



**Universidade de Brasília**

**UnB – Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito - Graduação**

**LEONARDO ARAÚJO SILVA MAGALHÃES**

A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO BOJO DA AÇÃO CIVIL  
PÚBLICA *LATO SENSU*: LIMITES E POSSIBILIDADES DA  
COGNIÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PREJUDICIAL  
À TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS  
HOMOGÊNEOS.

Brasília – DF

2011

**LEONARDO ARAÚJO SILVA MAGALHÃES**

A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO BOJO DA AÇÃO CIVIL  
PÚBLICA *LATO SENSU*: LIMITES E POSSIBILIDADES DA  
COGNIÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PREJUDICIAL  
À TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS  
HOMOGÊNEOS.

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito da  
Universidade de Brasília – UnB.

Orientadores: Prof. Mestre Alexandre Kruehl Jobim e  
prof. Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima.

Brasília – DF

2011

# LEONARDO ARAÚJO SILVA MAGALHÃES

## A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BOJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA *LATO SENSU*: LIMITES E POSSIBILIDADES DA COGNIÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PREJUDICIAL À TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito da  
Universidade de Brasília – UnB.

Orientadores: Prof. Mestre Alexandre Kruel Jobim e  
prof. Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011

Banca Examinadora

---

Prof. Mestre Alexandre Kruel Jobim

---

Prof. Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima

---

Prof. Mestre Tarcísio Vieira *de Carvalho Neto*

---

Mestrando João Telésforo Medeiros Filho

## AGRADECIMENTOS

Agradeço - primeiramente - a Deus, por oferecer-me iluminação, proteção e inspiração em todos os momentos;

Aos meus pais, Adolfo e Vanessa, pelos valiosos ensinamentos e por toda a dedicação;

Ao meu irmão Ricardo, pelos momentos de descontração;

À minha namorada, Júlia, pelo companheirismo, pelo afeto e pelas eternas discussões que tanto acresceram ao trabalho;

Ao professor Alexandre Jobim pela paciência dedicada na orientação;

Aos meus amigos pela compreensão nas minhas ausências e a todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão deste trabalho.

“as viragens de jurisprudência não são correções de equívocos, mas simples mudanças de valoração na consciência jurídica, de resto absolutamente normais, porque toda experiência jurídica é de natureza estimativa e essas oscilações axiológicas ocorrem no âmbito mais geral de valoração da mesma lei”.

Carlos Cossio

## RESUMO

Este trabalho tem o escopo de perquirir a possibilidade e os limites do exercício do controle de constitucionalidade difuso por via incidental em ação civil pública *lato sensu*. Em um primeiro momento, foram discutidos aspectos gerais do microssistema processual coletivo brasileiro e, posteriormente, da sistemática atual do controle de constitucionalidade no Brasil. Toda essa conceituação inicial contribuirá para a discussão da problemática principal, que se centra na abordagem da real natureza da ação civil pública e ação civil coletiva. Para esta análise, utilizou-se de ampla abordagem jurisprudencial e doutrinária, aptas a conferir visão plural ao estudo. Por fim, o trabalho distingue as situações em que o uso da ação civil pública *lato sensu* como instrumento de controle difuso é idônea, daquelas em que é usurpador das competências do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

**Palavras Chave:** Mecanismos de tutela de direitos. Ação civil pública. Ação civil coletiva. Processo concreto. Substituto processual. Coisa Julgada. Controle de Constitucionalidade. Processo objetivo. Usurpação de competência.

## ABSTRACT

This work aims to find the possibility and limits the exercise of constitutional control diffuse through incidental civil action in the broad sense. At first, we discussed general aspects of the Brazilian collective micro procedure and then the current system of constitutional control in Brazil. All this initial conceptualization will contribute to the discussion of the main issue, which focuses on addressing the real nature of civil action and class action. For this analysis, we used a wide doctrinal and jurisprudential approach, able to provide plural vision to the study. Finally, the work distinguishes situations where the use of civil action as a tool to broadly diffuse control is sufficient, those in which it is usurping the powers of the Supreme Court and Courts of Justice of the States.

**Keywords:** Mechanisms of protection of rights. Class action. Concrete process. Replacement procedure. Res iudicata. Judicial Review. Objective process. Usurpation of power.

## ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão  
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental  
Ag – Agravo  
AgRg – Agravo Regimental  
AI – Agravo de Instrumento  
AP – Ação Penal  
AR – Ação Rescisória  
Art. – Artigo  
CC – Código Civil  
CDC – Código de Defesa do Consumidor  
CE – Constituição Estadual  
CF – Constituição Federal  
CPC – Código de Processo Civil  
DJe – Diário de Justiça eletrônico  
DJU – Diário de Justiça da União  
EC – Emenda Constitucional  
ED – Embargos Declaratórios  
LACP – Lei da Ação Civil Pública  
MI – Mandado de injunção  
MS – Mandado de Segurança  
QO – Questão de Ordem  
Rcl – Reclamação  
RE – Recurso Extraordinário  
Rep – Representação  
REsp – Recurso Especial  
RF – Revista Forense  
RI – Representação de Inconstitucionalidade  
RT – Revista dos Tribunais  
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TJ – Tribunal de Justiça  
TRF – Tribunal Regional Federal



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA <i>LATO SENSU</i></b> .....	15
1.1 Antecedentes históricos.....	15
1.2 Mutação paradigmática do sistema de tutela jurisdicional brasileiro .....	17
1.3 As modalidades de proteção coletiva de direito no sistema brasileiro.....	19
1.4 Subsistema do processo coletivo brasileiro.....	22
1.5 Objeto da a�o civil pública .....	24
1.5.1 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: aspectos conceituais distintivos .....	25
1.5.1.1 Situações jurídicas heterogêneas .....	28
1.6 Contornos processuais individualizantes da a�o civil pública <i>stricto sensu</i> e da a�o civil coletiva: tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletivos .....	29
1.6.1 A�o civil pública.....	30
1.6.2 A�o civil coletiva .....	31
1.6.2.1 A reparti�o da atividade cognitiva e a sentença genérica .....	32
1.6.2.2 Liberdade de adesão do titular nas a�es coletiva e litispendência.....	34
1.6.3 Da legitima�o .....	36
1.6.4 Da coisa julgada.....	38
1.6.4.1 O regime de forma�o da coisa julgada e o grau de cogni�o do magistrado....	42
1.6.4.2 A coisa julgada no processo coletivo .....	43
<b>2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO <i>INCIDENTER TANTUM</i> NO BOJO DA A�O CIVIL PÚBLICA</b> .....	49
2.1 Controle de Constitucionalidade no Brasil .....	49
2.1.1 Breve análise evolutiva do sistema do controle de constitucionalidade brasileiro.....	49
2.1.2 Pressupostos, conceitos e legitimidade do controle de constitucionalidade.....	52
2.1.3 Espécies de inconstitucionalidade .....	55
2.1.4 Modalidades de controle de constitucionalidade.....	57
2.1.4.1 A sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro: uma modalidade mista.....	59
2.1.5 O controle judicial de constitucionalidade no Brasil.....	61
2.1.5.1 Controle de constitucionalidade difuso por via incidental .....	62
2.1.5.1.1 Processamento da questão constitucional .....	64

2.1.5.1.2	Análise acerca do recurso extraordinário.....	67
2.1.5.1.3	Efeitos da Decisão .....	70
2.1.5.1.4	A objetivação o controle de constitucionalidade difuso incidente .....	72
2.1.5.2	Controle de constitucionalidade concentrado por via principal .....	76
2.1.5.2.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	78
2.1.5.2.1.1	Da legitimação.....	80
2.1.5.2.1.2	Do objeto .....	81
2.1.5.2.1.3	Dos efeitos da decisão .....	84
2.1.5.2.2	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	88
2.2	Análise crítica das peculiaridades processuais relevantes ao questionamento do controle de constitucionalidade incidental em ação civil pública <i>lato sensu</i> .....	91
2.3	Perplexidades da fiscalização da constitucionalidade em ação civil coletiva.....	102
2.4	A celeuma acerca das delimitações da aferição da constitucionalidade <i>incidenter tantum</i> em ação civil pública <i>stricto sensu</i> .....	111
2.4.1	Entendimentos restritivos ao controle de constitucionalidade no bojo da ação civil pública.....	112
2.4.2	As possibilidades e limites da utilização idônea da ação civil pública como instrumento de controle difuso incidental de constitucionalidade .....	117
2.4.3	Refutação da tese da usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal: paralelo com o controle concentrado no âmbito estadual .....	134
2.4.4	Processamento da questão constitucional via ADPF: um meio de apaziguar as soluções conflitantes .....	140
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	144
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	151

## INTRODUÇÃO

Haurido em 1973 sob perspectiva de sistematização legal de resolução de conflitos humanos interindividuais, o Código de Processo Civil em vigor reflete o momento em que os litígios resumiam-se basicamente às demandas “*Mévio versus Tício*” de uma sociedade individualista, patriarcal e conservadora cuja preocupação principal, em termos de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito, recaía sobre o patrimônio.

O ciclo de reformas operadas no direito brasileiro a partir da década de 80, acelerada com a tábua axiológica da Constituição de 1988, produziu mudanças profundas não apenas no Código de Processo Civil, mas no próprio sistema processual constitucional. Ficou claro que o princípio da segurança, basilar na codificação de 1973, foi minimizado em face dos novos valores constitucionais, como o da efetividade do processo, que para ser alcançada supõe a facilitação do acesso à justiça e a prestação de tutela.

Grandiosa consequência dessas mudanças teleológicas foi que a estrutura do antigo sistema, formatada para atender a demandas entre partes determinadas e identificadas em conflitos tipicamente individuais, foi enriquecida com a agregação de instrumentos destinados à tutela de direitos coletivos *lato sensu* e à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Estes direitos são os dois grandes domínios do processo coletivo, que precisam ser bem conceituados e delimitados para a correta compreensão das suas implicações processuais, que peculiarizam o processo coletivo frente ao processo individualista. Dentro do complexo de instrumentos que compõe o gênero processo coletivo, este trabalho deter-se-á especificamente a um plexo daquele, correspondente à ação civil pública e à ação civil coletiva.

Em plano paralelo, concomitante a essas grandes mudanças paradigmáticas no direito processual civil, a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil também passou por grandes transformações. Até então, o controle de constitucionalidade brasileiro, unicamente difuso incidente, resumia-se a aferição da constitucionalidade pelo caso concreto, ou seja, como incidente do processo individualista do tipo “*Mévio versus Tício*” para solver o litígio individualizado. Foi a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 um dos grandes marcos dessas transformações, pois introduziu, ao lado da representação interventiva e segundo seu modelo, um sistema de controle abstrato de constitucionalidade de normas perante o STF.

Como será explicado, tal instrumento de controle abstrato originou-se na representação interventiva, por isso foi denominado representação de inconstitucionalidade. Este instrumento destinava-se à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, tendo como legitimado único o Procurador Geral da República. A legitimação unitária causou intensas discussões sobre a discricionariedade do legitimado, que culminou no outro grande marco modificador da sistemática de controle de constitucionalidade: a Constituição Federal de 1988.

Por obra do poder constituinte originário, a referida Constituição “reduziu o significado do controle de constitucionalidade difuso ou incidental, ao ampliar de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1054). Posteriormente, com seu poder de reforma, especificamente, por emendas constitucionais, o poder constituinte derivado ampliou largamente os mecanismos de controle abstrato de normas. Nesse mesmo sentido, juntamente com o poder reformista derivado, atuou o poder regulamentador do legislador ordinário, a partir de reservas legais qualificadas na Constituição. Tudo isso culminou na implementação dos demais mecanismos de tutela da ordem jurídica: ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O resultado disso é que quase todas as controvérsias constitucionais relevantes podem ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. No hodierno quadro sistêmico do controle judicial de constitucionalidade brasileiro, mostra-se privilegiado o controle concentrado principal de constitucionalidade, para tutelar, independente de casos concretos, o ordenamento jurídico.

Postas estas novas conjunturas teleológicas, tanto do processo civil constitucionalizado, como da nova disposição da fiscalização da constitucionalidade brasileira, emerge a discussão da idoneidade da ação civil pública *lato sensu*<sup>1</sup> como instrumento de controle de constitucionalidade. Trata-se de verdadeiro encontro de águas, ou melhor, verdadeiro limbo entre os modelos difuso e concentrado, componentes do modelo misto de controle judicial de constitucionalidade brasileiro.

Dentro dos limites dessa sistemática constitucional hodierna, a grande questão é perquirir os limites de atuação dos juízes no exercício do controle difuso incidental em sede ação civil pública *lato sensu*, gênero fruto da nova onda de efetividade do processo

---

<sup>1</sup> Desde logo, ressalta-se que esse gênero *lato* abarca a ação civil pública *stricto sensu* e a ação civil coletiva, que serão aprofundadas oportunamente.

civil e posteriormente garantida na Constituição de 1988. A problemática a ser solucionada consiste em encontrar esses limites, para que não se usurpe inconstitucionalmente a competência exclusiva atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça dos Estados no exercício controle principal concentrado.

A ação civil pública *lato sensu* insere-se nessa controvérsia por conta de suas peculiaridades processuais. No caso da ação civil pública *stricto sensu*, é a própria natureza dos direitos transindividuais tutelados que será determinante, pois são indivisíveis e de titulares indeterminados. Quanto à ação civil coletiva, a natureza do direito material tutelado não difere daqueles integrantes das demais demandas de cunho individualista. O que realmente a insere na problemática é a natureza institucional abrangente de alguns direitos individuais homogêneos que podem ser seu objeto, como matérias tributárias previdenciárias, por exemplo.

As peculiaridades processuais mais relevantes para o tema consistem, grosso modo, em dois aspectos: o modo de atuação desprendido de situação subjetiva própria do substituto processual, que leva alguns a compararem, *mutatis mutandis*, à atuação dos legitimados nas ações diretas; e a amplitude da eficácia subjetiva da sentença, culminando na coisa julgada com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*. Esta última peculiaridade é bastante intrincada, pois há vozes que pronunciam a aproximação da ação civil pública de um processo objetivo, todavia, não parece ser esta conclusão muito acurada, como se demonstrará.

Essas características fazem surgir a referida discussão, porquanto alguns consideram tal ação com caráter objetivo, semelhantemente a uma típica ação direta. Diante dessa premissa, entendem-na capaz de usurpar as competências do STF, conquanto, teoricamente, se atenda por uma ação de via concreta.

Será basilar demonstrar a insubsistência dessa tese de aproximação da ação civil pública com um processo objetivo, especialmente a espécie *stricto sensu*. Assim feito, estarão fortemente esvaziados todos os demais argumentos, pois têm como premissa tal equiparação, como, por exemplo, a tese da usurpação de competência.

No entanto, ressalte-se, mesmo que se firme o caráter concreto das ações civis públicas, parece isso não pode significar sua utilização ampla e irrestrita. A análise possui implicações outras, pois há casos que tais procedimentos podem funcionar como verdadeiros instrumentos de controle abstrato, em função da subversão pelos jurisdicionados do instrumento coletivo, como se especificará no decorrer do trabalho. Nesse sentido, devem ser traçados os limites e possibilidades do controle de constitucionalidade incidental,

perquirindo as condições e requisitos para uso idôneo destes, para que se evite abusos patológicos à ordem constitucional.

Expostos esses elementos de conceituação, mais do que uma discussão meramente acadêmica, fica clara a importância de pensar acerca das condições de uso das ações civis pública e coletiva, diante da atual realidade de uma sociedade de massas. Seria temerário haver denegação de um instrumento, porque possibilitaria amplo acesso à atividade jurisdicional com maior eficácia. Mais do que isso, tal obstação iria de encontro ao paradigma da maximização da efetividade jurisdicional.

Meio a este contexto de maior demanda ao judiciário e a crescente necessidade de efetividade, torna-se retrogrado obstar, absolutamente, mecanismos que possibilitem a concretização dessa orientação paradigmática. Aparece, pois, a figura processo coletivo na condição de um subsistema bem definido no processo civil, regido por normas e princípios próprios e munidos de instrumentos vários para tutelar direitos coletivos e prestar tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Não é por outro motivo que é fundamental o estudo do tema, uma vez que a moldagem desses meios processuais à realidade constitucional exige cuidados conceituais e teóricos. Conquanto haja esta problemática, o processo coletivo revela-se como um instrumental dos mais avançados e sofisticados em relação aos seus congêneres, pronto para servir à sua causa. Em vista disto, impensável é o amesquinamento de sua aplicabilidade na seara do controle de constitucionalidade, como alguns doutrinadores intentam.

Obviamente, não se pode subverter toda a sistemática da jurisdição constitucional brasileira, porém, necessário é um relacionamento dialógico entre os elementos do tema em questão. Este é objetivo central da abordagem do tema nesse estudo, que consiste em contribuir para construção de entendimento que seja harmônico com a sistemática imposta pela Constituição na tutela ao ordenamento jurídico, traçando uma interlocução otimizada entre o modelo difuso e concentrado.

O respeito à Carta Magna consiste não só na defendida preservação da amplitude nela consignada ao exercício do controle difuso, o que não seria observado, caso prevaleça a tese da ação civil pública como processo objetivo. Igualmente, esse acatamento à Constituição restaria violado se houver abuso na utilização do instrumento concreto para obtenção, por vias transversas, de declaração de inconstitucionalidade, com efeitos semelhantes aos das ações diretas.

