvaguardar os direitos subjetivos dos cidadãos.

A ação civil pública surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em 1981, com a edição da Lei Federal n. 6.938/81, que tratava de questões ambientais, bem como da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a qual conferiu legitimidade ao **Parquet** quanto à interposição de ação civil pública na defesa do meio ambiente. Posteriormente, no ano de 1985, foi editada a Lei Federal n. 7.347, que disciplinou a ação civil pública.

Já o controle da constitucionalidade consta de nosso ordenamento jurídico desde 1981, pois a Constituição Federal daquele ano, inspirando-se no modelo estadunidense, introduziu-o em nosso sistema. Àquela época, o controle ocorria somente na modalidade difusa.

Conforme veremos na seqüência, o controle da constitucionalidade (via difusa) permite que uma pessoa diante de um caso concreto ingresse com qualquer tipo de ação perante o Poder Judiciário, questionando determinada lei ou ato normativo frente à Constituição, com o fito de pleitear a sua invalidade e de resguardar ou restabelecer um direito.

É fato que a ação civil pública configura-se como um instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ademais de, também, assim atuar no que respeita às infrações de ordem econômica (artigo 1.), protegendo, dessa forma, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

indicados inicialmente, e tão-somente , os interesses difusos ou coletivos, na última situação apontada.

Com o surgimento da ação civil pública (ação coletiva), passou a ser incluída na causa de pedir a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, objetivando, sempre, o caso concreto, consoante, aliás, era feito nas causas individuais.

Contudo, cumpre dizer que nossos Tribunais e literários jurídicos deixaram de visualizar com a devida naturalidade a inserção do controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, posto que entenderam ser o efeito produzido pela sentença - **erga omnes** - usurpador da função exercida pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Diante disso, vários recursos e reclamações alcançaram os nossos Tribunais Superiores e, como sói acontecer, houve decisões em ambos os sentidos, ora acenando para a possibilidade de uma inclusão, ora afirmando quanto à impossibilidade do controle difuso de constitucionalidade ser incluída na ação civil pública.

Eis, então, que, dessa maneira, fica delineado o tema a ser analisado neste trabalho; e, mais: após discorrermos sobre as nuances dos dois institutos - ação civil pública e controle da constitucionalidade - traremos à lume, as posições de afamados cultores jurídicos, além de algumas decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à inserção do controle difuso em sede de ação civil pública.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO

A Lei n. 7.347, datada de 24 de julho de 1985 disciplina a ação civil pública e a conceitua como instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações à ordem econômica (artigo 1.), protegendo, dessa maneira, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nas primeiras situações enumeradas e, tão-somente, os interesses difusos ou coletivos, no último caso, não se prestando a amparar interesses individuais não homogêneos, nem se destinando à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta omissa ou comissiva do réu¹.

De acordo com a lição do mestre Hugo Nigro MAZZILLI, o primeiro texto legal a mencionar a expressão '*ação civil pública*' foi a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei complementar n. 40/81), que conferiu a membro do Ministério Público a função institucional de promover a ação civil pública.²

Neste quadrante, ainda, é de bom alvitre ressaltar que para o cultor em apreço é fato que, do uso da expressão '*ação civil pública*' provém o contraste com a '*ação penal pública*', cuja titularidade é exercida pelo Ministério Público; porém, para o sobredito autor, tal expressão carece de correção:

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 117-118.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 1994. p. 31.

Com efeito, o próprio uso da expressão paralela 'ação civil penal pública' só se explica por razões tradicionais (em confronto com a referência à ação penal privada, à ação penal pública condicionada e à ação penal privada subsidiária). Entretanto, trata-se de expressão incorreta dizer 'ação civil pública' (bem como a correlata 'ação penal pública'), pois que a ação, enquanto direito público subjetivo, dirigido contra o Estado, é sempre pública.³

Além disso, cabe ressaltar que, antes dessa ação, já existia em nossa ordem jurídica outros instrumentos de defesa dos interesses metaindividuais, ou seja, as ações populares, instituídas pela Carta Magna de 1934, a qual permitia ao cidadão a tutela dos interesses acima mencionados. No ano de 1981, houve a edição da Lei Federal n. 6.938/81, que concedeu ao Ministério Público a legitimidade ativa para promover a responsabilização do causador de danos ambientais.

No entanto, a partir da busca por novos instrumentos processuais mais adequados e eficientes à dos interesses coletivos, nasceu a Lei Federal n. 7.347/85, que instituiu a denominada ação civil pública.

A referida ação, nos moldes da supradita Lei, tem por objeto a tutela de interesses difusos e coletivos, dentre eles o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio cultural, havendo, porém, o veto presidencial quanto ao inciso IV, do seu artigo 1., no que concerne à defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, deu-se um avanço na seara da tutela de interesses metaindividuais, posto que, ademais de se inovar quanto a mecanismos processuais, a exemplo do mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e alargamento das possibilidades de propositura de ação popular, houve a previsão do Ministério Público promover a ação civil pública *para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (inciso III, artigo 129).

³ *Op. cit.*, p. 32.

Na seqüência, é consabido, surgiram várias leis ordinárias, as quais versam sobre o cabimento da ação civil pública (Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto das Cidades, Estatuto do Idoso, dentre outras). Entrementes, cabe destacar dentre elas o Código de Defesa do Consumidor, que além de passar a utilizar a expressão 'ação coletiva' para designar a ação civil pública, estendeu a possibilidade para que todos os legitimados ativos defendessem quaisquer interesses metaindividuais, sepultando, dessa feita, aquele veto presidencial.

2.2 LEGITIMIDADE

A legitimidade para propor a ação civil pública é concorrente e disjuntiva; encontra-se consubstanciada no artigo 5., da supracitada Lei, no sentido de tornar possível ao Ministério Público propor a ação civil pública, bem como às pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim, como a associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor.

Na concepção de Rodolfo de Camargo MANCUSO no que respeita à conveniência da legitimidade ativa para a propositura ser concorrente e estendida, temos o que segue:

Visto que os interesses objetivados são difusos, curial que a legitimação para sua tutela seja difusa, isto é, exercitável pelo ente esponenziale que, na visão do legislador, reúne as condições para levar a bom termo a demanda. Parece haver consenso doutrinário na tese de que os interesses difusos, por definição não devem ter sua tutela restringida à autuação de certos órgãos governamentais nem somente ao Ministério Público, havendo mesmo quem minimize a importância da existência jurídica das associações (associations agréees; associazioni ricolnoscute), de sorte a admitir também a legitimação a sociedades de fato (ad hoc gruppen; comitês de defesam comiati di quartieri). Sobre o tema, já escrevemos: A solução intermédia exsurge, naturalmente, como a mais indicada na espécie. Os interesses difusos, pelo fato mesmo de sua natureza, pedem uma legitimação difusa, a ser reconhecida, em sede disjuntiva e concorrente aos cidadãos per se ou agrupados em associações, e, bem assim, aos entes e órgãos públicos interessados, *ratione materiae*, aí incluído o Ministério Público.⁴

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994. p. 64 -65.