A delimitação do uso constitucionalmente harmonioso destes instrumentos coletivos para efetivação do controle difuso incidente é fundamental para que os

jurisdicionados tenham conhecimento para o correto manuseio do processo coletivo. Mais do que isso, a maior importância na estabilização da controvérsia do tema recai sobre a atuação dos magistrados. Caso haja má fé do litigante, com fins a subverter a sistemática constitucional, seria bastante mais produtiva a imediata identificação dessa patologia, para inadmitir a arguição de inconstitucionalidade, ou até mesmo extinguir o próprio processo coletivo, a depender do desvirtuamento, como se tratará.

A cognição do tema para os objetivos propostos ensejam a opção pela linha metodológica de sentido jurisprudencial. Por essa linha, metodicamente, procede-se a dialética entre o sistema, representado, no caso, pela sistemática constitucional do controle concentrado principal de constitucionalidade e o difuso incidental, frente ao problema. Este consiste na possibilidade do exercício do controle difuso em sede instrumentos de processo coletivo, sem subversão sistêmica.

Dessa linha metodológica, a vertente adequada para tal é a jurídico-dogmática, por considerar o Direito como metodologicamente auto-suficiente, de forma a trabalhar preponderantemente com elementos internos do ordenamento jurídico. Todo o *iter* cognitivo referido estará imerso em um universo de entendimentos doutrinários diversos, sem descuido da visão do direito pela instância extraordinária, especialmente pelos entendimentos jurisprudenciais mais recentes do Supremo Tribunal Federal. Parece que esta metodologia de pesquisa possibilita o alcance de uma solução credenciada pela pluralidade argumentativa.

O trabalho será dividido em dois capítulos, para alcançar o deslinde das possibilidades de efetivação de controle difuso incidente em ações coletivas *lato sensu*, dentro da problemática teórica exposta. Em um primeiro momento, será traçada conceituação geral dos institutos componentes do processo objetivo, distinguindo os direitos transindividuais e individuais homogêneos. A partir disso, serão traçadas as diretrizes essenciais dos procedimentos o que os tutelam: respectivamente, ação civil pública e ação civil coletiva.

No segundo capítulo, em um primeiro momento, será trabalhado o controle de constitucionalidade brasileiro, com as distinções basilares de suas modalidades. Depois, procederá a uma análise crítica das peculiaridades processuais das ações coletivas em tela, para fazer um contraponto com o processo objetivo. Esta é a diferenciação mais relevante, porquanto, a partir de seu deslinde, em um segundo momento, é que serão perquiridas as reais possibilidades e os limites da utilização da ação civil pública e ação civil coletiva como instrumentos de controle difusos de constitucionalidade.

# 1. ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA *LATO SENSU*

## 1.1 Antecedentes históricos

Há o entendimento que a origem dos instrumentos do processo coletivo, precisamente tutela coletiva de direitos, remete-se à experiência inglesa no sistema da *common law*, conforme sinaliza Aloísio Mendes (2002, p. 43). Nessa perspectiva, aponta-se ao século XVII a existência de um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual, invariavelmente, os sujeitos interessados, lê-se titulares da relação jurídica material, devem participar do processo. Dessa forma, “representantes” de determinados grupos de indivíduos atuavam em nome próprio, porém, demandando interesses dos representados. Para Tucci (1990, p.11), essa experiência, ao lado da maioria doutrinária, determina o nascimento da *class action*, ou melhor, do que viria ser assim conhecida.

Conquanto incipiente até então, certamente esta antiga experiência das cortes inglesas foi gênese da moderna *class action*, aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* e de sua reforma em 1966, especialmente a partir de 1938. O resultado foi sua transformação em um importante método de tutela coletiva absolutamente novo, comparado aos seus antecedentes históricos. Adverte Benjamin (1995, p. 96) que a *class action* atua majoritariamente na seara dos direitos individuais homogêneos, conseqüentemente, é procedimento destinado a tutela coletiva de direitos, não a tutela de direitos coletivos, distinção posteriormente abordada.

O procedimento consagrado por ela admite que um ou mais membros de uma classe demandem em favor dos interesses da totalidade de seus membros, observadas quatro condições: inviabilidade de litisconsórcio ativo dos interessados; haja pontos controvertidos de fato ou de direito comuns a classe como um todo; pretensões e defesas tipicamente de classe; finalmente, estejam os demandantes em condições de atuar eficazmente na defesa dos interesses da classe.

Acerca das três grandes espécies de pretensões demandáveis pelo procedimento em tela, as normas federais nos Estados Unidos admitem três modalidades de *class action* para as quais são estabelecidos requisitos específicos diversos. “A primeira é utilizada para as hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de decisões contraditórias, ou ir de encontro aos interesses de outros membros da classe” (BARROSO. 2007, p. 49), o que assemelharia ao litisconsórcio unitário pátrio. Logo, não



seria possível algum interessado pretender a exclusão dos efeitos da decisão, na expressão em inglês, não poderiam proceder ao *opt out*.

O segundo tipo, que se aplica a situações de condutas inadequadas à classe, faz nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer ou não fazer. “São os casos relacionados com os *civil rights*, sendo a decisão judicial uma *injunction* ou um *declaratory relief* – a proibição ou a imposição de determinada conduta” (BARROSO. 2007, p. 50), não se prestando este tipo de ação de classe a pedido de indenização e, igualmente, não se mostra possível a um membro da classe eximir-se dos efeitos do julgado (*opt out*).

Finalmente, a mais comum ação de classe americana é conhecida como *class action for damages*, cujo procedimento possui exigência de notificar todos os interessados pelo correio. Com isso, possibilita-se aos interessados requererem sua exclusão (*opt out*). A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão.

A importância de descrever a *class action* norte-americana revela-se por haver inúmeros pontos de contato com as ações coletivas brasileiras, que, certamente, sofreram bastante influência daquelas. Considerando que o Brasil foi colônia de Portugal, por conseguinte, o sistema jurídico pátrio filia-se a tradição romano-germânica, tendo sofrido a influência predominante da cultura jurídica da Europa continental. Entretanto, recentemente, como em boa parte dos países ocidentais, ampliou-se e aprofundou-se a influência do direito norte-americano, que se refletiu inclusive no surgimento do processo coletivo no Brasil. Por outro lado, no plano do direito público, especialmente do direito constitucional, deve-se registrar, também, a incorporação de idéias e doutrinas originárias do direito alemão, com destaque para a produção do Tribunal Constitucional Federal<sup>2</sup>.

Tornou-se manifesta nessa assimilação que as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo apontam no sentido de uma rota de progressiva aproximação. Nos “países da tradição *common law*, onde o direito tem origem predominantemente costumeira e se baseia, sobretudo, nos precedentes judiciais, tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do direito legislado, além da flexibilização dos precedentes” (BARROSO. 2007, p. 35). No outro extremo, nos países de tradição romano-germânica, nos quais a legislação é a principal fonte de direito, os

---

<sup>2</sup> No mesmo sentido afirma Gilmar Mendes, apesar de sua observação referir-se aos modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A convergência dos mecanismos e institutos jurídicos dá-se pela crescente valia reservada ao direito comparado, de forma a assimilar as experiências bem sucedidas dos outros países. No caso dos mecanismos de controle de constitucionalidade, “foram desenvolvidos a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas ainda divididos em modelo difuso e modelo concentrado, ou sistema americano e sistema austríaco ou europeu. (...) è certo por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referências procedimentais e pragmáticas.” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p.1007)

precedentes judiciais têm merecido progressivo destaque<sup>3</sup>. Além disso, a argumentação com base em cláusulas abertas e em princípios – categorias que integram o interprete ao processo de criação do direito – incorporou-se à prática de juízes e tribunais. Nessa perspectiva, as aproximações e distanciamentos dos mecanismos de tutela coletiva dos direitos na ordem jurídica brasileira em relação à *class action* do direito norte-americano serão objetivamente estudados, porquanto não integram o desiderato primário da obra.

## 1.2 Mutação paradigmática do sistema de tutela jurisdicional brasileiro

Parece indubitável que com o “advento da Lei 7.347/85, denominada Lei da A o Civil Pública, surge o primeiro marco histórico no Brasil do movimento mundial sobre a coletiviza o do direito processual” (ALMEIDA. 2010, p. 242), resultado da preocupa o dos países de *civil law*, no caso o Brasil, de adequar seu sistema processual tradicional   nova realidade retratada como a segunda onda renovatória do acesso   justiça, conhecida como a representa o em juízo dos direitos difusos e coletivos<sup>4</sup>.

Isso foi observado em fun o da tomada de consciência dos meios sociais mais esclarecidos acerca da inadiável necessidade de operacionaliza o, “principalmente, da preserva o do meio ambiente e da defesa do consumidor, constituindo estes, portanto, apesar de não exclusivamente, o ponto de partida para o movimento reformador” (ZAVASCKI. 2009, p. 27). Parece que a consciência acerca dos bens e direitos de valor artístico, est tico, histórico, turístico e paisagístico foi igualmente força motriz, conforme explicitavam os

<sup>3</sup> No caso do Brasil, a mudança de mentalidade referida não se manifesta apenas pela maior relevância depositada na jurisprudência, embora essa mudança já seja notável. Muito além, houve edi o de normas que criaram “mecanismos de fortalecimento dos precedentes, sendo de se destacar dois. Os tribunais em geral podem editar sumulas, que – embora não sejam de observância obrigatória pelas instancias inferiores – produzem mais do que efeitos meramente indicativos. O art. 557 do Código de Processo Civil, alterado em 1998, passou a permitir que o relator negue de plano seguimento a recurso fundado em tese contrária a sumula do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, permite-se também a reforma monocrática de decisão manifestamente em confronto com os mesmos parâmetros. No caso do Supremo Tribunal Federal, recente emenda constitucional (EC n  45, de 08.12.04) veio permitir a edi o de sumulas com efeitos propriamente vinculantes, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo. Os enunciados podem firmar orienta o sobre a validade, interpreta o ou eficácia de normas determinadas, sempre envolvendo matéria constitucional. O novo mecanismo foi cercado de formalidades especiais: as sumulas devem versar sobre questão em que haja controvérsia entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administra o Pública. Alem disso, para a aprova o de enunciado exige-se a manifesta o favorável de dois terços dos ministros da Corte, após reiteradas decisões sobre a matéria” (BARROSO, 2007, p. 35).

<sup>4</sup> Depois de despontarem os direitos fundamentais de segunda gera o, ou direitos   presta o, impondo presta es positivas, e não apenas direitos de defesa ou negativos, representativos dos direitos fundamentais de primeira gera o, ganhou realce o princípio da igualdade de fato. Conseqüentemente, não   por outro motivo que os chamados direitos sociais ligam-se a reivindica es de justiça social, tendo por titulares, em sua maioria, indivíduos singularizados. Houve a conseq u ncia  bvvia de aumento da demanda jurisdicional do Estado com o maior número de direitos dos cidadãos face ao estado; e além, a própria melhoria das condi es do indivíduo permitiu melhor discernimento acerca dos limites da sua esfera jurídica, bem como de acionar o judiciário para mantê-la intacta.

Posteriormente, surgiram os direitos de terceira gera o, inerente   segunda onda renovatória, que “se peculiarizam pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que   concebido para a prote o não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos.” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 234).

limites de atuação da redação original da Lei nº 7.347/85, que regulamenta o mecanismo coletivo.

Tornou-se cediça à época a quase absoluta inaptidão dos meios processuais tradicionais para fazer frente a esses novos conflitos, que, particularmente, transcendiam a figura do indivíduo. Isso ocorria porque

o processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito dos seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos. (CAPPELLETTI; GARTH. 1988, p. 50)

No final dos anos 70 sobrepujava-se verdadeira revolução dentro do processo civil, por conta da referida inaptidão dos mecanismos processuais tradicionais. A reação a esse gargalo foi, certamente

o segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diverso daquele dos pobres. Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reforço é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área de assistência jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH. 1988, p. 49)

Parece ser de clareza meridiana que a Lei da Ação Civil Pública, produto de pressões das novas demandas sociais, veio a preencher importante lacuna no sistema de processo civil brasileiro, que somente contava com a legislação da ação popular, e transmutou o paradigma do sistema de tutela jurisdicional individualizado para a perspectiva coletivizada, até então incógnita. Muito além, “inaugurou autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais” (ZAVASCKI. 2009, p. 30).

Todo o dito foi confirmado na Constituição de 1988, porquanto consagrou, em estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual<sup>5</sup> e, concomitantemente, os instrumentos para a tutela processual<sup>6</sup> desses novos direitos, o que demonstra cabalmente a irreversível mudança paradigmática aludida supra.

<sup>5</sup> Sobre a tutela material no bojo da Constituição, dispõe-se do direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225), proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII), a probidade administrativa (art. 37, §4º), proteção ao patrimônio cultural (art. 216), que revelam o enquadramento como garantia constitucional destes direitos difusos de terceira geração.

<sup>6</sup> Quanto aos instrumentos constitucionais processuais desses novos direitos, pode-se citar a legitimação do Ministério Público na atribuição de promover o inquérito civil público e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e, de forma bem abrangente, outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III); e houve alargamento do âmbito de atuação da ação popular (art.5º, LXXIII), cujo objeto passaria a abranger a moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e popular.

### 1.3 As modalidades de proteção coletiva de direito no sistema brasileiro

Dentre os países da *civil law*, conforme Zavascki (2009, p. 30), merece razão a afirmativa que o legislador brasileiro protagonizou de modo mais profundo e rico a revolução mencionada acerca de institutos de tutela coletiva, o que significou profundas reformas no sistema processual em sua estrutura original.

Pode-se afirmar que houve duas grandes ondas reformistas. Começando pela mais atual, a segunda onda, objetivamente, como resultado da universalização do instituto da tutela antecipada, passou a classificar as tutelas jurisdicionais<sup>7</sup> em (I) definitiva, ressaltando o princípio da segurança jurídica, é formulada à base de cognição exauriente, sendo seu dispositivo alcançado pela coisa julgada material; e (II) tutela provisória, entendida como concedida por juízo de verossimilhança, à base de cognição sumária e precária, privilegiando o princípio da efetividade do processo.

A tão citada primeira onda de reformas, relativa à implementação dos institutos de processo coletivo, em função das grandes transformações observadas, permitiu a classificação dos mecanismos de tutela de direitos em três grandes grupos, consoante ensina Zavascki (2009, p. 21): (I) mecanismos processuais para a tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos: (I.a) naqueles destinados a tutelá-los individualmente pelo próprio titular, disciplinado basicamente pelo Código de Processo Civil, e (I.b) os designados a tutelar coletivamente direitos individuais, em regime de substituição processual; (II) mecanismos processuais para tutela de direitos transindividuais, que abarcam os direitos difusos e coletivos, tutelado, igualmente, em regime de substituição processual ; e (III) instrumentos para a tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada, consubstanciados nos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Substancialmente idêntica é a classificação de Barroso, considerando haver dois grupos de mecanismos distintos de proteção coletiva dos direitos na ordem jurídica, cuja

---

<sup>7</sup> A classificação tradicional liebmaniana das tutelas jurisdicionais (conhecimento, execução e cautelar) do Código de Processo Civil não foi relegada, apesar de minimizada, mas convive com a nova classificação que abarca critérios diversos, por conseguinte, coexistem simbioticamente, tendo cada uma sua utilidade.

Como se observou com as ondas reformistas do CPC, não prevaleceu a visão de Liebman (1985, p. 162), segundo o qual a única classificação legítima e importante acerca do provimento pretendido é a que, conforme afirma, classificada as diversas ações para alcançar o provimento pretendido em ação de conhecimento, ação de execução e ação cautelar. Com base nessa classificação, facilmente se observa a influência liebmaniana sobre a classificação tradicional do Código, que, ao contrário do afirmado por Liebman, perdeu importância com a tendência sincretista do processo civil.

Atualmente, quanto a execução, conforme expressa Dinamarco, “quando o título é judicial é produzido por juiz brasileiro, agora temos sempre um só processo que contém sucessivamente as atividades inerentes à cognição [...] e as atividades inerentes à execução por título judicial, ou cumprimento da sentença.” (DINAMARCO. 2009.d, p. 48); no campo da cautelar, mostra-se possível cautelares incidentais ao procedimento cognitivo, por meio da fungibilidade autorizada pelo artigo 273, §7º do CPC. Tudo isso reflete a perda relativa da delimitação tradicional da classificação liebmaniana.

classificação mostra-se embasada pela imediaticidade ou mediaticidade da proteção aos direitos individuais:

o *primeiro* deles congrega as ações de controle de constitucionalidade por via de ação direta que, embora não se destinem de forma *imediate* a proteção de direitos subjetivos, prestam-se a esse fim em muitas ocasiões, daí poder-se considerá-las uma modalidade excepcional de tutela coletiva. No *segundo* grupo, estão as diferentes possibilidades de ações por meio das quais é possível veicular pretensões subjetivas em caráter coletivo.” (BARROSO. 2007, p. 38)

Apesar de assemelhada, quanto ao segundo grupo, a concatenação proposta por Zavascki (2009) é mais precisa, já que, conforme se estudará infra, os direitos transindividuais não são tutelados coletivamente como os individuais homogêneos, porque sua própria essência é coletiva *lato sensu*. Destarte, enquanto os primeiros são materialmente coletivos; os segundos, processualmente.

Conquanto aparente repulsa finalística com o evidente caráter individualista sobre o qual assenta as disposições do Código de Processo Civil, não parece haver nenhum óbice de se enquadrar os direitos transindividuais, acerca de sua tutela pelo judiciário, como sendo inserto nesse clássico conceito liebmaniano de função jurisdicional, adotado pelo Código Instrumental.

Para ele, “jurisdição é a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” (LIEBMAN. 1985, p.7), visão bastante próxima de Calamandrei, para quem o caráter da função jurisdicional é a sua finalidade, que é “fazer observar o direito objetivo em seus preceitos individualizados” (CALAMANDREI, 1986, p.178 *apud* ZAVASCKI. 2009, p. 50). O fato de não ser possível determinar e individualizar o demandante nos direitos coletivos *lato sensu* não obsta a existência da situação fática a qual incidirá a norma abstrata, culminando, pois, na norma concreta.

Por conseguinte, incontestemente é a inserção da tutela jurisdicional de direitos transindividuais no conceito de jurisdição supra<sup>8</sup>, uma vez que individualizada é a norma concreta, em contraponto à norma objetiva, de incidência abstratamente determinada. Este

<sup>8</sup> Invariavelmente, não há como discordar que os conceitos de Liebman e Calamandrei sobre jurisdição foram elaborados meio a um conjunto amostral composto unicamente de lides individualizadas e estabelecidas entre pessoas identificadas ou identificáveis. Em perspectiva similar, Chiovenda entende que “jurisdição seria a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-lo, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA. 1968, p.3 *apud* ZAVASCKI. 2009, p. 50), mostrando similitude conceitual, ou seja, imerso na seara do processo individualizado. Não há dúvidas disso, porém, esses conceitos, mesmo que involuntariamente, não excluem a interpretação da possibilidade de abranger direitos transindividuais, estes, subjetivamente, de titulares indeterminados e, materialmente, indivisíveis, porque, apesar dessas características, há uma situação fática de plano de fundo. Essa situação fática que propiciará a incidência da norma abstrata, obtendo-se a norma concreta. Além do mais, ao contrário do controle abstrato de constitucionalidade, mesmo que indeterminados os titulares, há parte processual, o substituto processual, e parte material, representada pela coletividade.

enquadramento é de extrema utilidade na análise da questão do controle de constitucionalidade difuso no bojo do procedimento coletivo.

No âmbito da conceituação de jurisdição presente no CPC, mostra-se incabível atrelar natureza jurisdicional da função de controle de constitucionalidade concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o tribunal:

processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados. (BRASIL. STF. ADC nº 1. Rel. Min. Moreira Alves, 1993. RTJ 157/382)

Essa conclusão, ao que parece, tem-se por consolidada quando se utiliza o referido parâmetro de jurisdição. Todavia, se é dada outra semântica mais abrangente à palavra jurisdição, é aceitável a consideração de tratar-se de função jurisdicional constitucional a decisão acerca da constitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, como propõem os supracitados doutrinadores<sup>9</sup>.

Na perspectiva dos autores, as decisões em controle concentrado de constitucionalidade constituiriam poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente ou mediamente, direitos subjetivos individuais, haja vista a eficácia *ex tunc* das sentenças dessa seara, no aspecto material, e *erga omnes*, em sua dimensão subjetiva. Por essa razão, consideram-na instrumentos, mesmo que mediatos, de tutela coletiva de direitos, o que parece inegável sob esta perspectiva. Partindo dessas premissas ampliativas, a jurisdição constitucional, entendida, grosso modo, como a aplicação da Constituição pelos juízes de forma direta ou indireta, pode ser entendida como atividade jurisdicional, pois, mesmo que reflexamente, irá tutelar situações concretas.

Igualmente posicionado a favor do caráter jurisdicional exercido pelas cortes constitucionais em controle abstrato de constitucionalidade, Mendes (2009, p. 106) acentua que tanto a Corte Constitucional alemã como o STF somente atuam sobre provocação. Mostra-se evidente que se trata do princípio do pedido (dispositivo), essencial para que seja acionada a jurisdição constitucional, de modo que dele depende a qualificação do órgão decisório como um tribunal. Adotada pelas cortes constitucionais brasileira e alemã,

---

<sup>9</sup> Na mesma linha de Barroso, Zavascki (2009, p.50) entende que as decisões em controle concentrado possuem natureza jurisdicional, já que, a significância de jurisdição abrange também a finalidade de dar proteção à ordem jurídica, independentemente da consideração de um específico fenômeno de incidência e de surgimento de situações jurídicas concretas. Além da eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, como mencionado, indiretamente, possui a eficácia de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência de direitos subjetivos individuais.

a forma judicial constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político. Enquanto o parlamento pode decidir livremente quando determinada matéria será disciplinada por lei, ao *Bundesverfassungsgericht* [igualmente ao STF] é vedado tomar iniciativas próprias (MENDES. 2009, p. 107).

Adverte-se, porém, que não convém à objetividade do trabalho ater a essa controversa questão conceitual, porque pouco contribuirá para resolução da problemática proposta. Conseqüentemente, mais apropriado é explicitar o âmbito normativo dos referidos mecanismos de tutela coletiva de direitos individuais e mecanismos de tutela de direitos transindividuais, sendo o tema do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional abordados detidamente em momento próprio.

#### **1.4 Subsistema do processo coletivo brasileiro**

Como cediço, a ação popular foi a primeira construção processual coletiva no ordenamento brasileiro, previsto atualmente no artigo 5º, LXXXIII da Constituição Federal e na Lei 4717/65, com ampliação de objeto pela Lei 6513/77. Desse plexo normativo, hodiernamente, viabilizou-se a qualquer cidadão a possibilidade de tutela anulatória de ato lesivo a bens e interesses difusos, os quais se circunscrevem ao patrimônio público<sup>10</sup> ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Apesar da relevância incontestada da ação popular, foi a Lei 7437/85 que preencheu a lacuna do direito processual brasileiro, ao regulamentar a ação civil pública<sup>11</sup>. Trata-se de um procedimento especial com fins a promover unicamente a tutela de direitos e interesses transindividuais, semelhantemente à ação popular, cujo procedimento muito se aproxima desta. Entretanto, “apesar da variedade de previsões específicas de ações civis públicas mencionadas, todas essas variantes seguem, essencialmente, a linha procedimental adotada pela Lei 7437/85, aplicando-se esta subsidiariamente àquelas, logo, apropriado denominá-las igualmente ação civil pública” (ZAVASCKI. 2009, p.53)

Posteriormente, conforme Almeida (2010, p. 243), o advento do Código de Defesa do Consumidor também é um momento histórico especial, pois a Lei 8078/90, ao

<sup>10</sup> Patrimônio público impõe ser entendido como aqueles bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, consoante a modificação ampliadora do objeto da ação popular implementada pela Lei 6513/77 ao §1º do artigo 1º da Lei 4717/65.

<sup>11</sup> Como cediço, variantes de ações civis públicas foram instituídas para tutelar, especificamente, direitos e interesses transindividuais: Lei 7853/89 relativa à pessoas portadoras de deficiência física; Lei 8069/90, que disciplina direitos e interesses coletivos e difusos das crianças e dos adolescentes; o próprio Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (Lei 8078/90), este, além de tutelar os direitos individuais homogêneos, tratam dos direitos coletivos lato sensu dos consumidores; ainda o Estatuto do Idoso (Lei 10741/03), dentre outros.

inserir na lei 7437/85 o artigo 21, segundo o qual se aplica o Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais do CDC, criou-se um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum. Destarte, ocorreu perfeita simbiose entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, sendo a aplicabilidade integral e conjunta, não meramente subsidiária. Configura esse amalgama normativo um conjunto de normas processuais coletivas gerais do sistema jurídico brasileiro.

Bem observa Almeida (2010, p.242), foi a Constituição, em seu art. 129, III, que protagonizou a grande mudança paradigmática do sistema da tutela coletiva, pois rompeu a taxatividade do objeto material da ação civil pública. Destarte, a defesa por ação civil pública pode se dar em relação ao meio ambiente, patrimônio público e social e “outros interesses difusos e coletivos”, segundo o referido dispositivo constitucional. Inaugura-se o princípio da não taxatividade do objeto material da ação civil pública. Em virtude desse novo paradigma constitucional, houve a inserção do inciso IV ao artigo 1º da Lei 7437/85 pelo artigo 110 do CDC.

Finalmente, não menos importante é a aplicação do Código de Processo Civil, diploma básico que rege o processo brasileiro, tido como lei geral. Segundo Carvalho Filho (2009, p. 469), por isso, se as leis que formam tal subsistema do processo coletivo, caracterizadas como lei especial, nada contemplarem sobre alguma matéria processual, deve aplicar o diploma geral.

Não é por outro motivo que a norma do art. 19 da Lei 7347/85 determina a aplicação do CPC naquilo que não a contrarie, logo, aplicação subsidiária. Nesse sentido, acerca do microsistema do processo coletivo, “o legislador buscou inserir na lei alguns aspectos processuais que lhe pareceram mais relevantes, e quanto aos demais e ao procedimento, optou pela aplicação subsidiária do CPC” (MANCUSO. 2009, p. 50).

A especificidade do subsistema coletivo prevalece sobre a generalidade do CPC, por isso há disciplinas gerais de não incidência, sob pena de subverter os fins da norma especial. Pode-se citar a não incidência do sistema de competência do CPC; a norma sobre efeito dos recursos (em regra não há efeito suspensivo – Lei 7347, art. 12, § 1º); as disposições sobre a coisa julgada aplicam-se apenas subsidiariamente, conforme oportunamente se demonstrará; inaplicáveis denúncia da lide, reconvenção, dentre outros.

Diante do exposto, importante ter a premissa que a Lei 7347 e o CDC são instrumentos apropriados para a tutela de interesses específicos, por isso não se deve cogitar utilização de institutos alienígenas nesse instrumento que possa desnaturar o escopo pretendido pelo legislador.



### 1.5 Objeto da ação civil pública

Primeiramente, é preciso reconhecer que o termo “ação civil pública” tem sido utilizado com dupla significância procedimental, cujas finalidades são diversas. Isso ocorreu porque o Código de Defesa de Consumidor inaugurou a expressão “direito individual homogêneo” no ordenamento jurídico brasileiro, criando, na seara processual, um procedimento específico para tutelar esse tipo de direito. De acordo com Zavascki (2009, p. 55), é necessário bastante atenção acerca da sistemática do processo coletivo, porquanto o procedimento que recebe a denominação de ação civil pública<sup>12</sup> pela Lei 7347/85 destina-se unicamente a tutela de direitos transindividuais. Por outro lado, quanto aos direitos individuais homogêneos, o procedimento próprio recebe outra denominação pelo artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor: ação civil coletiva.

É bem verdade que essa terminologia não é por todos adotada, até porque não constitui exigência científica. Parte dos dispositivos legislativos<sup>13</sup> e da jurisprudência denominam indistintamente ambos os procedimentos ação civil pública, como se fosse gênero em sentido lato, logo, pode-se denominá-la ação civil pública *lato sensu*. Nesse contexto de falta de parâmetros, essencial é a concepção de Gordillo, para quem as “palavras não são mais do que rótulos; colocamos rótulos nas coisas para que possamos falar delas, e daí por diante as palavras não tem mais relação com as coisas do que os rótulos de garrafas com as próprias garrafas” (GORDILLO. 1977, p. 2 *apud* ZAVASCKI. 2009, p. 55). Por conseguinte, depreende-se que qualquer que seja a denominação dada ao procedimento, ou nas palavras do autor, o rótulo do mecanismo será nome conveniente se usado de maneira conseqüente com a essência dele.

Isso significa que, independente de se chamar ação civil pública ou coletiva, quando houver direitos individuais homogêneos, o procedimento eficaz é o da Lei 8078/90; se a causa de pedir compuser-se de direitos coletivos ou difusos, deve ser aplicado o mecanismo da Lei 7347/85<sup>14</sup>. O nome não desvirtuará, pois, a essência da coisa, porque é a identificação

<sup>12</sup> A designação ação civil pública relaciona-se com a legitimidade ativa desse procedimento especial, conforme ensina Zavascki (2009, p.54), em contraponto às ações civis “privadas”, proposta por particulares. Diferentemente, as ações civis públicas são proposta pelo Ministério Público ou outro ente eleito pela lei, em regime de substituição processual.

Demonstrado fica seu afastamento em relação aos demais procedimentos especiais cíveis, cujos nomes geralmente têm relação com o direito material tutelado; ou, em outros casos, com a providência processual a ser requerida como pedido imediato, por exemplo, mandado de segurança.

<sup>13</sup> A Lei 7913/89 estabelece, por exemplo, tratar-se de ação civil pública o procedimento apto a tutelar direitos individuais homogêneos, referentes a danos causados a investidores do mercado de valores imobiliários.

<sup>14</sup> Não se deve entender que a aplicação do procedimento da Lei 7347/85 signifique que não haja dispositivos do CDC aplicado nesse procedimento; bem como, que a aplicação do aqui denominado “procedimento da Lei 8078/90” não haja

da natureza do interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo, aferível por meio do pedido ou da *causae petendi*, que indicará o correto procedimento processual. Este, vale ressaltar, possui caráter meramente instrumental, ínsito ao processo, não o contrário, a ponto de subverter a natureza do direito material, preexistente ao próprio processo.

### **1.5.1 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: aspectos conceituais distintivos**

A usual e simplista distinção entre o interesse público, cujo titular seria o Estado, e o interesse privado, interesse pessoal de cada um, mostrou-se de precisão insuficiente. Interesse público deve ser conceituado como “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO. 2008, p. 61). Conseqüentemente, esse constitui interesse do conjunto social, entretanto, ressalta-se, não se confunde com a somatória dos interesses individuais e nem se identifica, necessariamente, com o interesse do Estado<sup>15</sup>, enquanto pessoa jurídica. Ao contrário, em acepção mais estrita, confunde-se com o interesse público os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente.

Conforme entende Mazzilli (1992, p. 41), em sentido mais lato de interesse público, podem-se considerar como tal os interesses que, conquanto reflexamente, atinjam a sociedade como um todo. Nesse aspecto, os interesses coletivos, representativos de categoria determinada ou determinável de indivíduos, e até os interesses individuais indisponíveis estão inseridos no campo substancial do interesse público.

Destarte, nessa acepção mais lata de interesse público estão os direitos coletivos *lato sensu*, também denominados transindividuais, porém, em regra, o mesmo não se pode afirmar dos interesses individuais homogêneos, pois constituem ontologicamente categoria diversa.

---

concomitantemente dispositivos da outra Lei. Por óbvio, seria uma contradição se fosse esse o significado do aparente estancamento dos dispositivos legais em tela, porquanto ambas formam um conjunto de normas processuais coletivas gerais do sistema jurídico brasileiro. Aplicam-se conjuntamente aos procedimentos coletivos citados, respeitadas as peculiaridades decorrentes da própria essência do direito tutelado por cada procedimento: ação civil pública e ação civil coletiva

<sup>15</sup> Interesse público, ou seja, interesse primário, grosso modo, resume-se a interesse da coletividade como um todo, contrariamente ao interesse secundário, consistente naquele que o Estado, como pessoa jurídica de direito público que é, possui independentemente da persecução daquele interesse da coletividade finalístico de suas atribuições. Por isso, segundo Mello (2008, p. 73), em nome do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, interesses secundários não são atendíveis, senão na hipótese de coincidir com os primários, haja vista o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

Os direitos coletivos *lato sensu*, subjetivamente, são transindividuais, o que significa não haver titularidade individualmente determinada, e, materialmente, indivisíveis. Conquanto indivisível, conforme bem observa Zavascki (2009, p. 34), é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo, porém o que é múltipla, conseqüentemente, indeterminada, é sua titularidade.

Disso advêm, pois, substanciada na seara de grupos, classes, categorias ou à própria sociedade como um todo, a transindividualidade, que implica a impossibilidade de tratamento individualizado dos integrantes do universo titular do direito, mas apenas o tratamento do universo titular como um todo. Outra característica comum do gênero direito coletivo *lato sensu*, agora resultante da indivisibilidade, é a “impossibilidade de identificação do quinhão do direito de que cada um dos integrantes do grupo possa ser titular” (CARVALHO FILHO. 2009, p. 29). A premissa básica dos direitos transindividuais é que o direito merece proteção legal como um todo, abstraindo-se da situação jurídica individual de cada beneficiário.

Finalmente, segundo Mancuso (2009, p. 78), destaca-se a litigiosidade dos interesses coletivos *lato sensu*, significando que a tutela jurisdicional vai estampar verdadeiras escolhas políticas, uma vez que o favorecimento de um grupo vem necessariamente em desfavor do outro. Exemplifica o citado autor o caso da proteção ambiental: favorecimento da coletividade com a proteção do meio ambiente vai de encontro ao interesse do grupo da indústria madeireira e outras indústrias; se esta for favorecida, provavelmente prejudicará o interesse da coletividade.

Apreciados os pontos comuns, o gênero direito coletivo *lato sensu* possui espécies dotadas de diferenças importantes, o que impõe subclassificá-lo em direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*. Consoante diferencia Mazzilli (1992, p. 42), entende por difusos aqueles interesses de um grupo, ou de grupos de pessoas, entre as quais não há um vínculo jurídico ou fático muito preciso. Trata-se da subcategoria com o maior grau de indeterminabilidade, ou seja, indeterminação absoluta de seus componentes. Destaca-se nos interesses difusos o fato de “não ter vínculos de agregação suficientes para sua institucionalização perante outras entidades ou órgãos representativos” (CARVALHO FILHO. 2009, p. 29), logo, encontram-se em estado fluido, disperso pela sociedade civil com critério agregador caótico.