Não obstante a legitimidade concorrente entre o Ministério Público e os demais co-legitimados torna-se óbvio que o **Parquet** possui maiores condições para a propositura da ação civil pública, haja vista que ademais da isenção de custas e honorários, é possuidor de independência institucional e atribuições funcionais específicas para tal, prerrogativas definidas nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal.

Em decorrência disso, não raras vezes, as associações legitimadas ao invés de ingressarem com as ações coletivas, preferem, com base no artigo 6. da LACP, pleitear junto ao Ministério Público, a fim de que este ingresse com a demanda, subsidiando-o com elementos necessários à convicção.

Neste ponto, cumpre salientar que quando o Ministério Público não for o proponente da ação civil pública, deverá intervir como fiscal da lei (artigo 5. § 1.), devendo, inclusive, assumir a sua titularidade em caso de desistência ou abandono infundado ou injustificado (artigo 5., § 3.) e executar a sentença condenatória em caso da associação autora não promovê-la a partir dos sessenta dias do trânsito em julgado (artigo 15).

Ainda, conforme esta contextura e a apurada ótica de Hely Lopes MEIRELLES, não pode o Ministério Público ingressar com ações civis públicas temerárias ou sem base legal:

Mas esses poderes atribuídos ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública não justificam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, nem autorizam a concessão de liminar suspensiva de obras e serviços públicos ou particulares, regularmente aprovados pelos órgãos técnicos administrativos competentes, sob a simples alegação de dano ao meio ambiente. A petição inicial há de vir embasada em disposição de lei que tipifique a ocorrência ou o fato como lesivo ao bem a ser protegido, apresentando ou indicando as provas existentes ou a serem produzidas no processo, não bastando o juízo subjetivo do Ministério Público para a procedência da ação.⁵

⁵ *Op. cit.*, p. 123-124.

Por derradeiro, Ada Pelegrini GRINOVER, citada por Marco Paulo Cardoso Starling e Júnia Barroso de Oliveira, preconiza algumas desvantagens de ser o Ministério Público titular de ações cujo caráter é coletivo:

Em primeiro lugar, pela própria índole de sua função, que o tornaria inidôneo a defender interesses de grupos, de comunidades, de classes; depois, por sua ligação ao Poder Executivo; enfim por sua falta de especialização em campos tão pouco tradicionais.⁶

A preocupação da referida cultora do direito, de acordo com Marco Paulo Cardoso STARLING e Júnia Barroso de OLIVEIRA, já não prevalece...

*Mormente após do advento da Constituição Federal, quando foi o Ministério Público distinguido com autonomia institucional, um número crescente e autorizado de vozes favoráveis à atuação do Ministério Público em sede de tutela de interesses metaindividuais plúrimos, a exemplo do que leciona Mancuso.*⁷

E, a propósito: sobre o tema, os referidos doutrinadores, trazem, ainda, a posição de MANCUSO, sepultando, de uma vez por todas, a antiga preocupação sobre a titularidade do Ministério Público nas ações civis públicas, posto que:

*Eventuais críticas não se aplicam ao caso brasileiro, onde o parquet é dotado de independência funcional e de uma crescente especialização em diversas áreas, notadamente nas que se relacionam com o direito do consumidor, do zelo para com o erário público, da defesa do cidadão, entre inúmeros outros.*⁸

2.3 FORO COMPETENTE

A propositura da ação civil pública dar-se-á no foro do local onde ocorrer o dano (artigos 2. e 4. da Lei anteriormente citada), devendo, nos casos em que figurar nos pólos passivos ou ativos a União, suas autarquias e empresas públicas, ser proposta a ação no Distrito Federal ou na Capital do Estado, conforme determina

⁶ STARLING, Marco Paulo Cardoso ; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. **Ação Civil Pública. O Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001, p. 35.

⁷ *Op. cit.*, p. 36.

⁸ *Op. cit.*, p. 36.

a Constituição Federal, podendo assim, a ação ser proposta perante a Justiça Estadual ou Federal, na hipótese do bem jurídico lesionado ou litigado pertencer à União.⁹

Motauri Ciocchetti de SOUZA critica a redação do artigo 2. da Lei de ação civil pública, sob o argumento que a palavra 'funcional' ali contida, foi mal utilizada:

De início cumpre afiançar que o vocábulo funcional foi utilizado pelo legislador sem maior tecnicismo, querendo, antes, enfatizar a natureza absoluta da regra de competência territorial.

Com efeito, o critério funcional de competência leva em conta as funções que o órgão jurisdicional desenvolve em determinada fase do processo, de modo privativo.

(...) Na hipótese do artigo 2 da lei de ação civil pública, contudo, o juiz do local do dano possui competência para o processamento de toda a ação civil pública, motivo por que a palavra funcional não foi bem utilizada.

Nessa senda, melhor a redação trazida pelo artigo 209 do Estatuto da Criança, que corretamente fala em competência territorial absoluta.¹⁰

Aliás, a título de informe complementar, o mencionado autor aduz que o fundamento para a escolha da competência territorial (local do dano) ocorre em decorrência da proximidade do juiz, pois, teoricamente, o magistrado da comarca possui melhores condições de avaliar o dano, de obter a prova necessária para o julgamento da ação e, assim, resguardar de forma mais efetiva os interesses da comunidade a que serve.

E, acresça-se a informação de que, na seara da competência temos o artigo 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual se encontra consignado que a competência para o julgamento de ação civil pública em defesa da infância e juventude será do juiz do lugar em que a ação danosa foi ou deveria ter sido praticada.

Finalmente, citamos o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina que a competência (i) será do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o

⁹ Artigo 2. - "A ação civil pública deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa".

¹⁰ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 32.

dano, quando de âmbito local, e (ii) do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

A respeito da extensão da aplicabilidade do inciso II, do artigo 93, acima referido, no que concerne ao julgamento das demais ações em defesa de interesses difusos e coletivos, trata-se de questão não pacífica e que divide a doutrina quanto à competência do juiz da Capital do Estado ou do Distrito Federal quando a lesão ao interesse difuso ou coletivo possuir alcance regional ou nacional.

A crítica relativa à modificação da competência reside na circunstância de que o dano pode não ocorrer na comarca onde será julgada a ação e, mesmo assim, a competência para o julgamento da ação será do juiz da Capital do Estado; à guisa de exemplo, a contaminação das águas de determinado rio que corte vários municípios, ainda que o rio em questão não passe na capital.

2.4 A SENTENÇA E SEUS EFEITOS

A sentença nos moldes do artigo 16, da Lei de Ação Civil Pública, fará coisa julgada ***erga omnes***, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Coisa julgada, como sabemos, é o fenômeno processual que torna imutável os efeitos da sentença, impedindo que as partes discutam a mesma causa em outro processo, conforme o abalizado ensinamento de Hugo Nigro MAZZILLI:

Assim, a rigor, a coisa julgada não é efeito da sentença nem decorre do conteúdo da decisão, como anota Vicente Greco Filho, nem significa eficácia objetiva ou subjetiva da sentença: quer dizer apenas imutabilidade dos efeitos da sentença.¹¹

Aliás, é conveniente enfatizar que por força do novel artigo 16, da Lei de Ação Civil Pública, os efeitos da sentença a ser proferida na ação civil pública atingem pessoas que não participaram da relação jurídico-processual.

Dessarte, eis que os indivíduos que sofreram lesões em decorrência de um evento, o qual também resultou em dano a um interesse difuso, serão beneficiadas com a sentença a ser proferida na ação civil pública e, havendo procedência, não se verificará a necessidade de ingresso individual com nova ação, bastando, simplesmente, executar aquela sentença coletiva para ser indenizado. Todavia, para tanto, deverão provar a existência de um dano, seu montante e o nexo de causalidade entre a conduta do réu e a sua lesão.

Uma questão interessante diz respeito ao fato do particular haver ingressado com a ação individualmente e ter sido ela julgada improcedente e, depois, com a prolação de sentença condenatória em sede de ação civil pública, também ele poder ser beneficiado com a decisão coletiva; neste caso, os Tribunais têm entendido que, mesmo diante da coisa julgada individual, deve prevalecer a sentença coletiva, podendo o particular executar a referida sentença, desprezando a coisa julgada individual.

Outra particularidade da coisa julgada na ação civil pública respeita à nova redação do artigo 16, da LACP, trazida pela Lei Federal n. 9.494/97, uma vez que houve restrição da coisa julgada *erga omnes* da sentença que julga a ação civil pública aos *'limites da competência territorial do órgão prolator'*.

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 1994. p. 286.

A restrição da coisa julgada nos limite da competência territorial do órgão prolator, para determinados literários jurídicos, ofende e viola vários princípios constitucionais, dentre eles o da isonomia, trazido pelo artigo 5., **caput** da Lei Maior e o da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5. XXXV, da Constituição Federal), acreditando alguns, inclusive, que já houve a sua revogação implícita pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Ada Pellegrini GRINOVER, após trazer diversos exemplos de decisões que transcenderam o âmbito da competência territorial, assumindo dimensão regional e ou nacional, afiança que foram essas situações, contrárias aos interesses fazendários, que motivaram o Poder Executivo a dar nova redação ao citado artigo 16.¹²

Dentre as posições contrárias à restrição imposta ao mencionado artigo, explicitamos as lições de Motauri Ciocchetti de SOUZA:

As situações, à evidência, são absurdas e revelam, com a devida vênia, violação ao princípio constitucional da isonomia, trazido pelo artigo 5., **caput**, da CF: se o objeto é indivisível e se o dano é social, não é possível limitar os efeitos da coisa julgada aos moldes propostos pela Lei n. 9.494/97, sob pena de criar classes diferenciadas de lesados por um mesmo fato.

Demais disso, em nosso entendimento a alteração trazida pela malfadada Lei n. 9.494/97 fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, na medida em que torna praticamente impossível o controle de danos a interesses difusos ou coletivos que alcancem regiões, Estados ou o próprio País, ante a necessidade de propor uma ação em cada comarca e de buscar provimentos jurisdicionais que fossem uniformes, cerceando, dessarte, o acesso à justiça, cuja democratização foi um dos grandes méritos da Assembléia Nacional Constituinte.

Mas não é só: ao regular inteiramente e de forma detalhada a matéria ventilada pelo artigo 16 da LACP, o artigo 103 do CDC culminou por revogá-lo implicitamente, nos termos do artigo 2., § 1., da Lei de Introdução ao Código Civil.

E, se assim é, incumbiria ao legislador alterar o art. 103 do CDC – e não o artigo. 16 da LACP, como levado a termo – sob pena de incidir em efeito repristinatório, vedado pelo artigo 2., § 2., do Decreto Lei n. 4.657/42.¹³

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini.. Doutrina Cível. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. *Revista Jurídica*, São Paulo, n.307, Maio, 2003.

¹³ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública...* p. 96.

Além do supradito doutrinador, de acordo com citação de Marco Paulo Cardoso STARLING e Júnia Barroso de OLIVEIRA, a alteração do mencionado artigo 16 foi alvo de ferrenhas críticas realizadas por MANCUSO, Kazuo WATANABE e VIGLIAR, sob o argumento de que deu margem a soluções conflitantes ademais de notória sobrecarga o Poder Judiciário, atulhado de idênticas demandas fragmentárias, percebendo-se, assim que estar-se-á dando tratamento desigual para pessoas que se encontram na mesma situação, unidas por vínculos indivisíveis.¹⁴

¹⁴ STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. **Ação Civil Pública...** p. 40.

3. NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

3.1 DEFINIÇÃO

A expressão controle da constitucionalidade pode ser traduzida como o modo pelo qual se garante a supremacia da Constituição em relação a quaisquer outras normas que se encontrem em hierarquia inferior - isso em face de qualquer outro poder Estatal - tendo em vista, sobretudo, o fato dele se configurar como uma decorrência do Poder Constituinte Originário do povo¹⁵.

Na visão de Pinto Ferreira, citado por José Afonso da SILVA o princípio da supremacia relativo à Constituição 'é reputado com uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'¹⁶.

José Afonso da SILVA preleciona que o princípio da '*supremacia da constituição*' 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, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.*¹⁷

A inconstitucionalidade pode a partir do comportamento positivo do legislador quando da criação de leis contrárias à Lei Maior ou como decorrência da omissão da aplicação das normas constitucionais quando a Carta Magna assim o determina. Então, isso equivale dizer que o nosso ordenamento jurídico abriga duas formas de

¹⁵ SLAIBI Filho, Nagib. Citado por DELFIM, Ricardo Alessi. **Ação Declaratória de Constitucionalidade e os princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.5.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 1994. p. 47.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 47.

inconstitucionalidades, isto é, a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

Entrementes, não há equívoco em ressaltar que enquanto não se declarar a inconstitucionalidade de uma lei pelo Poder Público, permanecerá ela em nosso sistema jurídico, devendo todos cumpri-la. Regina Maria Macedo Nery FERRARI, discorre sobre a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, nos seguintes termos:

Presume-se constitucional toda norma jurídica, enquanto não se prove o vício da inconstitucionalidade de forma explícita e manifesta, e isso é necessário para a manutenção da ordem jurídica, pois seria estabelecido o caos social toda vez que os indivíduos pudessem deixar de cumprir leis que em sua opinião tivessem conflito com a Constituição. Este é o princípio que sempre deve ser observado: a presunção de constitucionalidade dos atos normativos. Isso porque cabe também ao Congresso e ao Executivo interpretar o texto constitucional de tal forma que, quando uma lei entra em vigor, sua conformidade com a Constituição já deve ter sido objeto de exame e apreciação por parte dos *legisladores e do* Chefe do Poder Executivo por ocasião da sanção ou veto.¹⁸

Com efeito, deduz-se que, ainda que a lei ou ato normativo seja contrário à Constituição, permanecerá aplicável e produzindo efeitos, até que se ingresse com uma ação judicial e que o Poder Judiciário decida sobre o vício existente, conforme veremos a seguir.

3.2 SISTEMAS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade das leis existe no ordenamento jurídico pátrio graças ao princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos podendo, quanto ao momento, realizar-se de modo preventivo (exercido durante o

¹⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da Constitucionalidade das leis municipais*. 2. ed. São Paulo: RT. 1994. p. 19-20.

processo de elaboração da lei) ou repressivo (após a sua promulgação e publicação).