Por outro lado, com indeterminação relativa, interesse coletivo *stricto sensu* seria aquele que atinge uma “categoria” determinada, ou pelo menos determinável<sup>16</sup> de indivíduos como, por exemplo, a de associados de uma entidade de classe ou a de consumidores lesados no uso de determinado produto. Há uma relação jurídica base subjacente que permite apaziguar o critério caótico de indeterminação dos direitos difusos, estabelecendo um grupo mais coeso dentro do universo social.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, I e II, auxilia na distinção: segundo o legislador, os direitos difusos são aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminada e ligadas por circunstâncias de fato; diversamente, direitos coletivos seriam os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte adversa por relação jurídica base.

É de clareza solar a referida diferença essencial de indeterminabilidade entre esses interesses: enquanto nos direitos coletivos está presente a relação jurídica base específica entre os integrantes do grupo; nos difusos, a relação jurídica se configura como circunstancial e episódica relação entre os titulares, entendimento que coaduna com o de Carvalho Filho (2009, p. 127). É por esse motivo que a mutação de titulares ativos difusos na relação de direito material ocorre com absoluta informalidade jurídica, bastando alteração nas circunstâncias fáticas. No caso da mutação dos titulares da relação material de direitos coletivos *stricto sensu*, observa-se relativa informalidade jurídica, haja vista a necessidade de adesão ou exclusão do sujeito à relação jurídica base em questão. De qualquer forma, indubitáveis, a ambos, como já ressaltado, a indivisibilidade inerente a esses direitos e a indisponibilidade dos direitos pelo substituto processual, parte meramente processual.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são integrantes de categoria ontologicamente diversa dos anteriores, porquanto se enquadram como meros direitos subjetivos individuais, ligados por uma relação de afinidade. Conforme esclarece o CDC, artigo 81, III, são direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum.

O próprio Código de Processo Civil, consoante Dinamarco (2009.b, p. 154), fundamentalmente em seu artigo 46, II e IV, prevê, respectivamente, relação de conexidade objetiva e afinidade entre demandas, apta a possibilitar a formação de litisconsórcio

---

<sup>16</sup> É necessária leitura cuidadosa nesse ponto, uma vez que determinável ou determinada é a categoria de indivíduos, não especificamente os indivíduos, fato que implicaria transmutação da natureza do direito para individual homogêneo. No caso, continuam sendo indeterminados os titulares do direito a quaisquer membros da categoria ou grupos enfocados, ou seja, todos que evidenciem atributos específicos necessários a integrá-los serão titulares, contrariamente da indeterminação absoluta dos direitos difusos, cuja titularidade remete a qualquer circunstância inespecífica

facultativo. Verifica-se que essa relação entre as demandas possui a mesma natureza existente entre os diversos direitos individuais tutelados coletivamente. Destarte, nesses dispositivos estão descritos certamente os vínculos de homogeneidade dos direitos individuais de que se trata: são direitos derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito (inciso II) ou que tenham entre si relação de afinidade por um ponto comum de fato ou de direito (inciso IV).

Em linha conclusiva, ao se deparar com direitos individuais homogêneos, similarmente ao observado com os direitos transindividuais, necessariamente haverá uma pluralidade de titulares, nesse caso, característica pressuposta da relação de homogeneidade com outros direitos individuais, não da própria natureza do direito.

Outro marco distintivo fundamental figura-se no fato de, diferentemente dos direitos transindividuais, indivisíveis e com titularidade indeterminada, a referida pluralidade não é somente de sujeitos, neste caso, composta por indivíduos determinados. Todavia, há igualmente pluralidade de objeto material, que é divisível e pode ser fracionado em unidades autônomas com titularidade própria. Não há espécie nova de direitos, mas simplesmente os atinentes às demandas objetivamente conexas ou afins de que trata o artigo 46 do CPC, dado a eles tratamento processual coletivizado, com fins a permitir maior efetividade por meio dos mecanismos procedimentais a seguir estudados.

#### **1.5.1.1 Situações jurídicas heterogêneas**

Apesar da conceituação cuidadosa, há situações jurídicas heterogêneas no plano da realidade, que torna dificultosa a distinção entre direitos individuais homogêneos e transindividuais, porquanto, ora apresentam-se como uma, ora, como outro, ou, até mesmo, cumulativamente, tudo a depender de circunstâncias de fato. Zavascki (2009, p. 38) cita os exemplos da tutela do consumidor e do meio ambiente. Quanto à primeira, sendo a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva assegurada pelo artigo 6º, IV, do CDC, enquanto não ocorre concretamente evento lesivo, ou seja, enquanto não houver propaganda enganosa efetivamente veiculada, observa-se transindividualidade, especificamente, direito difuso dos consumidores. Todavia, veiculada a publicidade, o dano material concretizar-se-á, ensejando tutela reparatória, por conseguinte, no caso, configurar-se-iam direitos individuais homogêneos.

Situação intrigante é a dos direitos “acidentalmente coletivos”, evidenciados quando a lesão a direitos individuais homogêneos assume tal grau de profundidade ou extensão que acaba atingindo interesses sociais. Segundo Zavascki (2009, p. 48), esses

direitos individuais, quando visualizados em conjunto, transcendem a esfera do individualismo e passa a representar mais do que a soma dos interesses dos respectivos titulares, verdadeiramente, interesses da comunidade como um todo.

No geral, quando há envolvimento de grande número de pessoas (relações de massa), a tutela preventiva, no caso de ameaça a direitos individuais homogêneos, assume caráter transindividual, porquanto põe em risco uma comunidade inteira de pessoas, impossível identificar possíveis atingidos. Nesse caso, segundo Zavascki (2009, p. 165), como o direito ameaçado possui feição coletiva, a tutela preventiva deve seguir, não o procedimento dos direitos individuais homogêneos, mas o dos direitos transindividuais, logo, sua sentença possuirá, desde logo, eficácia executiva para ensejar as medidas inibitórias.

### **1.6 Contornos processuais individualizantes da ação civil pública *stricto sensu* e da ação civil coletiva: tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletivos**

Materialmente, houve evidenciado contraponto entre os direitos transindividuais e individuais homogêneos, conseqüentemente, necessária é a delineação dos mecanismos distintos, aptos a tutelá-los eficientemente. O liame entre tais distinções materiais, das quais decorrem as processuais, substancia-se basicamente na conclusão de que os direitos individuais homogêneos, conforme objetivamente desfecha Benjamin (1995, p. 96), são, por esta via exclusivamente pragmática da ação civil coletiva, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de indivisibilidade inerente (direitos difusos) ou existência de uma relação jurídica base (direitos coletivos *stricto sensu*), mas para facilitação do acesso à justiça, priorizando a eficiência e economia processuais.

Esse contraponto básico é a força motriz da diferenciação, apresentada por Zavascki (2009, p. 35), entre a “tutela de direitos coletivos”, caso dos direitos transindividuais, e “tutela coletiva de direitos”, caso em que não é o direito material tutelado que é coletivo, mas somente seu instrumento. Não obstante esta diferenciação, ação civil pública *stricto sensu*<sup>17</sup>, moldada à essência dos direitos e interesses transindividuais, bem como a ação civil coletiva, construída para os direitos individuais homogêneos, são procedimentos com múltiplas possibilidades de provimentos jurisdicionais, o que os torna aptos a conferir integral tutela aos direitos transindividuais.

---

<sup>17</sup> Apontadas as diferenças terminológicas e a confusão que há acerca da nomenclatura, sempre que se invocar a expressão “ação civil pública” sem especificações, a remeta à ação civil pública *stricto sensu*, apta a tutelar direitos transindividuais.

### 1.6.1 Ação civil pública

Quanto à tutela de direitos coletivos, no artigo 1º da Lei 7347/85, fica evidenciada a possibilidade de tutela reparatória, destinada a obter condenação de ressarcimento de danos materiais e morais anteriormente ocorridos; e tutela preventiva, da interpretação sistemática dada ao artigo 4º desta mesma lei<sup>18</sup>. Afirma corretamente Zavascki (2009, p. 57) que a tutela preventiva e a reparatória são aptas a ensejar prestações jurisdicionais de natureza pecuniária (obrigação de pagar quantia) ou pessoal específica (obrigação de entregar coisa, fazer e não fazer), o que permite todo o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos e meramente declaratórios, para parte da doutrina. Para outros, classificando os provimentos jurisdicionais em mais espécies, adicionam àquele rol os provimentos inibitórios, executivos *lato sensu* e mandamentais.

Essencial recordar que há aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, inclusive, por óbvio, suas reformas<sup>19</sup>, ao procedimento em tela, conseqüentemente, além das referidas formas de tutela, adiciona-se a tutela provisória. Esta, apesar da inexistência de previsão na lei especial, não contraria o plano normativo da ação civil pública, mais do que isso, é essencial para conferir prestação jurisdicional eficaz, haja vista o artigo 19 da Lei 7347/85, aplicável igualmente.

Inversamente à pretensa literalidade imputada por alguns ao artigo 3º<sup>20</sup> da Lei 7347/85, no mesmo sentido de Carvalho Filho (2009, p. 83), não há dúvidas da possibilidade da cumulação<sup>21</sup> das tutelas preventiva e reparatória, com prestações materialmente distintas, que não se excluem, porém podem cumular-se, a exemplo do que se

<sup>18</sup> Segundo este dispositivo, poderá ser ajuizada “ação cautelar” para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano aos bens jurídicos por ela tutelados. Na verdade, o termo “ação cautelar” é impróprio, porquanto, verdadeiramente, a demanda destinada a evitar dano a direito é aquela cujos fins são obter tutela preventiva. Esta é formada por cognição exauriente e apta a produzir coisa julgada material, ou seja, trata-se de tutela definitiva, semelhantemente à tutela reparatória. Contrariamente, a citada “ação cautelar” enquadra-se no âmbito das tutelas provisórias, como é a tutela cautelar e antecipatória. Nesse caso, diferentemente da tutela preventiva, baseia-se em cognição sumária e dota-se de provisoriade e precariedade.

<sup>19</sup> A título exemplificativo, o regime de antecipação da tutela do artigo 273, as prestações específicas das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, respectivamente dos artigos 461 e 461-A, e pagar quantia 475-I e seguintes.

<sup>20</sup> Segundo literalidade do dispositivo, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o que gerou controvérsia acerca da cumulatividade de prestações jurisdicionais de natureza distinta. Qualquer estudo superficial sobre concordância verbal é capaz de demonstrar a possibilidade da conjunção “ou” significar adição, relativa à substituição semântica das conjunções aditivas “e” e “ou também” à título de exemplo. Muito além, conforme demonstrado no texto, interpretações sistemáticas e teleológicas apontam para a idéia aditiva da cumulatividade.

<sup>21</sup> Acerca da cumulação de pretensões a direitos de natureza individual e transindividual, caso haja sentença de procedência em ação civil pública, quanto aos direitos individuais homogêneos, os efeitos secundários desta deverão apresentar natureza genérica. Dessa forma, os interessados deverão liquidá-la e executá-la, para então reverter em proveito para si, não ao fundo a que se refere o artigo 13 da Lei 7347/85, no caso de direitos transindividuais.

A conclusão acima se justifica porque “não é por ter sua proteção postulada em ação civil pública que os direitos individuais homogêneos vão deixar de ser direitos individuais para se transformar em individuais, O direito material não nasce com o processo ou por causa dele – é anterior a ele.” (ZAVASCKI 2009, p. 62),

observa no procedimento comum ordinário. Parece ser de clareza meridiana a intenção do legislador de dotar o autor da ação civil pública do maior grau de aptidão possível a obter tutela jurisdicional eficaz. Certamente, “não teria sentido imaginar que a tutela dos direitos transindividuais que exigisse prestações variadas devesse ser prestada em demandas separadas, uma para cada espécie de pretensão” (ZAVASCKI. 2008, p. 61), porque, nessas condições, melhor seria valer-se do procedimento comum ordinário.

Acerca do rito da ação civil pública, apesar das peculiaridades do subsistema coletivo, conforme ressalta Carvalho Filho (2009, p. 470), não se instituiu rito especial diverso daqueles que o Código de Processo Civil apresenta. Parece não haver outra conclusão, senão a que o procedimento a ser adotado na ação civil pública é o procedimento comum (artigo 272 do CPC), podendo ser ordinário ou sumário<sup>22</sup>. Por conseguinte, aplicam-se todas as normas advindas do CPC que regulem situações processuais não previstas<sup>23</sup> no subsistema coletivo e não contraditórias a ele.

Outra peculiaridade relevante são os efeitos secundários da sentença de procedência em ação civil pública (transporte *in utilibus* da coisa julgada – item 1.6.2.2 supra), semelhantemente à sentença penal condenatória, *mutatis mutandis*, gera instantaneamente o efeito de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais, materiais ou morais, decorrentes do ilícito civil objeto da demanda. Dessa forma, é possível aos titulares a imediata liquidação e execução, independente de nova sentença em ação civil coletiva, conforme claramente estabelece o artigo 103, § 3º, da Lei 8078/90.

### **1.6.2 Ação civil coletiva**

Na seara da tutela coletiva de direitos, igualmente à ação civil pública, a legitimidade para atuar em juízo é extraordinária e há aplicação subsidiária do Código de Processo Civil para suprir a previsão limitada da lei especial. Todavia, há características peculiares da ação civil coletiva que a destaca eminentemente da ação civil pública: (I) repartição da atividade cognitiva, (II) liberdade de adesão do titular do direito individual e, em certa medida, (III) rol de legitimados e (IV) os efeitos da coisa julgada, estes dois últimos, tratados em item específico.

---

<sup>22</sup> Apesar de incomum, é obrigatória sua adoção nas situações previstas no artigo 275 do CPC, exemplificativamente, o caso de ressarcimento por danos causados em prédio urbano ou rústico (artigo 275, II, d, do CPC), suscetível de proteção por seu valor histórico ou artístico (artigo 1º, III da Lei 7347/85).

<sup>23</sup> As regras do CPC pertinentes à petição inicial (artigos 282 a 296); contestações e exceções (artigos 300 a 314), sistema de provas (artigos 332 a 443), etc.



### 1.6.2.1 A repartição da atividade cognitiva e a sentença genérica

Certamente, o grande diferencial das ações civis coletivas é a repartição de sua cognição, que divide a tutela jurisdicional cognitiva em duas fases distintas. Na primeira, que constitui o objeto da ação civil coletiva propriamente dita, a cognição restringe-se às questões fáticas e jurídicas comuns à universalidade dos direitos demandados, conceituado por Zavascki (2009, p. 151) núcleo de homogeneidade. A fase derradeira, cujo instrumento é a ação de cumprimento, tem função cognitiva complementar, mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada titular, estas componentes do núcleo de heterogeneidade.

As limitações do núcleo de homogeneidade são óbices ao âmbito de conhecimento do juiz em relação ao objeto litigioso do processo, ou seja, aquilo sobre o qual recairá a *cognitio* (questões que serão fundamento para a solução da principal) e, posteriormente, *iudicium* (se for questão principal a qual recairá decisão). Dessa forma, importante ter um conceito acurado de cognição, que seria

prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium* do julgamento do objeto litigioso do processo (WATANABE. 2005, p.41)

Conceituada a *cognitio*, para entender o mecanismo da divisão cognitiva da ação civil coletiva é essencial estabelecer as espécies de cognição possíveis. Novamente, remeto à brilhante distinção de Watanabe (2005, p. 84-94) sobre o tema, para quem a cognição dispõe-se nos planos horizontal e vertical. Na primeira perspectiva, vislumbra-se em plena ou limitada, divisão consubstanciada na extensão da lide sujeita à prestação jurisdicional. Perquire-se a extensão e a amplitude das questões que podem ser objeto da cognição (o trinômio de categorias processuais: condições da ação, pressupostos processuais e mérito da causa). A cognição plena fica caracterizada se o objeto da demanda haurir a totalidade do conflito; a cognição limitada, pelo fracionamento da lide componente do objeto da demanda.

O âmbito vertical diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. O critério de aferição da cognição é, pois, o grau de profundidade em que ela é realizada: caracteriza-se exauriente aquela cujo objeto cognoscível é perquirido pelo juiz sem limitações; sumária, por sua vez, se cognição executada pelo juiz ater-se a exame superficial das questões.

Parece claro que, relativamente à repartição da atividade de conhecimento nas ações civis coletivas<sup>24</sup>, as questões enfrentadas são unicamente relativas ao núcleo de homogeneidade daqueles direitos individuais de origem comum componentes da demanda. Por conseguinte, a cognição acerca da homogeneidade classifica-se como limitada, quanto à extensão do conflito posto em debate, e exauriente, quanto ao grau de profundidade cognitiva. Exatamente esse núcleo de homogeneidade que permite a feição instrumental coletiva, tendo para isso desprezar as peculiaridades agregadas à situação pessoal de cada interessado.

Comparativamente, no caso da ação civil pública, apta a tutelar direitos transindividuais, a cognição é plena, em função de seu objeto ser materialmente indivisível, o que tornaria impossível fracioná-lo em um plexo homogêneo e outro heterogêneo. Em verdade, só existe o núcleo de homogeneidade, uma vez que o núcleo de heterogeneidade é obstaculizado pela exclusiva titularidade do direito pela coletividade como um todo, obstando a fruição específica que caracteriza o núcleo de homogeneidade. Por outro lado, a cognição é exauriente, já que a tutela nesse procedimento especial, bem como na ação civil coletiva, é definitiva.