O controle da constitucionalidade pode efetivar-se, quanto à maneira, mediante três sistemas: (i) o *político*, que é viabilizado por órgãos de natureza política, como o próprio Poder Legislativo, ou, por um órgão especial, uma prática mais difundida nos países da Europa, a exemplo do sistema francês e do sistema vigente na ex-União Soviética; (ii) o *jurisdicional*, que se constitui na fiscalização da constitucionalidade de determinada lei e de outros atos do Poder Público pelo Poder Judiciário, (a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América e no Brasil); e (iii) o *misto*, onde o controle da constitucionalidade de determinadas leis é realizado por intermédio do sistema político e, de outras, pelo sistema jurisdicional, a exemplo do que acontece na Suíça – nas leis federais o controle dá-se via Assembléia Nacional enquanto as leis locais se submetem ao controle jurisdicional.

Em nosso País, adotou-se o controle jurídico inspirado no modelo norte-americano, introduzido pela Constituição Federal de 1891 (controle difuso, por via da exceção) que perdura até os dias atuais. Alguns doutrinadores, a exemplo de Michel TEMER¹⁹, entendem que, também, adotou-se no Brasil o controle político, de forma preventiva, o qual é exercido tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo quando das discussões dos projetos de leis, bem como da ocorrência do veto presidencial, ficando dessa maneira impedida a inserção de preceito vulnerador da Constituição.

Regina Maria Macedo Nery FERRARI dá ênfase à idéia de que o controle jurídico proporciona a supremacia do Judiciário e, por isso, opõe-se aos princípios democráticos, posto *'que enquanto em relação ao Legislativo o povo, em cada eleição, pode escolher seus representantes conforme a realidade da época, em*

¹⁹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 42.

relação ao Judiciário a estabilidade dos juízes não permite que os julgados possam variar conforme o momento histórico que revela a variação da vontade popular'.²⁰

Michel TEMER acrescenta que o controle exercido pelo Poder Judiciário não é exclusivamente jurisdicional, uma vez que este somente declara a inconstitucionalidade, realizando a mesma atividade desenvolvida em outras questões posta a sua apreciação.²¹

3.3 OS MEIOS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE

O controle jurisdicional pode ser exercido por meio da via direta (concentrado) - cabendo originariamente ao Supremo Tribunal de Federal o seu julgamento - e a sentença produz efeito **erga omnes**; e, aduz-se, é mediante a via de defesa ou exceção (difuso) que o controle em tela pode ser praticado por qualquer órgão do Poder Judiciário, produzindo a sentença efeito **inter partes**.

3.3.1 Controle da inconstitucionalidade através da via de defesa ou exceção – difuso

O controle da inconstitucionalidade por intermédio da via de defesa ou exceção ocorre quando qualquer do povo ingressa com uma ação judicial (mandado de segurança, **habeas corpus**, etc.) visando, em um caso concreto, a reparação de um direito ou a prevenção da ocorrência de lesão. Assim, uma questão pontual trata-se do objeto precípua da ação, que é a reparação do dano, conquanto a alegação de inconstitucionalidade surja incidentalmente, haja vista ser uma condição de extrema relevância para a solução do litígio.

²⁰ *Op. cit.*, p. 21.

²¹ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 41.

É válido registrar que o sobredito controle nasceu nos Estados Unidos da América com o famoso caso *Marbury versus Madison* (defendido por Marshal) e tornou-se prática jurisprudencial, na ausência de preceito a respeito expresso na Constituição daquele país e foi inserido em nosso ordenamento jurídico no ano de 1891, com a promulgação da Constituição pátria.

No juízo de Celso Ribeiro BASTOS, o objeto da ação não é o próprio vício de validade mas, sim, a reparação de um direito ou a prevenção de lesão, onde o lesado quer subtrair-se dos efeitos da lei considerada inconstitucional.²²

Destarte, a sentença a ser proferida somente aproveitará as partes (*inter partes*), continuando a lei a produzir efeitos àqueles que não participaram do litígio; de conseqüência, o Judiciário retirará a eficácia daquela lei, tida por inconstitucional, apenas para aquele que propôs a ação, continuando a referida válida para terceiros.

Entretanto, conforme rememora Michel TEMER, se a decisão chegar ao Supremo Tribunal Federal motivada por recurso, aquela Corte pode e deve remeter eventual declaração de inconstitucionalidade, derivada da apreciação do caso concreto, ao Senado Federal, para que este suspenda a execução da lei, nos termos do art. 52, X da Constituição Federal.²³ Contudo, além do Senado Federal estar desobrigado de atender a determinação do Supremo Tribunal Federal, não existe um prazo específico para sua manifestação, tampouco sanção pela sua inércia, podendo a referida lei, tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, vigorar por vários e longos anos, constatando-se que somente após a suspensão da sua execução é que ela perderá eficácia em relação a todos os cidadãos.

²² BASTOS Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 344.

²³ MICHEL, Temer. *Elementos de Direito Constitucional...* p. 43.

3.3.2 Controle da constitucionalidade por ação ou por via direta - concentrado

Diferentemente da via de exceção, o escopo relativo ao controle da constitucionalidade através da via de ação é retirar do sistema jurídico a lei considerada inconstitucional, ou seja, aqui a pretensão se cinge a invalidar a lei (em tese) independentemente de caso concreto a ser dirimido ou de interesses de cunho pessoal ou material.

A sua inclusão em nosso ordenamento jurídico deu-se com a Constituição Federal de 1946, que o consagrou no artigo 8., parágrafo único, e o condicionou à intervenção federal na violação dos princípios constitucionais contidos em seu artigo 7., VII. Posteriormente, houve a Lei n. 2.271/54, que disciplinou o processo para arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, substituída pela Lei n. 4.337, de 1967. Após, com a Emenda Constitucional 16, de 06 de dezembro de 1965, criou-se uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual apresentado pelo Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1988 trouxe avanços pertinentes ao controle da inconstitucionalidade, uma vez que introduziu a chamada inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º) e ampliou a legitimação para a propositura da ação de direta de inconstitucionalidade, a qual antes era restrita ao Procurador-Geral da República.

O Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição, é o responsável pelo controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, sendo

legitimados para proporem a ação direta de inconstitucionalidade (também catalogada como representação de inconstitucionalidade), o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103, da Constituição Federal).

Em todas as ações de inconstitucionalidade que sejam de competência do Supremo Tribunal Federal (por força do parágrafo 1. do artigo 193 da Constituição Federal), deverá o Procurador-Geral da República ser previamente ouvido.

Por outro lado, o Advogado-Geral da União, com fulcro no parágrafo 3. do artigo 103 da Constituição Federal), deverá ser citado nas ações de inconstitucionalidades em trâmite no Supremo Tribunal Federal, para defender o ato ou o texto impugnado.

De outra sorte, cumpre sublinhar a cizânia que surge quanto à possibilidade do Senado Federal negar a retirada da lei ou ato normativo após a declaração de inconstitucionalidade efetivada pelo Supremo Tribunal Federal ou de somente retirá-la em parte.