Conseqüência natural dessa divisão cognitiva aparece, por óbvio, no conteúdo da sentença do procedimento em tela, que também refletirá a limitação do conteúdo da lide em juízo, por isso, denominada genérica. Esta sentença não possui força executiva própria, dependendo para isso do procedimento cognitivo liquidatório, denominado ação de cumprimento. Isso acontece porque não há na sentença genérica todos os elementos necessários para compor título executivo judicial, especificamente, acerca da identidade do titular e o do valor da condenação<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Essa característica também distingue a tutela individual da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. A primeira, prevista no artigo 46, II e IV, do CPC, refere-se ao litisconsórcio ativo facultativo, como foi mais profundamente explicado anteriormente. Nesse caso, observa-se somente a propositura conjunta de demandas, por duas ou mais pessoas, em um mesmo processo, ou seja, mera cumulação originária de causas que poderiam ser propostas separadamente. A cognição não é limitada ao núcleo de homogeneidade, mas abrange igualmente o núcleo de heterogeneidade. Consequentemente, ao contrário do observado nas ações civis coletivas, a sentença caracteriza-se como, formalmente, única e, substancialmente, individualizada para cada litisconsorte, desde já constituindo título executivo judicial.

Certamente, esse mecanismo não mostra eficácia quando o número de litigantes é elevado, afirmação comprovada pela limitação imposta pelo artigo 46, parágrafo único do CPC. A cognição plena, abrangendo inúmeras situações peculiares e dificultosas, reduz a eficiência da prestação jurisdicional em situações como essa, em que um grande número de litigantes que já poderiam gozar da tutela jurisdicional não o farão, em função da pendência de resolução de questões mais delicadas de alguns. Por isso, o mais adequado é o instrumento das ações coletivas de divisão da atividade cognitiva.

<sup>25</sup> Como o processo possui natureza eminentemente instrumental, no caso das ações civis coletivas, cabível e adequada será toda a modalidade de tutela jurisdicional apta proceder eficazmente à tutela coletiva de direitos individuais. Entretanto, essa afirmativa sofre restrições decorrentes (I) das limitações dos poderes do legitimado ativo e (II) das restrições próprias das características do procedimento. Destarte, cabíveis as tutelas preventiva, provisória e reparatória, como antes mencionado.

Todavia, diferentemente da tutela preventiva (em razão da feição transindividual por ela assumida, conforme demonstrado no item 1.5.1.1), somente a tutela repressiva de natureza jurídico-formal condenatória é compatível com o procedimento da ação civil coletiva. Isso fica evidente porque, no caso da tutela de natureza constitutiva, a “sentença genérica” atingiria imediatamente com completude a relação jurídica individual, o que implicaria não ser mais esta genérica. Mostra-se invariavelmente inadmissível, porque afrontaria a principal característica do procedimento em tela: repartição da atividade cognitiva. O correto é adotar nesse caso o sistema tradicional do litisconsórcio facultativo.

A sentença genérica, mais precisamente, segundo Zavascki (2009, p. 153) fará juízo apenas sobre três do cinco elementos da relação jurídica que envolvam os direitos subjetivos objeto da controvérsia, ou seja, circunscrito aos componentes do núcleo de homogeneidade: o *an debeatur* (juízo acerca da existência da obrigação do devedor); *quis debeat* ( identidade do sujeito passivo da relação jurídica); e *quid debeatur* ( determinação da natureza da obrigação). Os dois elementos remanescentes, integrantes do núcleo de heterogeneidade, serão perquiridos em ação de cumprimento<sup>26</sup>, os quais são: *cui debeatur* (sujeito ativo material, titular do direito garantido pela sentença genérica) e *quantum debeatur* (especificação quantitativa e qualitativa da prestação a que faz jus o titular do direito).

### 1.6.2.2 Liberdade de adesão do titular nas ações coletiva e litispendência

A liberdade de adesão do titular à ação coletiva é um ponto que a diferencia das class actions for damages norte-americana cujos titulares que deixarem de optar expressamente pela exclusão, serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada. Diversamente, a ação civil coletiva exige, em caso positivo, expressa adesão por parte do titular de direito. Essa liberdade de adesão compreende a liberdade de se litisconsorciar ou não ao substituto processual autor da ação coletiva; ou promover ou prosseguir na ação individual, concomitante à coletiva; e finalmente, a liberdade de liquidar e executar ou não a sentença genérica.

Referido regime de aderência justifica-se no disposto no Código de Defesa do Consumidor, em um primeiro momento, quanto ao procedimento inicial, o artigo 94 dispõe que, “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. Em um segundo momento, no âmbito dos direitos individuais homogêneos, o artigo 103, III, determina efeito *erga omnes* da coisa julgada , apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas

---

<sup>26</sup> A ação de cumprimento nada mais é do que hipótese típica de liquidação por artigos, uma vez que se mostra necessário alegar e provar fato novo, como dispõe o artigo 475-E do CPC. Rege-se, segundo o artigo 475-F do CPC, pelas normas do procedimento comum. Esse procedimento propiciará sentença que integrará a sentença genérica com os aspectos individualizados atinentes ao núcleo de heterogeneidade. De fato, a complementação da atividade cognitiva visa a viabilizar a tutela jurisdicional executiva, porquanto esta não estará acessível enquanto o título executivo não integralizar todos os elementos constituintes da norma jurídica concreta, para tornar o título certo, líquido e exigível.

Vale ressaltar que, diferentemente da ação civil coletiva, cuja legitimação é extraordinária, ou seja, por substituição processual, na ação de cumprimento a legitimação é ordinária, por representação. Por isso, depende sempre da anuência do titular do direito, exceto, quanto ao direito do consumidor, no caso de execução dos resíduos, prevista no artigo 100 do CDC, caso de substituição processual. Esta é a hipótese de haver inúmeras lesões de pequena monta, causando desinteresse do titular a promover liquidação e execução. Todavia, pela quantidade de lesados, o valor total torna-se vultoso, sendo este revertido para o Fundo criado pela Lei 7347/85.

as vítimas e seus sucessores. Contrariamente, segundo o artigo 103, §3º, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Dessa forma, conclusivamente, a liberdade de adesão do titular de direito individual homogêneo reflete-se em três possibilidades: (I) liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva; (II) liberdade de promover ou seguir na ação individual, concomitante à ação coletiva; e (III) liberdade de executar ou não a sentença de procedência da ação coletiva.

O referido fenômeno enfocado supra, fundamentalmente o segundo aspecto da liberdade de adesão, possui como *conditio sine qua non* a inoccorrência de efeitos de litispendência<sup>27</sup> com a demanda individual, por óbvio. Realmente não ocorre, haja vista que, analisando os elementos da identidade de demandas, pode haver identidade de partes, especificamente, relação de continência<sup>28</sup>, e da causa de pedir, todavia, diverso é o pedido necessariamente. O pedido na ação civil coletiva restringe-se ao núcleo de homogeneidade, visto que a cognição do juiz é limitada a esse âmbito nesse primeiro momento.

Não é por outro motivo que, quanto às ações individuais propostas anteriormente, dispõe o artigo 104 do CDC que as ações coletivas não induzem efeitos de litispendência. Entretanto, os reflexos da coisa julgada *erga omnes* decorrentes da sentença de procedência não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência<sup>29</sup> nos autos do ajuizamento da ação coletiva. No caso de procedência, a ação de cumprimento dependerá sempre da iniciativa do titular, conforme expressa artigo 97 do CDC, caso em que se observará regime de representação, não mais substituição processual.

Conclui-se desse plexo normativo que, aderindo como litisconsorte, poderá o titular do direito individual ter contra si os efeitos da coisa julgada material, inclusive no caso de improcedência, caso em que também restaria sujeito aos efeitos de litispendência. Destarte, ficará impedido de promover ou prosseguir com sua ação individual, conforme

---

<sup>27</sup> Conforme distingue Dinamarco (2009.b, p. 50), formado, o processo considera-se existente e, portanto, pendente. Esta condição de pendência refere-se a algo que já foi constituído ou ainda existe, ou seja, não foi extinto: processo pendente é processo em curso. Este estado é que se denomina litispendência, cujo um dos efeitos desse estado é o de impedir a instauração válida e eficaz de outro processo para julgamento de demandas idênticas, conforme expõe o artigo 301, V e §§ 1º a 3º, do CPC. “Tem-se a ilusão de que litispendência seja esse impedimento de um processo válido com a mesma demanda. Na verdade, litispendência é o estado do processo que pende, não esse seu efeito.” (DINAMARCO. 2009.b, p. 51).

<sup>28</sup> Parece que, verdadeiramente, há conexidade entre a ação individual e a coletiva, não litispendência. Entretanto, pela incompatibilidade com o procedimento coletivo, não há cabimento para efetivar a reunião dessas causas conexas.

<sup>29</sup> No correto entendimento de Zavascki (2009, p. 174), a falta da ciência dos autores de ações individuais por inexistência ou irregularidade da divulgação do edital não é causa de nulidade do processo. A única consequência disso é a não contagem do prazo de 30 dias disposto neste artigo para que os demandantes suspendam a ação individual. Dessa forma, poderão fazê-lo a qualquer tempo, enquanto não transitada em julgado a ação coletiva.

entendimento *contrario sensu* do disposto no §2º do artigo 103 do CDC. Se preferir não aderir como litisconsorte, tornar-se-á inexistente as restrições litispêndenciais, igualmente não será atingido pela improcedência e, além disso, ao contrário do que ocorre com as *class action of damages*, haverá em benefício próprio a sentença de procedência na ação civil coletiva.

Finalmente, se além de não aderir, preferir dar continuidade à demanda individual paralela, não atendendo ao disposto no artigo 104 do CDC, inexistirá o benefício de gozar da sentença de procedência em ação coletiva, hipótese em que ficará vinculado à sentença de procedência ou improcedência da ação individual. Por óbvio, não está igualmente sujeito à improcedência da ação coletiva.

Ressalta-se, consoante Zavascki (2009, p. 160), que a referida liberdade de adesão na sistemática das ações coletivas no Brasil não é absoluta, porquanto se já houver sentença de procedência transitada em julgado na ação coletiva, não será facultado ajuizamento de ação individual ou de nela prosseguir. Nesse caso, carece o autor de interesse de agir, uma vez que este já tem seu direito reconhecido em sentença genérica, caso figure dentre os substituídos.

### **1.6.3 Da legitimação**

O rol de legitimados extraordinários da ação civil pública está inserto no artigo 5º da Lei 7347/85, segundo o qual, possuem legitimidade para propô-la, “I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Correta é a consideração de Mancuso (1992, p. 196), para quem, analogamente ao que se dá nas ações civis coletivas do CDC, a ação civil pública apresenta legitimação ativa de tipo "concorrente disjuntivo", sendo possível o litisconsórcio (facultativo) entre os co-legitimados. Segundo Didier Júnior (2011.a, p. 213), a legitimação nas ações coletivas em geral é autônoma, pois o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito, e concorrente, pois todos os supracitados legitimados são autorizados a discutir em juízo a relação material.

A legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos metaindividuais é ampla e irrestrita, porque constitui sua função institucional, chancelada pelo artigo 129, III, da Constituição. Contrariamente, todos os demais legitimados possuem funções institucionais diversas, sendo a atuação em defesa de direitos transindividuais meramente secundária e eventual.

Dessa forma, é imprescindível encontrar relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora e seus próprios interesses como instituição, semelhantemente à pertinência temática necessária a alguns legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade. Acerca das associações, conforme explicita o dispositivo legal acima, há ainda as limitações de estar constituída há, no mínimo, 1 ano e, igualmente, o atrelamento de seus fins estatutários algum dos interesses citados.

Quanto às ações civis coletivas nas relações de consumo, há semelhanças com o rol de legitimados da ação civil pública. A Lei 8078/90 explicita-o em seu artigo 82, porém não é específica quanto ao bem jurídico a ser tutelado em cada hipótese de legitimação. Isso porque nem todos os legitimados poderão tutelar quaisquer direitos individuais homogêneos, bastando decorrer de relação de consumo.

Conforme entende Zavascki (2009, p. 63), as associações, ao contrário do equívoco de uma interpretação literal do artigo 82, III e IV, do CDC, possuem legitimidade ampla para propor ações coletivas para tutela de quaisquer direitos subjetivos de seus filiados, como garante o artigo 5º, XXI da Constituição. Obviamente, a legitimação impõe que se guarde relação do objeto da demanda coletiva com seus fins. Não se deve esquecer que, diferentemente dos outros legitimados, o limite de atuação das associações impõe que o objeto material da demanda circunscreva-se aos interesses dos filiados somente.

Sobre as pessoas jurídicas de direito público interno, como certamente não possuem como fim institucional a defesa do consumidor, não será cabida essa exigência. Todavia, necessário é o vínculo entre objeto da tutela e interesse do ente público, uma vez que se observaria descabido algum desses entes propor ação civil coletiva para tutelar direitos de consumidores de outro: falta interesse de agir.

Quanto ao Ministério Público nessa seara individual, no entendimento de Zavascki (2009, p. 225), imprescindível considerar os contornos finalísticos de persecução dos interesses sociais, dados pelo artigo 127 da Constituição. Compreendida a norma como dotada eficácia plena, sempre que houver interesses que preservem o funcionamento e organização da sociedade e atendam suas necessidades de bem estar e desenvolvimento, ou seja, interesses sociais, o Ministério Público terá legitimidade. Dentro dessa definição estão os

interesses individuais homogêneos “acidentalmente coletivos”, que, em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior do que a mera soma das posições individuais. Ressalta-se também a hipótese dos direitos individuais indisponíveis, ao lado dos referidos direitos individuais disponíveis com interesse social subjacente.

#### 1.6.4 Da coisa julgada

Subsiste na doutrina acepções díspares acerca da conceituação da coisa julgada material: coisa julgada como *efeitos da decisão*; coisa julgada como *qualidade dos efeitos da decisão*; e coisa julgada como *situação jurídica do conteúdo da decisão*. Influenciados pela doutrina tedesca, os que entendem ser a coisa julgada um *efeito da decisão*, restringem-na ao efeito declaratório da decisão. Para eles, é a carga declaratória que se tornaria vinculante, imutável e indiscutível.

Para os que entendem a coisa julgada como uma *situação jurídica do conteúdo da decisão*, esta incidiria sobre o conteúdo da decisão, ou melhor, de seu dispositivo. Conquanto ainda não seja o entendimento majoritário, trata-se de um posicionamento muito interessante defendido por Didier Júnior (2011.b, p. 425), pois a coisa julgada recairia sobre a norma jurídica concreta constante no dispositivo da sentença, não sobre os efeitos desta, como defende a concepção ainda majoritária da *qualidade dos efeitos da decisão*. Com as palavras de Barbosa Moreira, rebate a concepção majoritária:

sem embargo da imensa autoridade com que foi proposta, e da escolhida favorável que teve em respeitabilíssimos setores da doutrina, jamais nos pareceu convincente a idéia de projetar sobre os efeitos da sentença as características de imutabilidade e incontrovertibilidade, relacionadas com a coisa julgada material. (...) o que se coloca sob o pálio da incontrastabilidade com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida (MOREIRA. 1983, p. 26-27)

A sentença o juiz formula a norma individual concreta que passará a disciplinar a situação levada a julgamento. Essa norma concreta, com o trânsito em julgado, perdurará indefinidamente, por necessidades de ordem prática exigem que se assegure estabilidade à tutela jurisdicional. Mas os efeitos da sentença podem modificar-se ou até mesmo desaparecer, sem que com isso a norma concreta ditada pelo juiz para a situação submetida a julgamento seja alterada ou desapareça.

Bastante sólido e lúcido, o fundamento dessa linha de entendimento é a disponibilidade dos efeitos da sentença, como se notou. Tal conclusão somente reflete a

extrema instabilidade destes efeitos, portanto, por este motivo, a incidência da imutabilidade neles ficaria extremamente prejudicada.

Finalmente, explicita-se o entendimento liebmaniano, ainda majoritário, segundo o qual coisa julgada seria *qualidade dos efeitos da decisão*. Antes de qualquer consideração, para entender essa acepção, é fundamental perceber a diferença elucidada por Dinamarco (2009.c, p. 211) entre eficácia natural da sentença<sup>30</sup> de mérito<sup>31</sup> e autoridade da sentença. O primeiro conceito relaciona-se com o poder estatal e a investidura dos juízes, que lhe conferem capacidade de decidir imperativamente, ou seja, como em qualquer ato jurídico, sua decisão vale para todos e dever ser respeitado; o segundo, por sua vez, atrela-se à imutabilidade da decisão do mérito no dispositivo da sentença.

Dentro desta ampla conceituação, há a eficácia direta, apontada para os naturais destinatários desses efeitos: as partes. Por outro lado, pode haver projeção *ultra partes* dos efeitos reflexos aptos a atingir terceiros que, embora não sejam titulares da relação jurídico substancial em litígio, com ela se relacionam, fato que o legitimaria a integrar o processo.

Conforme afirma Dinamarco (2009.c, p. 214) o tema da eficácia da sentença é aparentado com da delimitação subjetiva da coisa julgada às partes, porém neste se exclui a vinculação de terceiros por expressa determinação legal, disposta no artigo 472 do CPC. Enquanto a eficácia determina os que se beneficiam ou suportam os efeitos da sentença, a incidência da autoridade da sentença determinará a impossibilidade de futuramente questionar resultados de processo cuja sentença é coberta pela coisa julgada.

Parece, pois, que “coisa julgada é a imutabilidade da sentença e de seus efeitos” (DINAMARCO. 2009.c, p. 300), qualidade somente incidente após irrecorribilidade da sentença, segundo o artigo 467 do CPC. Conforme o caso, a imunização poderá atingir somente a sentença como ato jurídico processual ou, concomitantemente, ela própria substancialmente e seus efeitos. Aquele caso caracteriza a coisa julgada formal; este, a coisa julgada material. Todavia, esta distinção somente corrobora para a conclusão de que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não institutos diferentes, ou seja, ambas reúnem-se no conceito único de imutabilidade.

---

<sup>30</sup> Neste trabalho foi utilizado o conceito “sentença” em sentido lato por comodidade de linguagem, já que, obviamente, a coisa julgada igualmente acoberta acórdãos que substituam as sentenças (CPC, art. 512).

<sup>31</sup> Deve-se entender a eficácia da sentença como sendo o conjunto de efeitos dela derivados, mesmo os que não se restringem ao comando de seu dispositivo relacionado com a demanda, denominados efeitos secundários. Estes efeitos são constituídos por lei, independentemente da vontade das partes e dos julgadores. Bom exemplo de efeito secundário processual é o consistente em consumir a competência do juízo que proferiu a sentença, ficando, a partir disso, proibido de inovar.



Nesse sentido, coisa julgada formal consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugnar a decisão contida na sentença. No momento que adentra na seara dos atos processuais intocáveis e, por consequência, torna-se insuscetível de substituição por outro acórdão (CPC, art. 512), diz-se que transitou em julgado, como explicita o artigo 467 do CPC. Trata-se do fenômeno da “preclusão que projeta sobre o processo o efeito mortal de impedir que nele se tome qualquer outra decisão sobre a causa” (DINAMARCO. 2009.c, p. 304). Não é por outra justificativa que a coisa julgada formal é conceituada pela doutrina como *preclusio maxima*.

Diferentemente da coisa julgada formal, apta a incidir sobre qualquer decisão, a *auctoritas rei iudicatae* somente se faz presente se a sentença desafia o mérito da causa em cognição exauriente, tendo ocorrido a *preclusio máxima* intraprocessual. Neste caso, mais do que apenas preservar a sentença contra possíveis questionamentos no processo em que foi proferida, projetará efeitos para fora dele para preservar os efeitos da sentença. Segundo Didier Júnior (2011.b, p. 421), a coisa julgada formal é um pressuposto para a ocorrência da coisa julgada material, o que coaduna com o afirmado.

Coisa julgada material pode ser precisamente conceituada como “a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito” (DINAMARCO. 2009.c, p. 307), conforme, ressalta-se, a doutrina tradicional ainda majoritária. Por óbvio, parece que não é disjunta da imutabilidade a norma concreta ínsita ao dispositivo da sentença, sendo igualmente coberto pela coisa julgada material.

Mais do que um instituto de direito processual, primeiramente é uma garantia constitucional corolário da segurança jurídica. Esse status, que pressupõe trânsito julgado formal, transcende a endoprocessualidade para adentrar o mundo real, impondo intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas em face das partes, do juiz e até mesmo do legislador, conforme assegura o artigo 5º, XXXVI, da Constituição. Observa-se, destarte, a aptidão da coisa julgada material de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença<sup>32</sup> por ela cobertos. Ou seja, na linha dos artigos 471 e 474 do CPC, veda-se o reexame da *res iudicium deducta*, evidenciando a eficácia preclusiva da autoridade da coisa julgada material.

A coisa julgada material é garantia fundamental para a segurança jurídica, por esse motivo, há necessidade de traçar claramente seus limites de incidência. O artigo 469

---

<sup>32</sup> A imunização da situação jurídica acobertada pela coisa julgada material desencadeia efeitos positivos e negativos. Ensina Theodoro Júnior (2008, p. 541) que a função negativa exaure a ação exercida, excluindo a possibilidade de reproposição; e o efeito positivo impõe às partes obediência ao julgado como norma indiscutível de disciplina das relações extrajudiciais entre elas e obriga o juiz a ajustar-se a ela.

do CPC, em seus três repetitivos incisos, impõe que a motivação não faz coisa julgada material. Por exclusão, no que tange aos limites objetivos da *auctoritas rei iudicatae*, somente o preceito concreto contido na parte dispositiva da sentença de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não obstante os fundamentos tenham relevância na determinação do alcance do dispositivo.

Conquanto somente o dispositivo qualifique-se imutável, o impedimento a novos julgamentos somente ocorre se a demanda for inteiramente idêntica em seus três elementos identificadores da demanda. Nesse sentido, contribuem para os contornos subjetivos e objetivos da coisa julgada os §§ 1º e 2º do artigo 301 do CPC, ao especificar os elementos constitutivos da demanda aptos a perquirir a identidade delas: mesmos pedidos, partes e causa de pedir.

Ressalta-se, em relação à identidade de causas de pedir, obviamente refere-se à *causae petendi* remota, sendo necessários pressupostos fáticos de incidência outros, aptos a configurar uma *causae petendi* diversa. Se esses novos pressupostos remeterem à mesma causa de pedir, apenas reforçando-a, configura-se identidade. Incidiria a regra do deduzido e do dedutível, que, conforme Didier Júnior (2011.b, p. 436), implica a preclusão (um dos efeitos da coisa julgada material) da possibilidade de discutir o deduzido e torna irrelevante suscitar o que poderia ter sido deduzido.

No plano subjetivo da delimitação, conforme o artigo 472 do CPC, a autoridade da coisa julgada somente vincula os sujeitos processuais aos quais se dirigiu os efeitos da sentença. Há duas razões básicas para isso: primeiramente, o contraditório haveria por reduzido seu âmbito de proteção, caso o sujeito, alheio as oportunidades processuais inerentes à condição de parte, fosse atingido pela coisa julgada material; outra razão obstativa é o desinteresse dos terceiros<sup>33</sup> pelos resultados do processo, que não lhes afeta diretamente a esfera de direitos e obrigações. Diferentemente, o substituído processual, apesar de não constar na relação jurídica processual, é considerado parte para os fins desse artigo. O legislador legitima extraordinariamente o substituto a atuar em nome próprio, entretanto, o substituído sofre incidência da coisa julgada material, caso do processo coletivo analisado infra.

A regra de limitação subjetiva da coisa julgada às partes do artigo 472 do CPC não dá solução a situação derivada dos efeitos indiretos da sentença, anteriormente estudados, o que sinaliza não serem todos os terceiros qualificados como absolutamente

---

<sup>33</sup> Nesse caso, os terceiros são parte do número infinito de pessoas que compõem o grupo dos “terceiros absolutamente indiferentes”. Estes não são autorizados a repor em discussão os efeitos da sentença *inter alios*, não porque a coisa julgada os atinja, mas porque sua vida não é afetada por esses efeitos, faltando-lhes legitimidade *ad causam*.

indiferentes ao processo em que não foram partes. Consoante ensina Dinamarco (2009.c, p. 324), há mais duas classes de terceiros: (I) os titulares de relações jurídicas não afetadas sequer indiretamente pelos efeitos da sentença, mas que dela possa advir prejuízo de fato; e (II) sujeitos de relação jurídica incompatível com a decisão. Semelhantemente aos terceiros absolutamente indiferentes, aqueles que suportam mero prejuízo de fato carecem de legitimidade *ad causam* para questionar a sentença. Estes suportam a eficácia natural da sentença e a ela não podem furtar-se, embora não atingidos pela coisa julgada.

O outro grupo aproxima-se dos efeitos jurídicos da sentença, porquanto tem sua relação jurídica apreciada *incidenter tantum* pelo juiz na motivação da sentença. Essa é a grande questão dos limites subjetivos da coisa julgada: determinar o grau de vinculação desse terceiro ao preceito da sentença que abarcou relação jurídica de que é titular. Existe certamente relação de prejudicialidade entre a causa decidida e a situação jurídico-material em que se encontram certos terceiros não integrados ao processo, por isso, estes são terceiros juridicamente interessados.

Parece que não poderiam os terceiros titulares de relação jurídica incompatível com as questões de mérito da motivação da decisão serem alcançados pela coisa julgada material, em consequência dos limites objetivos desta. Se for a motivação da sentença que dispôs acerca da afirmação ou negação da relação jurídica de sua titularidade não há o que se falar de incidência da *auctoritas rei iudicatae*; em outro processo, nada impede, pois, que o terceiro atingido juridicamente venha instaurar novo debate em torno do direito subjetivo reconhecido *inter alios*. Por óbvio, se a relação é decidida no dispositivo da sentença, integrando a norma jurídica concreta, a imutabilidade estará presente.

#### **1.6.4.1 O regime de formação da coisa julgada e o grau de cognição do magistrado**

Sob o aspecto vertical, a regime de formação da coisa julgada está intimamente relacionado com o grau de cognição do juiz no procedimento. Destarte, segundo Didier Júnior (2011.a, p. 323), a construção dos procedimentos igualmente substancia-se na combinação de modalidades de cognição, horizontal e vertical, a partir das quais o legislador concebe-os adaptados às várias especificidades do direito ou interesses tutelados. Para o estudo das técnicas de produção de coisa julgada desenvolvidas essencial é a teoria da cognição judicial de Kazuo Watanabe, anteriormente explanada no item 1.6.2.1.

Prestigiando o valor segurança jurídica, surgem aqueles procedimentos de cognição plena e exauriente, componentes da regra geral: os procedimentos comuns ordinário

e sumário e os Juizados Especiais Cíveis. Conforme Didier Júnior (2011.a, p. 323), cognição ainda poderá ser plena e exauriente *secundum eventum probationis*. Igualmente à regra geral, não há limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, todavia, profundidade da cognição condiciona-se à existência de elementos probatórios suficientes. Trata-se, exemplificativamente, de técnica processual utilizada na ação civil pública, caso em que funciona como instrumento de política legislativa. Evita-se, “quando em jogo interesse coletivo e indisponível [metaindividuais], a formação da coisa julgada material a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente” (DIDIER JUNIOR. 2011.a, p. 323).

Hipótese do procedimento da ação civil coletiva, a cognição pode qualificar-se como parcial e exauriente, como anteriormente se verificou. Prestigiam-se os valores certeza e celeridade, porquanto a sentença genérica surge em um tempo inferior ao necessário a examinar toda a extensão da situação litigiosa. Esta sentença é apta a produzir coisa julgada material em regime especial, especificamente *secundum eventum litis*, como se demonstrará.

Vislumbra-se ainda a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (*secundum eventum defensionis*), caso da ação monitória e de prestação de contas. Nessa hipótese, somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, eis porque eventual.

Quanto à cognição sumária, permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. No plano vertical, diferencia-se pela maneira como o magistrado enxerga as razões das partes (causa de pedir), o que conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, juízo do provável. Objetiva assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipatória). Caracteriza-se este provimento principalmente, por não ensejar a produção da coisa julgada material.

Diante do exposto, colhe-se a útil conclusão que os procedimentos baseados em cognição sumária são sempre ineptos para a produção de coisa julgada; diversamente, os procedimentos cuja cognição é exauriente mostram-se hábeis a gerar a coisa julgada material.

#### **1.6.4.2 A coisa julgada no processo coletivo**

Basicamente em seu artigo 472, o Código de Processo Civil prevê o regime comum<sup>34</sup> de formação da coisa julgada material: a coisa julgada se opera *inter partes et pro et*

---

<sup>34</sup> As expressões "comum" e "diferenciado" referem-se aos regimes de produção da coisa julgada, e não a esta propriamente dita. Os adjetivos relacionam-se ao surgimento da coisa julgada material, pois o resultado coisa julgada é sempre o mesmo,

*contra*. Isso significa que, preenchidos os supracitados requisitos de sua ocorrência, ela se opera, grosso modo, em relação àqueles que fizeram parte do processo, independentemente do resultado da demanda.

Na seara coletiva, *contario sensu*, seja a natureza dos direitos metaindividuais, seja o processamento coletivo dos direitos individuais homogêneos, ambos impõem utilização de legitimação extraordinária, situação em que as partes não participam do processo coletivo cognitivo. Por sua vez, todas essas peculiaridades impuseram profunda alteração no sistema de produção da coisa julgada material, porquanto as regras da sistemática da coisa julgada *pro et contra* mostram-se imprestáveis.

Não seria plausível imunizar pretensão transindividual por atuação insipiente ou de má-fé de um legitimado em processo coletivo, aplicando-se o regime comum da formação da coisa julgada. Justifica-se, portanto, que, nesse sistema, a prova do fato constitutivo é ônus do autor: *actore non probante, reus absolvitur*. Semelhantemente, no caso de direitos individuais homogêneos, seria imprescindível o veto a repercussões malélicas na esfera dos indivíduos, haja vista a dubiedade da correta e proba utilização das prerrogativas processuais pelo substituto processual. Adiciona-se ainda que seria imperioso delimitar o rol dos indivíduos com esfera jurídica diretamente atingida por efeitos de decisões imutáveis, já que estas poderiam ser iníquas.

Foi nessa perspectiva que surgiram os regimes de produção de coisa julgada diferenciada, que se destacaram do sistema tradicional em dois pontos: de um lado, ampliação da limitação subjetiva; de outro, criação de requisitos restritivos à configuração da coisa julgada, evidenciados nos regimes *secundum eventum probationis e secundum eventum litis*. O Código de Defesa do Consumidor disciplina estes regime jurídicos nas ações coletivas em seu artigo 103, que delimita os contornos subjetivos da coisa julgada e também a relação de afetação da coisa julgada coletiva nas ações individuais.

Em um primeiro momento, artigo 103, I e II, do CDC designa aos interesses coletivos lato sensu extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à coisa julgada incidente sobre o dispositivo, haja vista o princípio da adequação do processo à tutela material. Não poderia ser de outra forma, porquanto ambos são insuscetíveis de fragmentação em espectros atribuíveis a determinada pessoa individualmente considerada, ou seja, “a satisfação (ou não) de um implica, de uma só vez, a satisfação (ou não) de todos quantos se encaixem naquela situação”

---

com as mesmas características, não havendo que se falar em "comum" ou "diferenciada". O que se diferencia são os modos de produção, ou seja, o fenômeno da imutabilidade é obtido por técnicas diferentes. A primeira, referente à generalidade das situações, por isso denominada comum; a segunda, gênero de que são espécies os regimes de formação do caso julgado *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*, a serem estudados. Nesses casos, há derrogações das regras comuns, e que, por isso, podem ser englobadas sob a designação “coisa julgada diferenciada”.

(DIDIER JÚNIOR. 2011.a, p. 324). Dessarte, frente à inevitável mitigação do alcance do artigo 472 do CPC, consignou-se ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada ao patamar *erga omnes* ou *ultra partes*, sucintamente, passou a se alcançar até quem não foi parte na relação jurídica material.

A diferença entre coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, para além da terminológica, circunscreve à diferenciação da indeterminabilidade entre direitos coletivos *stricto sensu* e difusos. A indeterminação absoluta dos titulares dos direitos difusos ocorre porque o marco segregativo deles em relação ao todo (sociedade) se funda em situação circunstancial e episódica. Destarte, a extensão da coisa julgada em pretensões difusas é *erga omnes* para alcançar àquele grupo de pessoas absolutamente indeterminado, destacado por dada circunstância fática.

Díspar é a indeterminabilidade relativa inerente aos direitos coletivos *stricto sensu*, cujo requisito delimitativo é titularizar relação jurídica base específica entre os integrantes do grupo, categoria ou classe ou com a parte contrária. Atendendo ao requisito da adesão à relação jurídica base em questão, a coisa julgada alcançará esse grupo mais homogêneo, por isso a extensão *ultra partes*. A primeira é mais abrangente e indeterminada; esta possui mais especificação, todavia, seria mera prognose diferenciá-los pela amplitude<sup>35</sup>, como ressalta Araújo Sá, “a abrangência subjetiva da decisão não é necessariamente maior nos casos de interesses difusos e coletivos do que nos de interesses individuais homogêneos. A resposta depende da matéria que se cuida”. (SÁ, 2002, p.139)

O artigo 19 da Lei 4717, redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973, já estabelecia o regime *secundum eventum probationis* para a ação popular, que semelhantemente à ação civil pública, tutela somente direitos transindividuais. No mesmo sentido, inevitavelmente, o artigo 103, I e II, do CDC cuidou de estabelecer o regime em tela para a formação da coisa julgada em ação civil pública. Conforme ensina Zavascki (2009, p. 65), depreende-se deste dispositivo do CDC que esta espécie de coisa julgada impõe pressupostos adicionais para aquisição da imutabilidade: que a sentença seja de procedência ou, se for de improcedência, esta não decorra de insuficiência probatória. Destarte, havendo

---

<sup>35</sup> Afirmar que a eficácia *ultra partes* é menos ampla do que a *erga omnes* deve ser entendida *cum grano salis*, porque isso somente pode ser aferido no caso concreto. O que os diferencia abstratamente é a precisão acerca da seletividade do grupo titular do direito em questão. Plenamente possível haver demanda envolvendo direitos coletivos cujo grupo possua amplitude bem mais numerosa do que a titularidade de demandas difusas. Todavia, a meu ver, essa diferenciação não muda o alcance normativo, porquanto o intuito do uso dessas expressões foi simplesmente atestar que a coisa julgada ultrapassará o âmbito dos litigantes para atingir todos os titulares indeterminados do direito indivisível em questão, seja difuso ou coletivo *stricto sensu*.

nova prova, qualquer legitimado poderá utilizar-se de nova ação, com idêntico fundamento. Este é o caso típico da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Ainda no âmbito transindividual, houve ampliação *ope legis* do objeto do processo nas ações civis públicas. Autorizou-se, destarte, o transporte *in utilibus* da coisa julgada referentes aos efeitos secundários da procedência em ação civil pública para as demandas individuais, conforme dispõe o §3º do art. 103 do CDC<sup>36</sup>. Conseqüentemente, na seara individual, o regime de coisa julgada aplicável, diferentemente, será o *secundum eventum litis*, ou seja, só há transporte nas hipóteses de procedência. Não há transporte *in utilibus* da coisa julgada do dispositivo da sentença de improcedência por inexistência de direito material para as relações jurídicas individuais.