Para Michel TEMER, é perfeitamente viável que o Senado Federal assim proceda, pois não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo ele um mero órgão chancelador das decisões da Corte Suprema.²⁴ Ademais disso, o festejado autor entende que *“as decisões nas ações de inconstitucionalidade não fazem coisa*

²⁴ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional... p. 47.

julgada (salvo nos casos concretos – na via de exceção – quando fazem coisa julgada em relação às partes litigantes não em relação à tese jurídica)”.²⁵

Entretantes, para José Afonso da SILVA a decisão a ser proferida na ação direta de inconstitucionalidade tem a mesma eficácia e autoridade da sentença, ou melhor, há eliminação da eficácia e da aplicabilidade da lei, e, isto, em valor geral, pois entende incabível a aplicação do artigo 52, X da Constituição Federal:

Portanto, qualquer decisão, que decreta a inconstitucionalidade, deverá ter eficácia erga omnes (genérica) e obrigatória. Mas a Constituição não lhe deu esse efeito, explicitamente, como seria desejável. Deixou a questão na mesma indefinição do sistema anterior, sem dizer também se se aplicará à declaração de inconstitucionalidade, em tese, a suspensão prevista no art. 52, X, que, por seus termos, somente se refere à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum. De fato, se esse dispositivo fala em 'lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal', parece, pelo 'definitiva', que se trata de conclusão de uma série de decisões, o que é característica de decisão num processo concreto. A não definição explícita sobre o efeito da sentença que reconhece a inconstitucionalidade, acaba por ser uma definição, porque, se não se aplica a regra própria da declaração de inconstitucionalidade de um processo concreto, é porque a Constituição não quis dar tal solução, o que significa que o problema se resolve, logicamente, pelas regras processuais sobre a eficácia e autoridade da sentença. E como o objeto do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito de eliminar a eficácia e aplicabilidade da lei, e isto tem valor geral, evidentemente. Em suma, a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. Se não fosse assim, seria praticamente inútil a previsão constitucional de ação direta de inconstitucionalidade genérica.²⁶

Desta maneira, apesar das críticas, prevalece no sistema jurídico brasileiro a ideiação de que a sentença a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade não tem o efeito de retirar a eficácia de ato normativo, pois, esta atribuição foi conferida, privativamente, ao Senado Federal (artigo 52, X da Constituição Federal), devendo, assim, ser comunicado o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade.

²⁵ *Op. cit.*, p. 48.

²⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* p. 54-55.

3.3.3 Inconstitucionalidade por omissão

É fato que com o advento da Constituição de 1988, houve a introdução, inspirada na Constituição Portuguesa, da nova modalidade de controle da constitucionalidade por meio da chamada inconstitucionalidade por omissão.

A possibilidade de ingressar com a inconstitucionalidade, por omissão dar-se-á quando aqueles que estavam obrigados pela Constituição a legislar, deixarem de assim proceder, sendo desnecessária a existência de um caso concreto. O exemplo citado por José Afonso da SILVA é aquele referente à previsão constitucional de participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, de conformidade com a definição legal. Com efeito, a efetivação do direito constitucional depende de legislação infraconstitucional e, enquanto perdurar esta situação, poder-se-á ingressar com a ação de inconstitucionalidade por omissão, visando a elaboração da lei.²⁷

Aliás, consigne-se, a competência é originariamente do Supremo Tribunal Federal e os legitimados para a propositura da ação são aqueles que têm condição de propor a ação de inconstitucionalidade pela via concentrada.

Na interpretação de Regina Maria Macedo Nery FERRARI, o prazo razoável para ingressar com a ação deverá ser analisado no caso concreto, considerando-se, também, o valor da legislação a ser elaborada:

Assim, o órgão encarregado da fiscalização terá de reconhecer que a medida poderia, ou melhor, deveria ter sido adotada; a determinação do prazo razoável deverá ser verificada em cada caso. A caracterização da inconstitucionalidade por omissão não está ligada apenas a critérios de tempo, mas também à importância da medida não realizada, indispensável para a aplicação das normas constitucionais.²⁸

²⁷ *Op. cit.*, p. 49.

²⁸FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Controle da Constitucionalidade... p. 31.

As críticas à ação de inconstitucionalidade por omissão residem: na (i) circunstância de não ter sido instituído um Tribunal Constitucional, a exemplo do sistema português; na (ii) impossibilidade do cidadão interpor a referida ação (a exemplo da Alemanha); e, na (iii) timidez referente às conseqüências, posto que em sendo declarada a inconstitucionalidade, a única providência a seguir será a ciência ao Poder competente, a fim de que sejam adotadas as medidas necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, não existindo qualquer efeito em caso de descumprimento.

Por fim, saliente-se que o prazo de trinta dias somente é fixado no caso de órgão administrativo, não havendo qualquer delimitação temporal para o Poder Legislativo elaborar a medida legislativa faltante, podendo, assim, as decisões se perderem com o decorrer do tempo, sem que nenhuma providência seja tomada.

4. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Uma vez concretizadas as considerações acima mencionadas, neste passo, dar-se-á prioridade para uma análise no que concerne à temática proposta.

A controvérsia sobre a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade no bojo da ação civil pública não se constitui novidade e, embora o assunto seja amplamente discutido em nossos Tribunais, ainda existem decisões favoráveis e contrárias sobre a inserção desta causa de pedir nas ações civis públicas.

4.1 DA IMPOSSIBILIDADE DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Aqueles que defendem a impossibilidade de alegar a inconstitucionalidade de lei na ação civil pública, assim o fazem argumentando, principalmente que, em face da eficácia *erga omnes* desta ação, estar-se-ia, obrigatoriamente, visando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal com eficácia *erga omnes* e, logo, usurpando-se a competência do Supremo Tribunal Federal.

Nesta trilha, Gilmar Ferreira Mendes²⁹ assinala que

Tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Hely Lopes Meirelles³⁰ defende, também, a impossibilidade de conter na causa de pedir a inconstitucionalidade da lei; aduz que essa impossibilidade provém da inviabilidade de duas conseqüências alternativas:

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 356.

a) ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão-somente na área de competência do juiz, e, aplicando-se *erga omnes*, cria um Direito Substantivo estadual diferente do nacional e viola a Constituição, que estabelece a unidade do Direito Substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um Direito Específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná; b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo juiz, da função do STF.

A título de ilustração, Hely Lopes Meirelles³¹ cita acórdãos do TARS, que consideraram impróprias as ações civis públicas, contendo pedidos de inconstitucionalidade de lei que aumentou o valor do Imposto Territorial Urbano, além de decisões do Supremo Tribunal Federal que cassou julgamentos de primeira instância e liminares concedidas em ações civis públicas, as quais considerava certas normas inconstitucionais *erga omnes* por haver, verdadeira usurpação da competência da Corte Suprema.

E, mais: em defesa do seu posicionamento, MEIRELLES³² destaca que o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3a. Região, Doutor Homar Cais, igualmente se manifestou pelo descabimento da ação civil pública como substituta da ação de inconstitucionalidade na Sseg n. 1.337.