Nesse sentido, segundo a lição de Grinover (1991, p.16), foi a referida ampliação do objeto do processo e a inclusão, na coisa julgada coletiva, do dever de indenizar que autorizou o transporte da coisa julgada coletiva para a esfera individual daqueles que foram prejudicados pela violação do direito transindividual. Por sua vez, “estes apoiarão suas pretensões particulares contra a parte vencida a partir da indiscutibilidade da respectiva *causa debendi*.” (THEODORO JÚNIOR. 2008, p. 559)

Contrariamente, consoante Theodoro Júnior (2008, p. 559), a sentença de improcedência da ação civil pública será acobertada pela coisa julgada, caso não se trate de insuficiência probatória, mas inexistência mesma do direito material. Nenhum legitimado poderá repropor idêntica demanda coletiva, entretanto, não prejudicará os direitos individuais de terceiros decorrente do dano transindividual, exceto se figurou como litisconsorte do autor na ação civil pública (artigo 94 do CDC). Obviamente, se a sentença decorre de insuficiência probatória, não se formará coisa julgada material, caso em que qualquer legitimado poderá repropor a demanda.

No âmbito da ação civil coletiva, o artigo 103, III, do CDC, estabelece a coisa julgada *secundum eventum litis*<sup>37</sup>, ao dispor que sentença fará coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

<sup>36</sup> “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução dos termos dos arts. 97 a 100.”

<sup>37</sup> Em análise rigorosa, Gidi afirma com certa razão que haveria coisa julgada *secundum eventum litis* nas ações coletivas do direito brasileiro, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. “A coisa julgada sempre se formará, independentemente do resultado de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que diferirá, de acordo com o evento da lide, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingida. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada).” (GIDI. 1995, p. 73)

Sobre isso, bem pertinente é a observação de Dinamarco (2009.c, p.326), ao afirmar que o verdadeiro alcance deste dispositivo foge à literalidade. A massa de substituídos em ação civil coletiva, verdadeiramente, é beneficiada pelos efeitos diretos da sentença que julga procedente a ação<sup>38</sup>. Não se trata, pois, de mera estabilidade de efeitos, mas projeção dos próprios efeitos diretos.

Destarte, na hipótese de procedência, conforme prevê o inciso III do artigo 103 do CDC, os efeitos imutáveis da sentença serão erga omnes, ou melhor, pretendeu-se estender esses efeitos a todos os substituídos processuais, desde que tenham suspenso as respectivas ações individuais<sup>39</sup>. Por conseguinte, não necessitarão de demandar em nova ação individual condenatória, apenas da ação de cumprimento e sua posterior execução para ser provido da tutela integral. Obviamente, se já houver sentença de procedência transitada em julgado na ação coletiva, não será facultado ajuizamento de ação individual ou de nela prosseguir: falta interesse de agir ao demandante.

Se houver improcedência da ação civil coletiva, diferentemente do ocorrido na tutela metaindividual, despidendo advir ou não de insuficiência probatória, os titulares individuais não serão atingidos pelo dispositivo da sentença, logo, também não pela coisa julgada coisa julgada, exceto se atuou como litisconsorte do substituto (artigo 103,§ 2º do CDC). Somente entre os legitimados coletivos observar-se-á a incidência da coisa julgada.

Finalmente, há a questão do artigo 16 da Lei 7347/85, redação dada pelo artigo 2º da Lei 9494/97, que limita a eficácia da coisa julgada “aos limites da competência territorial do órgão prolator”. Obviamente, não faz sentido cindir territorialmente a imutabilidade da coisa julgada material, de modo a haver sentença com duas qualidades a depender de eventual limitador territorial: haveria uma sentença com a qualidade de ser válida, eficaz e imutável e, concomitantemente, válida, eficaz e mutável.

Igualmente, conforme Zavascki (2009, p. 67), essa limitação não se refere aos direitos transindividuais, porque embora haja pluralidade indeterminada de sujeitos no pólo ativo material, a relação jurídica material é única e incindível. Destarte, essa limitação

---

<sup>38</sup> Nesse mesmo sentido, Didier Júnior acertadamente entende que “as sentenças somente terão estabilizadas suas eficácias em relação aos substituídos (indivíduos) quando forem de procedência nas ações coletivas” (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI. 2008, p. 371)

<sup>39</sup> Os substituídos poderão suspender seus respectivos processos a qualquer tempo, enquanto não transitada em julgado a ação coletiva para serem abrangidos pela coisa julgada. Caso falte ciência dos autores de ações individuais, seja por inexistência ou irregularidade da divulgação do edital, não é causa de nulidade do processo. A única consequência disso é a não contagem do prazo de 30 dias disposto neste artigo para que os demandantes suspendam a ação individual. Claro, se integrarem a relação jurídico processual coletiva como litisconsortes, serão indiscutivelmente atingidos pela coisa julgada.



territorial é ineficaz nessa seara, por isso somente pode se referir aos direitos individuais homogêneos, de que trata o artigo 2º-A da Lei 9494<sup>40</sup>.

Portanto, a norma do artigo 16 da Lei 7347/85 somente subsiste se “objetiva limitar a eficácia subjetiva da sentença, não da coisa julgada, o que implica, necessariamente, limitação do rol de substituídos no processo”. (ZAVASCKI. 2009, p. 67) Tratando-se de direitos individuais, é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares. Compreendida a limitação territorial da eficácia da sentença nos termos expostos, reflexamente é possível conceber a prevista limitação à eficácia da respectiva coisa julgada.

---

<sup>40</sup> Lei 9494, art. 2º-A: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”

## **2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO *INCIDENTER TANTUM* NO BOJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **2.1 Controle de Constitucionalidade no Brasil**

Até o momento, o estudo abarcou apenas parte dos distintos mecanismos de proteção coletiva dos direitos na ordem jurídica, particularmente, os designados a tutelar direitos individuais (especificamente, individuais homogêneos) e metaindividuais. Os instrumentos para a tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada, consubstanciados nos mecanismos de controle de constitucionalidade, serão abordados neste capítulo.

São elementos de sistemática completamente diversa: não se destinam à tutela imediata de direitos, ao contrário dos anteriores. Trata-se da forma indireta de exercício da jurisdição constitucional, caso em que a Constituição é parâmetro para atribuição de sentido ao direito infraconstitucional a ser aplicado no caso concreto ou para perquirir a validade deste. Diversamente, a atuação direta acarreta situações em que a própria Constituição disciplina certas situações da vida.

Quanto aos dois mecanismos de proteção coletiva estudados, o delineamento de seus procedimentos, ação civil pública e coletiva, e a conceituação precisa dos direitos por eles tutelados constituem estágio essencial para a compreensão da problemática das implicações de eventual declaração incidental de inconstitucionalidade.

Contudo, imprescindível manusear satisfatoriamente os mecanismos basilares do processo objetivo, para fazer um contraponto com o processo coletivo. Tal análise possibilitará perquirir as reais possibilidades e limites da análise da constitucionalidade incidental da questão constitucional na ação civil pública e ação civil coletiva.

Por conseguinte, para os indicados fins deste trabalho, serão abordados os controles difuso incidental e concentrado principal. Quanto a este, especificamente, ação direta de constitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, bem como os assuntos acessórios que a circundam. A análise do controle de constitucionalidade da omissão, conquanto interessantíssimo, não seria fundamental para bem caracterizar o processo objetivo.

#### **2.1.1 Breve análise evolutiva do sistema do controle de constitucionalidade brasileiro**

A Constituição imperial de 1824 não havia reconhecido ao judiciário o poder-dever de recusar a aplicação de uma lei, filiando-se à idéia de separação de poderes reinante na França, porquanto a função de guarda da constituição pertencia ao Legislativo, em homenagem ao dogma da soberania do parlamento. Salienta-se a existência do Poder Moderador exercido pelo imperador, que solvia qualquer conflito entre os poderes, por conseguinte, nessas circunstâncias, não havia espaço de atuação para o judiciário nos moldes hodiernos de controle de constitucionalidade.

A gênese da sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro remonta aos Estados Unidos<sup>41</sup>. Com a proclamação da República e o estabelecimento do Estado Federado, houve forte influência norte-americana, o que culminou na adoção pelo Brasil da forma de governo republicana, Presidencialismo, Legislativo bicameral com Senado, criação do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário. Consolidava-se, destarte, amplo sistema de controle difuso de controle de constitucionalidade no Brasil, com a inequívoca consciência à época que esse controle se havia somente *in concreto*.

Certamente a Constituição de 1934 introduziu importantes contornos diferenciados ao sistema difuso implantado anteriormente. Intuindo deflagrar a insegurança jurídica causada por constantes mudanças de entendimento, criou-se a reserva de plenário, instituto que exige a anuência da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade. Haja vista a inexistência de um meio de emprestar eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, consagrou-se a competência do Senado Federal de suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF para tais fins.

A mais inventiva inovação<sup>42</sup> foi a declaração da inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal, ou seja, a representação interventiva, confiada ao Procurador

---

<sup>41</sup> Em 1803, meio a ambiente politicamente hostil, a Suprema Corte dos EUA se reuniu para julgar o caso *Marbury v. Madison*. Trata-se da primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando interpretação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais, ou seja, trata-se do *judicial review*. No desenvolvimento de seu voto, o juiz Marshall, presidente da Corte em tela, em um primeiro momento, demonstrou o direito de Marbury à investidura como juiz de paz para exercê-lo durante 5 anos. Em um segundo momento, constatou que deveria haver remédio jurídico para assegurá-lo o direito constatado, que seria o *writ of mandamus*. Conforme explicita Barroso (2009, p. 8), Marshall concluiu que diante do conflito entre lei e Constituição, pode a Corte deixar de aplicar uma lei inconstitucional, baseando-se em três grandes fundamentos o Presidente da Suprema Corte. Invariavelmente, a “supremacia da Constituição”; como consequência da primeira premissa, “nulidade da lei que contrarie a Constituição”; e finalmente, fixando o incumbido de solucionar essa questão, fixando a controversa premissa à época que é o “Poder Judiciário o intérprete final da Constituição”.

Pode-se concluir que foi a decisão do caso *Marbury v. Madison* que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, que surgiu como difuso e por via incidental. Mais do que isso, “deixou assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final” (BARROSO. 2009, p. 10). Prevaleram, pois, os valores perenes da Constituição frente à vontade circunstancial das maiorias.

<sup>42</sup> Vale ressaltar que na Constituinte de 1934, houve projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco pelo deputado Nilo Alvarenga. A fundamentação dessa proposta referia-se diretamente à conferência de Kelsen e o desenvolvimento da jurisdição constitucional. Além disso, a possibilidade de se outorgar á órgão do ministério público a

Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios do artigo 7º, I, “a” a “h”, da Constituição de 1934. “Cuidava-se de peculiar forma de composição judicial de conflitos federativos que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, a declaração de sua constitucionalidade pelo STF.” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1037)

Tal modelo de representação interventiva foi incorporado com modificações à Constituição de 1946: em vez de constatação da constitucionalidade da lei, que deflagrava a intervenção, a aferição da compatibilidade do direito estadual com os princípios sensíveis ocorria diretamente. Embora fosse forma peculiar de composição de conflitos federativos, Mendes (2009, p. 65) aponta que a jurisprudência e a doutrina tratavam-no como típico processo de controle abstrato, o que deu à representação interventiva bastante destaque nos primeiros tempos. Dessa forma, muitas decisões proferidas nesse processo serviram para esclarecer importantes questões constitucionais de compatibilidade de direito constitucional de diferentes estados com a Constituição Federal.

Foi com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 que houve a introdução ao lado da representação interventiva e segundo seu modelo, um sistema de controle abstrato de normas perante o STF, destinado à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais. Tinha como legitimado único o Procurador Geral da República, “exercendo o papel especial de *advogado da Constituição*<sup>43</sup>” (MENDES. 2009, p. 69). Essa inovação, denominada representação de inconstitucionalidade afasta-se por completo da representação interventiva, porque esta pressupõe conflito concreto entre Estado e União, em que o Procurador Geral da República atuava como representante judicial da União; por outro lado, a representação de inconstitucionalidade é controle abstrato de normas, um processo objetivo, destinado à defesa da Constituição.

A Constituição de 1967 não trouxe muitas inovações: manteve intocáveis o controle difuso e a representação de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1946, com a emenda 16/65. Entretanto, quanto à representação interventiva, teve seu objeto ampliado para garantir a observância da execução da lei federal, além da já existente observância dos princípios sensíveis. Conquanto a constituição de 1967 não tenha incorporado o processo de competência originária dos Tribunais de Justiça sobre o juízo de

---

iniciativa do controle de constitucionalidade in abstrato, positivada posteriormente no Brasil em 1965, já havia sido contemplada por Kelsen ao discorrer sobre o processo constitucional.

Como cediço, Kelsen introduziu o controle de constitucionalidade na Europa, por meio da Constituição austríaca em 1920. Para ele, controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional que se caracterizava como atividade legislativa negativa

<sup>43</sup> Advogado da Constituição era um instituto kelseniano, criado em analogia com o promotor público no processo penal, que instaurava de ofício o controle de normas que reputasse inconstitucional.

constitucionalidade dos atos normativos municipais e estaduais, cujos parâmetros eram respectivas Constituições Estaduais, a Emenda 1/69 o fez expressamente.

Nesse período, houve intensas discussões acerca da discricionariedade do Procurador Geral da República para oferecer a representação de inconstitucionalidade ao STF, porém ficou assente a plena liberdade de representação para que não se tornasse um despachante autorizado o que não contribuiu para o deslinde da natureza do instituto da representação de inconstitucionalidade.

Àquela época, a doutrina majoritária, até em função dessa linha de entendimento, não desvendou a verdadeira natureza do instituto da representação interventiva: parece que sua natureza ambivalente. Não se pretendia que o propósito exclusivo da representação pelo Procurador Geral da República fosse a declaração de inconstitucionalidade da norma. Pelo contrário, conforme indicava o artigo 169<sup>44</sup> do Regimento Interno do STF, poderia efetivar a representação de inconstitucionalidade mesmo que com parecer contrário.

Verdadeiramente, “era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de controvérsia constitucional relevante” (MENDES. 2009, p. 76). Por conseguinte, existindo esta, conclui Mendes (2008, p. 1050), convolava o “poder” do Procurador Geral da República em propor a representação em “poder-dever” de submeter a questão constitucional relevante ao STF sob a forma de representação de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, no caso de estar convencido da improcedência da arguição de inconstitucionalidade.

Foi nesse estágio do controle de constitucionalidade que veio o Poder Constituinte originário a promulgar a Constituição de 1988, trazendo significativas mudanças à sistemática brasileira de aferição da constitucionalidade, como se demonstrará infra.

### **2.1.2 Pressupostos, conceitos e legitimidade do controle de constitucionalidade**

Antes de qualquer consideração, faz-se necessário conceituar e diferenciar jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade. Segundo Barroso (2009.a, p. 3), jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais, ou melhor, explica-se: é “a atuação do Poder do Estado na aplicação e interpretação da Constituição, constitui o que se denomina jurisdição constitucional” (ZAVASCKI. 2001, p. 11). Tal aplicação poderá ser direta, caso a própria norma constitucional discipline determinada situação da vida; ou indireta, na hipótese em que a Constituição sirva de referência para a

---

<sup>44</sup> Art. 169 - O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade. § 1º Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.

atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Somente na segunda situação é que se enquadra o controle de constitucionalidade. Portanto, essa forma de exercício da jurisdição constitucional é um instrumento para a tutela mediata da ordem jurídica, abstratamente considerada, consubstanciado nos variados mecanismos de controle de constitucionalidade.

Diante dessa necessidade de tutela abstrata da ordem jurídica, o legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Lei Maior. Parece óbvio, todavia, como indica Lenza (2011, p. 219), que há ao menos três pressupostos fundamentais à existência da atividade relacional do controle de constitucionalidade, tendo a Constituição como parâmetro: a supremacia e a rigidez constitucionais e a atribuição de competência a certo órgão para fazer esse juízo.

“A idéia de controle, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo” (LENZA. 2011, p. 219), ocupando a Constituição posição hierárquica superior, caracterizando-se como norma de validade aos demais atos normativos. Trata-se do Princípio da Supremacia da Constituição, o que torna a Lei Maior fundamento de validade das demais normas, conforme típico conceito jurídico de Constituição kelseniano, segundo o qual “uma lei somente pode ser válida com fundamento na constituição” (KELSEN. 2003, p. 300). Nessa perspectiva, a norma constitucional deve ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aqueles aptos a gerarem normas infraconstitucionais. É resignante esse pressuposto, pois, se assim não fosse, em caso de contrariedade, ocorreria a revogação do ato anterior (Constituição), não a inconstitucionalidade. Nesse sentido,

as Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois, a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos (BONAVIDES, 2006, p. 296).