José dos Santos CARVALHO FILHO³³, também, entende incabível a ação civil pública; aqui, o fundamento jurídico concerne à argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo:

Em nosso entender, não é cabível a ação civil pública nessa hipótese. Na verdade, a argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitada como material incidental em qualquer ação (incidenter tantum), como forma de controle difuso da constitucionalidade, é normalmente admissível nas ações que têm por objeto a proteção de direito individuais. Mas no caso da ação civil pública, em que o objeto visa à tutela de interesses coletivos e difusos, esse tipo de argüição será inadmissível.

³⁰ *Op. cit.*, p.233-234.

³¹ *Op. cit.*, p. 235-236.

³² *Op. cit.*, p. 237.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*, 3. ed. Rio de Janeiro: 2001, p. 86.

A impossibilidade do pedido de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública, segundo CARVALHO FILHO³⁴, reside na circunstância de que à sentença a ser prolatada em ação civil pública, nos moldes do artigo 16 da Lei n. 7.347, possui eficácia *erga omnes* e, de conseqüência, o controle difuso da inconstitucionalidade estar-se-ia convertendo, de forma oblíqua e indevida, em controle concentrado.

Para confirmar tal assertiva, além de se transcrever posicionamento de Arruda Alvim, há que se destacar a posição do Superior Tribunal de Justiça prolatada no Resp. n. 90.406-MG, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRIA, DJ de 4/5/1998, na qual se decidiu pela impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade.³⁵

O Senhor Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Reclamação n. 600-0, em 03 de setembro de 1997, proferiu o seu voto pela impossibilidade da inclusão em sede ação civil pública de pedido de controle da inconstitucionalidade, sob pena de se tornar em um verdadeiro controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, ademais da decisão transcender as partes:

As observações feitas são irrefutáveis. É flagrante a impropriedade da ação civil pública quando o julgamento não prescinde do exame da inconstitucionalidade de um certo ato normativo. O conflito decorre da circunstância do provimento judicial que lhe é próprio ter contornos diversos daqueles ligados a um caso concreto propriamente dito, a uma ação individual. Ora, o controle difuso somente se faz quando se está diante de um caso em que sejam individualizados de forma direta autor e réu, sendo que, por isso mesmo, se diz concreto. Na ação civil pública, busca-se decisão judicial que, segundo a lei que a criou, tem força *erga omnes*, pouco importando a área geográfica, mais ou menos alargada, em que o fenômeno ocorra. Entendendo-se que é apenas a do Estado, em que o tribunal exerce jurisdição, no caso o Estado de São Paulo, passar-se-á a ter norma editada para vigorar no território nacional restrita a certas unidades da Federação, ou seja excluído o Estado em que verificada a jurisdição relativa à ação civil pública. Caminhando-se para a abrangência nacional do que decidido, aí a inconstitucionalidade ganhará contornos daquelas

³⁴ *Op. cit.*, p. 86.

³⁵ *Op. cit.*, p. 87.

proclamadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal no controle concentrado.

A hipótese não se resolve, como visto, a partir da indagação de haver sido, ou não, usurpada a competência do Supremo Tribunal Federal. Inegavelmente, potencializado o aspecto formal em detrimento do fundo, ou seja, a nomenclatura da ação ajuizada - ação civil pública - há de dizer-se da improcedência do pedido formulado nesta reclamação. Ao Supremo Tribunal Federal não cabe julgar a ação civil pública. Ocorre que em jogo está o empréstimo à citada ação, de competência da primeira instância, de conseqüências, embora mitigadas, próprias ao controle concentrado, como se fosse possível chegar-se mediante a troca de nomenclatura, em caso concreto, ao referido controle.³⁶

O supramencionado voto, proferido pelo Ministro Marco Aurélio, foi vencido no julgamento da Reclamação n. 600-0/190, originária do Estado de São Paulo, publicada no Diário da Justiça em 05 de dezembro de 2003, ementário n. 2135-1, cujo teor será examinado no tópico seguinte.

4.2 DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Inicialmente, transcrevemos a ementa decorrente da Reclamação n. 600-0/190 - São Paulo, do Supremo Tribunal Federal que teve como Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA:

EMENTA: - 1. omissis. 2. omissis. 3. omissis. 4. omissis. 5. omissis. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei n. 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento.

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>. > Acesso em 20 de novembro de 2004.

8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei n. 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei n. 7437/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar.³⁷

A ementa acima transcrita reúne os fundamentos daqueles que entendem pela possibilidade de se incluir a causa de pedir de inconstitucionalidade de lei, na forma de *incidenter tantum*, em sede de ação civil pública, ou seja, é viável interpretar que não existe usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal; isso, porque, posto que ele terá possibilidade de analisar a causa, nos termos do artigo 102, III, b da Constituição Federal, pois é perfeitamente plausível, pela via difusa, incluir declaração de inconstitucionalidade na ação civil pública, a fim de dirimir determinado conflito concreto.

Ora, o controle da constitucionalidade realizado quanto à ação civil pública será sempre incidental e difuso, uma vez que a incompatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição será a causa de pedir e o pedido a providência jurisdicional pretendida; assim, o porquê de se pleitear na ação civil pública, frente à inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, a recomposição de dano ambiental ou a retirada de determinado produto (metanol adicionado ao álcool), que possa causar dano à saúde dos consumidores. Destarte, a causa de pedir é o fato de uma norma infringir dispositivo ou princípio constitucional que incide sobre a

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>. > Acesso em 12 de janeiro de 2005.

esfera jurídica de alguém; já o pedido, traduz-se em bem que o autor pretende conseguir por meio desta providência.

Aliás, é certo que a sentença a ser prolatada apresenta vínculo com a solução do litígio concreto e não fará coisa julgada sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, haja vista que nos termos do inciso III do artigo 469 do Código de Processo Civil configura-se como questão prejudicial e foi decidida incidentalmente no processo. Então, natural depreender que a lei ou ato normativo tido por inconstitucional em sede de controle difuso continua existindo no mundo jurídico de maneira válida e eficaz, além de ser aplicável às demais hipóteses, as quais não se constituíram a partir de fundamento do pedido julgado na ação civil pública.

Diante do exposto, não há que se falar em equiparação de efeitos entre a ação civil pública e o controle direto da inconstitucionalidade, pois, neste, de acordo com o que vimos em títulos anteriores, a conseqüência da sentença que reconhecer a incompatibilidade da norma com a Constituição é a comunicação ao Senado Federal, para a paralisação de sua eficácia e a sua retirada do mundo jurídico (Constituição Federal, artigo 52, X).

Dentre os posicionamentos daqueles que defendem a inclusão do fundamento da inconstitucionalidade da lei no tocante à ação civil pública, ressaltamos o de Paulo José Leite FARIA:

Entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública utilizada para o controle de direitos coletivos e difusos há semelhanças que as tornam um processo objetivo, como ressalta o douto Professor e constitucionalista já referido: "a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com o escopo de garantir a tutela do interesse público" (Idem, p. 354). Entretanto, entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, também existem diferenças profundas que não podem deixar de ser reconhecidas.

De fato, como observam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, 2. ed. rev. e ampl. , SP, RT, p. 1403, nota 7), "O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a

declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou Lei de ação pública civil, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei”.

Na ação civil pública, o objeto principal, conforme já ressaltado, é o interesse público, enquanto que, na ação direta de inconstitucionalidade, o objeto principal e único é a declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada material e com eficácia erga omnes.

Na ação civil pública, a inconstitucionalidade é invocada como fundamento, como causa de pedir, constituindo questão prejudicial ao julgamento do mérito. Na ação civil pública, a constitucionalidade é questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi (prejudica) na decisão sobre o pedido referente à tutela do interesse público. É decidida incidenter tantum, como premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença.

Uma vez que a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre os motivos, sobre a fundamentação da sentença, nada obsta que a questão constitucional volte a ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversos. Nesse sentido, é cristalina a legislação processual civil em seu art. 469, verbis:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

(...)

III -- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

A ação direta de inconstitucionalidade é instrumento do controle concentrado da constitucionalidade; por outro lado, a ação civil pública, como todas as ações individuais ou coletivas, mesmo sendo um instrumento de processo objetivo para a defesa do interesse público, é instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

Observe-se, ainda, que, na ação civil pública, a eficácia erga omnes da coisa julgada material não alcança a questão prejudicial da inconstitucionalidade, é de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano. Na ação direta, a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada material erga omnes no âmbito de vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado (nacional ou estadual).

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.³⁸

³⁸ LEITE FARIA Paulo José, Ação civil pública e controle da constitucionalidade. Disponível em <<http://www.legiscenter.com.br>> Acesso em 26 de fevereiro de 2004.

O autor em foco, além destes argumentos defensivos à utilização do controle difuso da constitucionalidade no que tange à ação civil pública, traz à baila um novo fundamento para a sua tese, já que invoca o princípio da eficiência para a utilização da ação civil pública, de modo a dar maior eficácia aos direitos fundamentais

Trata-se, a ação civil pública, de um writ constitucional de efetivação de direitos fundamentais, devendo, nesse sentido, ser aplicado o "princípio da máxima efetividade" na sua interpretação. Conforme assinala J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1993, p. 227): "Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. (...) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Assim, deve-se buscar uma interpretação constitucional que reconheça à ação civil pública o seu relevante papel constitucional de direito-garantia, aquele que instrumentaliza a proteção dos direitos fundamentais. Considerar que na ação civil pública não pode ser tratado o tema controle de constitucionalidade, como questão prejudicial, equivale a minimizar ou mesmo destruir a eficácia desse mecanismo de proteção de direitos fundamentais.

Diante do exposto, deve-se ressaltar a busca de uma interpretação que não prejudique a utilização da ação civil pública na defesa dos direitos coletivos e difusos, nos termos da Constituição Federal, razão pela qual a ação civil pública, como toda ação ordinária, deve poder tratar do controle de constitucionalidade difuso, sem que a decisão proferida nessa questão prejudicial tenha eficácia erga omnes.³⁹

O Superior Tribunal de Justiça, conforme nota de rodapé de CARVALHO PINTO⁴⁰, também, já se posicionou pelo acolhimento da possibilidade de arguição de inconstitucionalidade em ações civis públicas:

Vide STJ, Resp. n.º 49.272-6-RS, 1ª Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, publ. No DJ de 17/10/1994. Além dessa decisão, o mesmo STJ, no Resp. n.º 129.409-MG, 1ª Turma, Rel. o Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, publ. DJ de 21/9/1998, decidiu: *Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público. Incidente de Inconstitucionalidade. O Ministério Público está legitimado para o exercício da ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal, sendo viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade.*

³⁹ LEITE FARIA Paulo José, Ação civil pública e controle da constitucionalidade. Disponível em <<http://www.legiscenter.com.br>> Acesso em 26 de fevereiro de 2004.

⁴⁰ Op. cit., p. 88.

Em sua obra, José Adonis Callou de ARAÚJO SÁ conclui pela possibilidade da ação civil pública ter como fundamento (causa de pedir) a declaração de inconstitucionalidade da lei:

19. A declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma, como questão prejudicial, na ação civil pública como em outra qualquer via processual, não faz coisa julgada, conforme a regra do art. 469, III, do CPC. A decisão na ação direta de inconstitucionalidade possui hoje, além de eficácia erga omnes, também efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, por força da Lei n.º 9.868/99.

20. A sentença proferida na ação civil pública, com fundamento em inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, e que faça coisa julgada erga omnes ou ultra partes não está imune ao exame do Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinária. Vale dizer, mesmo no controle difuso de constitucionalidade no âmbito da ação civil pública ou outra ação coletiva, o julgamento definitivo será do Supremo Tribunal Federal.

21. A decisão em ação civil pública, embora faça coisa julgada erga omnes ou ultra partes, alcançando tão-somente a comunidade titular do interesse lesado, não tem por efeito a retirada, do sistema, da norma tida por inconstitucional no exame da questão prejudicial. Somente com a providência prevista no art. 52, inciso X, do Senado Federal, ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal declarar definitivamente, na via recursal, a inconstitucionalidade da norma ficará suspensa a execução da lei.

(...)

23. O controle difuso de constitucionalidade confere maiores possibilidade de proteção a direitos individuais e coletivos, inclusive em razão da limitação de legitimidade para as vias do controle abstrato de constitucionalidade. No tocante às ações coletivas, como a ação civil pública, acrescenta-se a sua finalidade de permitir a solução de conflitos de interesses metaindividuais, impedindo assim a multiplicação de ações individuais que aumentariam a crise do serviço da Justiça.

24. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, proferida na ação civil pública, ou em qualquer outro instrumento de controle difuso, apenas afasta a aplicação da norma sobre as situações concretas em julgamento, e não prejudica o exame da mesma questão na ação direta de inconstitucionalidade ou na ação direta de constitucionalidade.⁴¹

Para Ada Pellegrini GRINOVER, em artigo publicado na Revista Jurídica 307, em maio/2003, faz-se necessário defender a inclusão na causa de pedir da inconstitucionalidade de lei, aduzindo-se a tal ilação que não existe diferença quanto ao controle difuso nas ações individuais e coletivas:

Na verdade, nas ações coletivas que se fundamentam numa questão de inconstitucionalidade, o controle é evidentemente difuso, nada apresentando de especial em relação ao controle difuso exercido numa ação individual. A questão da constitucionalidade, tanto numa ação coletiva como individual, é colocada como questão prejudicial, a ser enfrentada pelo

⁴¹ SÁ, José Adonis Callou de Araujo. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.159-160.

juiz antes do julgamento da causa, e não faz coisa julgada, nem mesmo entre as partes. O que faz coisa julgada é exclusivamente o julgamento da questão principal, e nenhuma diferença faz que a sentença que passa em julgado tenha eficácia inter partes ou erga omnes.

(...)

Não há, portanto, como afirmar a usurpação da competência⁴² privativa do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por juízes e tribunais que se limitaram ao controle difuso, em que a questão da inconstitucionalidade é apreciada *incidenter tantum*, podendo a ela se voltar em qualquer processo futuro.

João Batista de ALMEIDA, na Revista de Direito do Consumidor 32, defende a alegação, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade de lei na ação civil pública:

Diferentemente, o controle difuso, incidental, no caso concreto, é admitido em toda e qualquer ação, como tal definida no CPC, inclusive na ação civil pública. A diferença é que o magistrado de primeiro grau não declara nenhuma inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, apenas afasta a sua aplicação e decide a causa segundo o seu convencimento. Além disso, a ação civil pública, diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem partes definidas, que buscam bem jurídico concreto, em geral de ordem patrimonial, o que só pode ser conseguido na via ordinária normal, jamais mediante controle direto. Por fim, a questão os efeitos erga omnes da sentença nenhuma influência terá na competência privativa do STF, ao ponto de invadi-la, porque de competência não se trata. A questão é meramente limites subjetivos da coisa julgada.⁴³

E a propósito, Alexander Araújo de SOUZA, em artigo publicado na Revista Forense, apresenta-se convicto da viabilidade quanto ao exercício do controle incidental de constitucionalidade em se tratando de ação civil pública ou coletiva, ressalvando, porém, que tal ocorrência apenas verificar-se-á quando a questão for incluída como causa de pedir e nunca como pedido. Em suma, ele assevera, também, que:

Quando os órgãos do Ministério Público suscitam o controle incidental de constitucionalidade, em sede de ação civil pública ou coletiva, na defesa dos mais relevantes interesses transindividuais, estão os mesmos reafirmando a sua incumbência constitucional de defender o regime democrático.⁴⁴

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Doutrina Cível, *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 307, Maio, 2003. p. 11-12.

⁴³ ALMEIDA, João Batista. Ação civil pública e controle da constitucionalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.32, out. /dez. 1999. p. 14.

Eis que, em síntese e com fulcro nas lições jurídicas dos renomados literários jurídicos acima citados, ademais de contabilizadas, genericamente, as decisões dos Tribunais Superiores de nosso País, é de bom alvitre registrar que é perfeitamente possível o exercício do controle incidental da constitucionalidade quando se trata de ação civil pública, pois este se revestirá de questão prejudicial, antecedente lógico e necessário à decisão de mérito, não havendo, com isso, qualquer usurpação à competência do Supremo Tribunal Federal.

5. CONCLUSÃO

A ação civil pública, quiçá por tratar-se de um forte instrumento de defesa dos direitos da coletividade, continua a gerar polêmica no nosso ordenamento jurídico.

As mais variadas reclamações têm chegado nos Tribunais Superiores, e, conforme visto, não existe unanimidade nas decisões, pois ora eles decidem pela impossibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, mesmo que *incidenter tantum*, ora entendem por essa possibilidade.

O argumento primeiro, contrário à inclusão do controle difuso em sede de ação civil pública, constitui-se na usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle abstrato da constitucionalidade.

Tal argumentação, a qual respeita à usurpação da competência quando do julgamento da ação civil pública, não prevalece, posto que além do permissivo legal do nosso sistema de controle da constitucionalidade, na via difusa, é fato, o Supremo Tribunal Federal poderá examinar a ação, por força do artigo 102, III, b, da Constituição Federal; ademais disso, igualmente, há plena possibilidade dele analisar, em processos futuros, a questão na via de ação direta, uma vez que a lei, tida por inconstitucional, permanece em nosso ordenamento jurídico e somente será expurgada quando houver manifestação do Senado Federal (Constituição Federal, artigo 52, X).

Com respeito às posições adversas, filiamo-nos à corrente doutrinal que defende (na via difusa e em sede de ação civil pública) a inclusão de pedido referente à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo cujo teor ofenda a interesse de terceiros.

Conquanto a pretensão da ação civil pública seja distinta daquela visada pela ação direta de inconstitucionalidade, naquela o controle da constitucionalidade realiza-se de forma incidental - *incidenter tantum* - não havendo, assim, qualquer restrição. Além disso, se é possível o uso da ação civil pública para a tutela de qualquer interesse material e se a ação coletiva pode propiciar a diminuição das ações individuais, não existe argumento plausível para convalidar o afastamento de tal instituto.

Nessa tessitura, ainda, é mister aduzir a ideiação de que não seria crível obrigar todos os interessados a ingressar com ações individuais para restabelecimento de determinada situação envolvendo interesses difusos e coletivos, mas, pior, sobrecarregando o Judiciário, quando existe a possibilidade de se propor uma ação coletiva, *v.g.*, no caso da distribuição e venda ao consumidor de álcool mesclado com metanol, permitida com base na legislação federal, a qual foi objeto da ação civil pública proposta perante a 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro e cujo pedido buscava evitar a efetuação dessa mistura, demais de impedir a distribuição de tal substância em todo o território nacional.

Aliás, neste sentido são os abalizados pareceres de Marco Paulo Cardoso STARLING e Júnia Barroso de OLIVEIRA, os quais crêem que carecem de razão as pretensas limitações da ação civil pública, posto que as nações civilizadas, cada vez mais, estão convencidas quanto às vantagens das ações coletivas:

Não se mostra razoável, assim, algumas severas limitações impostas, pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência, exatamente em um momento histórico-jurídico em que todas as nações civilizadas se convenceram do ideal da composição jurisdicional metaindividual, prestigiando o instituto das class actions como único meio tendente à pacificação dos conflitos de massa, independentemente da origem da pretensão deduzida.⁴⁵

⁴⁵ STARLING, Marco Paulo Cardoso ; OLIVEIRA, Júnia Barroso. Ação Civil Pública.... p. 52.

Por derradeiro, é válido salientar que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, recentemente (setembro/2004), já se manifestou no que tange ao cabimento da ação civil pública como instrumento de controle da constitucionalidade, uma vez que entende não haver usurpação da sua competência, a qual, restritamente, lhe foi conferida pela Constituição Federal:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE".

I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se 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, 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* a constitucionalidade. Precedente."(DJ 08.10.2004, Ementário n. 2167-8 Segunda Turma, STF)⁴⁶

De igual forma, como dito acima, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, também já havia se declarado favoravelmente ao controle de inconstitucionalidade, na via difusa, em sede de ação civil pública, conforme nota 37.

Destarte, deflui-se ser admissível a utilização da ação civil pública para, *incidenter tantum*, pleitear a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a fim de solucionar litígio concreto, não havendo qualquer ilegalidade em relação a tal uso.

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>. > Acesso em 12 de janeiro de 2005.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. Ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.32, outubro-dezembro,1999.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2001.

DELFIN, Ricardo Alessi. **Ação Declaratória de Constitucionalidade e os princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FARIA, Paulo José Leite. **Ação civil pública e o controle de constitucionalidade** disponível em:< <http://www.legiscenter.com.br> >acesso em 26 de fevereiro de 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das leis municipais**. 2.ed. São Paulo: RT. 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Doutrina Cível. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada. **Revista Jurídica**, São Paulo, n.307, Maio, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed., rev e ampl. São Paulo: RT, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 5.ed. rev, ampl e atual. São Paulo: RT. 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENEZES VIGLIAR, José Marcelo. **Ação Civil Pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas [s.n.], 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

STARLING, Marco Paulo Cardoso e OLIVEIRA, Júnia Barroso de. **Ação Civil Pública. O Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**, 2004 disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >, Acesso em 20 de novembro de 2004 e 12 janeiro 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.