Feita essa análise preliminar, vem à tona a necessidade de conceituar o objeto desses mecanismos: a constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Parece que infirmam conceitos relacionais, ou melhor, propõe-se investigação da “relação entre alguma coisa e outra coisa que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido” (MIRANDA. 2001, pp. 273-274). Trata-se de relação de índole

normativa e valorativa que qualifica a inconstitucionalidade, porquanto, somente dessa maneira constata-se a obrigatoriedade do texto constitucional e ineficácia de todo e qualquer texto normativo contraveniente.

A perspectiva relacional das searas normativas escalonadas, resultante da Supremacia constitucional, indubitavelmente não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas (critério hierárquico dinâmico derivado do conceito jurídico de constituição kelseniano), mas igualmente a observância de sua dimensão material. Pode-se afirmar então que:

a Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma “ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade”. É ordem fundamental, eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regularização infraconstitucional (CLÈVE, 2000, p. 25-26.).

Essa atividade relacional teve sua gênese evidenciada no paradigmático caso *Marbury v. Madison*. A supremacia da constituição revelou sua posição hierárquica preponderante dentro do sistema normativo, que se estrutura de forma escalonada, sendo ela fundamento de validade para as demais normas. Diante dessa situação de supremacia validante da Constituição, nenhuma lei ou ato normativo – melhor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se desconforme. Salienta-se que a supremacia da Constituição irradia-se sobre todas as pessoas públicas ou privadas, entretanto, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta os atos emanados dos órgãos de poder, portanto, públicos de natureza. Condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por instrumentos diversos<sup>45</sup>.

Por esse motivo histórico, Lenza (2011, p. 220) destaca que houve grande influência do direito norte americano sobre a maioria da doutrina brasileira, culminando na adesão da teoria da nulidade. Segundo essa teoria, a decisão de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, que afeta o plano da validade da norma, declara situação pretérita, ou seja, trata-se de vício congênito. A idéia é a lei ser considerada “natimorta”, conquanto existente, logo, não produziria efeitos desde o primeiro momento de sua vigência (eficácia).

Todavia, como será adiante estudado, impera atualmente a relativização da concepção unitária sobre a inconstitucionalidade advinda do dogma da nulidade pelo mecanismo da modulação de efeitos. Todavia, levada a relativização ao extremo, deve-se

<sup>45</sup> Nesse mesmo sentido, Miranda (2001, p. 10 apud BARROSO. 2009, p. 11) afirma que não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas. Tais violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, diverso dos regimes especiais a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado.

destacar que, com a ausência de sanção imposta à divergência relacional em tela, invariavelmente, mostrar-se-á convertido o conceito de inconstitucionalidade em mera crítica.

Quanto aos fundamentos do controle de constitucionalidade, expõe Barroso (2009.a, pp. 57-58) que a legitimidade do desempenho da jurisdição constitucional, logo do controle de constitucionalidade, deve interagir com outros dois conceitos subjacentes ao Estado Constitucional, atualmente em fase de reavaliação: dogma da vontade da maioria e a separação dos poderes.

É de clareza solar que a democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, incluídos os direitos fundamentais, para preservá-los das injunções políticas; e, sobretudo, assegurar a observância de procedimentos que propiciem participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios<sup>46</sup>. Certamente, “a tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional” (BARROSO. 2009.a, p. 58). Partindo dessas premissas, mostra-se plenamente positiva a conciliação entre democracia e jurisdição constitucional.

### 2.1.3 Espécies de inconstitucionalidade

Caracterizado o fenômeno da inconstitucionalidade, parece conseqüente que há tantos tipos ou manifestações diferentes desse juízo comparativo quanto diversos os critérios de aferição.

O mais usual critério distintivo é o relativo à origem do defeito que macula o ato questionado, que culmina na classificação em inconstitucionalidade formal e material. Lenza (2011, p.231) conceitua inconstitucionalidade formal *lato sensu*, ou nomodinâmica, como sendo aquela relativa a algum vício formal, em sentido amplo. Se o ato normativo tiver sido produzido em desconformidade com normas de competência, é denominada inconstitucionalidade formal orgânica; ou se o desvirtuamento for a mácula do procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico, é hipótese de ocorrência da espécie inconstitucionalidade formal *stricto sensu*.

Lenza (2011, p. 233) ainda dispõe acerca de uma terceira espécie de vício formal, que seria aquele atinente à violação de pressupostos objetivos do ato normativo.

---

<sup>46</sup>O exercício e desenvolvimento desses procedimentos democráticos mantêm desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório. Isso é cabalmente observado no caso brasileiro, por conta da legitimação dos partidos políticos com qualquer representação no Congresso Nacional, o que possibilita às minorias impugnar decisões tomadas pela maioria, subsistindo aquelas.



Trata-se simplesmente de inobservância de algum pressuposto estabelecido na Constituição que não foi observado na edição do ato normativo, não obstante não tenha havido irregularidades no procedimento legislativo<sup>47</sup>

A inconstitucionalidade material, denominada nomoestática por Lenza (2011, p. 234), diz respeito ao próprio conteúdo do ato com regra ou princípios constitucionais, verificando-se igualmente em eventual desvio de poder<sup>48</sup> ou em excesso do poder legislativo<sup>49</sup>.

Vislumbrado os diversos momentos da edição das normas constitucionais, a inconstitucionalidade é dividida em originária ou superveniente. Se a norma legal é posterior à norma constitucional em análise, trata-se de típico caso de inconstitucionalidade originária. Contrariamente, caso a norma constitucional seja superveniente à norma ordinária pré-constitucional, constatada a incompatibilidade, cuida-se de revogação<sup>50</sup> no direito brasileiro, não inconstitucionalidade superveniente.

Outra espécie de inconstitucionalidade é aquela resultante do tipo de conduta do legislador: inconstitucionalidade por ação e a por omissão. Caso haja conduta positiva, ou seja, normas jurídicas já estatuídas, a inconstitucionalidade por ação configura-se pela incompatibilidade dos atos legislativos com norma constitucional. Foram para esses casos que foram criados todos os modelos de controle de constitucionalidade nas suas mais variadas modalidades.

Por outro lado, segundo Mendes (2008, p. 1025), havendo conduta omissiva<sup>51</sup>, será inconstitucional se culminar em inobservância de dever constitucional de legislar, observado tanto de comandos explícitos, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. Caracteriza-se a omissão, tanto se for

---

<sup>47</sup> Clève (2000, p. 41) aponta como exemplo a edição de medidas provisórias sem a observância dos requisitos de relevância e urgência (CF, art. 62, *caput*) ou a criação de municípios por lei estadual sem a observância dos requisitos do art. 18, §4º da CF.

<sup>48</sup> Mendes (2008, p. 1013) afirma ser tema bastante tormentoso, pois se cuida de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionais previstos ou a constatar a observância do princípio da proporcionalidade, ou seja, proceder à censura acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, ou ponderação.

<sup>49</sup> Como manifestação de inconstitucionalidade, o excesso de poder implica censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, ou seja, na esfera de liberdade de conformação legislativa. Reconhece-se o poder de conformação do legislador apenas dentro dos limites estabelecidos pela Constituição.

<sup>50</sup> A matéria não é afeta ao juízo de constitucionalidade, mas possui implicações no âmbito do direito intertemporal, ou seja, a colisão dessas normas não se encontra no âmbito da supremacia da constituição, sim em vista da força da *lex posterior*. A adoção dessa posição pelo STF indica um argumento prático, que desincumbe os tribunais de submeter a matéria ao plenário para declarar a inconstitucionalidade, porquanto trata-se de mera revogação; e um argumento lógico, já que o legislador pré-constitucional não poderia ter sua norma padecida de nulidade pela mudança futura do parâmetro constitucional, já que não é ainda possível adivinhar o futuro.

<sup>51</sup> Ressalta-se que o mero não fazer do legislador não implica omissão inconstitucional, já que legislar, como regra é uma faculdade inserta na liberdade de conformação. Todavia, atenta Barroso (2009, p. 34) que se a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima. Tais imposições constitucionais apresentam-se como normas constitucionais de organização e normas definidoras de direitos.

a total, caso em que o legislador abstém-se completamente do dever jurídico de atuar, como a parcial<sup>52</sup>, hipótese de atuação insuficiente diante da vontade constitucional. Dessa forma, Canotilho (1993, p. 982 *apud* LENZA. 2011, p. 230) distingue que enquanto a ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão).

Finalmente, deve-se ressaltar a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais no direito brasileiro, derivada das próprias limitações impostas pelo poder constituinte originário à possibilidade de reforma da Constituição pelo poder constituinte derivado, para assegurar a integridade da essencialidade da ordem jurídica fundamental. Destarte, desrespeitadas as limitações circunstanciais, formais, ou materiais (clausulas de eternidade) pelas emendas à Constituição ou Revisão Constitucional, legítima é a declaração de inconstitucionalidade da norma constitucional.

#### 2.1.4 Modalidades de controle de constitucionalidade

Pressupostas a supremacia da Constituição e sua força vinculante em relação aos poderes públicos, invariavelmente vêm à tona as formas e modos de controle da Constituição. A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: americano, francês e austríaco<sup>53</sup>. Dessas matrizes básicas, teoricamente com características bastante estanques<sup>54</sup>, derivam as variações

<sup>52</sup> A omissão parcial subdivide-se em duas espécies: omissão parcial relativa, que se caracteriza pela exclusão pela lei de sua hipótese de incidência determinada categoria que nela deveria estar abrangida, privando-a do benefício, em violação ao princípio da isonomia; e a omissão parcial propriamente dita, situação em que o legislador, sem violar o princípio da isonomia, atua de modo insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe era imposta.

<sup>53</sup> Para fins de esclarecimento preliminar, o modelo americano, cujo marco é o *leading case Marbury v. Madison*, caracteriza-se essencialmente por ser exercido difusamente por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de suas funções jurisdicionais, cuja decisão da inconstitucionalidade terá caráter declaratório (*ex tunc*), pois vício da inconstitucionalidade é congênito. O modelo austríaco, tendo Kelsen (2003) como seu mentor, valendo-se do prestígio do Tribunal Constitucional alemão, disseminou-se na Europa depois da Segunda Guerra Mundial. Como previu Kelsen (2003, p. 303), caracteriza-se basicamente pela criação de um órgão próprio – Corte Constitucional – ao qual atribui competência para concentradamente exercer juízo acerca da constitucionalidade (monopólio da jurisdição constitucional). Dessa forma, no controle do caso concreto, os juízes e tribunais suspenderão o processo em que há arguição plausível de inconstitucionalidade, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional (cisão funcional vertical). Após o pronunciamento desse órgão, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo competente. Quanto ao modelo francês, caracteriza-se por ser não judicial e prévio.

<sup>54</sup> Parece certa a observação de Mendes (2008, p. 1007) no sentido de a pretensa divisão estanque nos três referidos modelos básicos mostra-se útil apenas para fins didáticos. O desenvolvimento desses modelos claramente inclina a uma situação de convergência e aproximação a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

O modelo austríaco ou europeu rompeu com o monopólio de controle das cortes constitucionais, passando outros órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria, por conseguinte, os juízes e tribunais passaram a ser ativos participantes do controle de constitucionalidade, ao menos na condição de órgão incumbido de provocação.

Da mesma forma que se mostra mitigada o pretensão hiato com o modelo americano, este, por sua vez, vem perdendo sua característica de defesa de posições unicamente subjetivas. A modelagem processual do modelo americano acusa essa tendência de objetivação com a utilização de mecanismos como *amicus curiae*, que amplia o âmbito das discussões da questão constitucional. Além disso, o *writ of certiorari* possibilita filtragem das questões relevantes para serem decididas pela

de sistema de controle de constitucionalidade de outros países. Para melhor compreensão didática dos sistemas constitucionais derivados dessa matriz, sistematizaram-se as características de cada um desses modelos básicos levando em conta variados critérios<sup>55</sup>.

O critério mais básico é relativo à natureza do órgão incumbido do controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, é possível diferenciar o controle político<sup>56</sup> do controle judicial, sendo naquele o exercício de fiscalização da constitucionalidade por órgão, geralmente, ligado de modo direto ao parlamento, muito associado ao modelo francês. O Conselho Constitucional francês, composto por nove membros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, manifesta-se previamente à promulgação de determinada lei, não tendo o poder de declarar inconstitucionais quaisquer diplomas legais já vigentes.

O controle judicial, que teve origem no direito norte-americano, parte da premissa que se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente. Enquanto no modelo americano qualquer juízo afasta a norma inconstitucional no exercício da jurisdição ordinária, no modelo austríaco, há órgão específico para essa incumbência – tribunais constitucionais – cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário.

Enfatizado o momento de exercício do controle de constitucionalidade, existem dois extremos paradigmáticos ideais: controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori*, e o prévio, ou preventivo. Este se realiza anteriormente à da conversão de um projeto de lei em lei, visando impedir a entrada em vigor de um ato normativo. Destarte, o órgão de controle não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação das inconstitucionalidades. O controle repressivo, destinado a paralisar a eficácia da lei, contrariamente, como ressaltado por Mendes (2008, p. 1007), somente pode ser realizado a partir da promulgação da lei<sup>57</sup>, no caso de controle concentrado principal, e de sua entrada em vigor para a modalidade difusa.

---

Suprema Corte e, finalmente, o *stare decisis* implica no reconhecimento do efeito vinculante às decisões. Por fim, até mesmo o modelo francês vem adotando gradualmente postura que se aproxima de um órgão de jurisdição constitucional.

<sup>55</sup> Por óbvio, todos os critérios a seguir expostos são meros pontos de referência para fins de melhor visualização do tema, ou seja, nada impede, ao contrário, ocorre na maioria das vezes, que haja modelos reais que diante de um mesmo critério classificatório ideal situe em algum ponto dos dois extremos paradigmas.

<sup>56</sup> Há autores, como Meirelles (2009, p. 78) que consideram ser agente político o órgão estatal dotado de autonomia de decisão outorgada diretamente pela constituição, devendo perceber subsídio. Nesse sentido, também os juízes e tribunais, por sua atuação independente e não hierarquizada, são considerados órgãos políticos. Nessa perspectiva, mais apropriado seria denominar o “controle político” de controle não judicial.

<sup>57</sup> Vale ressaltar que “em regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, a anuência do Poder Executivo ao projeto aprovado pelo legislativo” (BARROSO. 2009, p. 46), logo, sanção e veto somente recaem sobre projetos de lei. Diferentemente, a promulgação, rigorosamente não integra o processo legislativo, ou seja, “promulga-se [...] lei, que já existe desde a sanção ou veto rejeitado. É errado falar em promulgação de projeto de lei” (SILVA. 2009, p. 528).

Reforça José Afonso da Silva (2009, p. 529) que promulgação é apenas meio de constatar a existência da lei, sendo esta perfeita antes de ser promulgada. Por isso, pode-se afirmar tranquilamente que a promulgação não faz a lei, mas seus efeitos somente se produzem depois daquela. “O ato de promulgação tem, assim, como conteúdo a presunção de que a lei

No âmbito do controle judicial, há o critério bastante utilizado relativo ao órgão judicial que exerce o controle, que culmina na divisão entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Serão mais detidamente explicados infra, mas desde já se pode firmar, grosso modo, que enquanto o modelo difuso permite a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento e a não aplicação da norma considerada inconstitucional; o concentrado é exercido por um único órgão ou número limitado deles criados especificamente para este fim ou tendo ela como a principal.

Outro critério bastante utilizado considera a forma procedimental do tratamento da questão constitucional. Segundo esse critério, nas lições de Barbosa Moreira (2008, p. 29), denomina-se controle por via incidental<sup>58</sup>, ou *incidenter tantum*, se a fiscalização constitucional de juízes e tribunais incide sobre o caso concreto, sendo a questão constitucional apreciada no curso do processo relativo ao caso concreto como verdadeira questão prejudicial. Dessarte, decidida, assenta premissa lógica necessária para a resolução do litígio.

Por outro lado, se o controle for exercido fora do caso concreto, independentemente de disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão da própria lei, trata-se do controle de constitucionalidade por via principal, ou *principaliter*. Nesse caso, não se tutela diretamente direitos subjetivos, mas sim a preservação da harmonia do sistema jurídico.

#### **2.1.4.1 A sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro: uma modalidade mista**

---

promulgada é válida, executória, e potencialmente obrigatória” (SILVA. 2009, p. 529), sendo esta condição obrigatória para a produção de efeitos.

Pelo exposto, justifica-se a posição da possibilidade de controle abstrato a partir da promulgação, não obstante o momento em que há transformação do projeto de lei em lei seja a sanção ou rejeição do veto (CF, art. 66, § 4º). Segundo o art. 66, § 7º, da CF, há a incumbência de promulgação sucessivamente pelo Presidente da República, Presidente do Senado e Vice Presidente do Senado, entretanto, não é possível obrigá-los. Com isso, mesmo existindo a lei, sem a promulgação nunca se tornará eficaz, por conseguinte, o controle de constitucionalidade antes da promulgação poderia se tornar, de certa forma, preventivo, visto que ainda não integrou a norma ao ordenamento.

Quanto ao controle difuso incidental, parece que mesmo com a promulgação, faltaria a publicação como condição para a lei entrar em vigor e tornar-se eficaz, segundo Silva (2009, p. 529). Parece certo que se a lei ainda não tem eficácia, não poderá incidir sobre uma situação fática, logo, a manifestação pela sua inconstitucionalidade como questão constitucional prejudicial ao julgamento do mérito é inviável. A hipotética declaração de constitucionalidade da lei que ainda não vigora em nada influenciará a relação jurídica litigiosa. Se houvesse a fiscalização da constitucionalidade, indubitável seria o caráter preventivo do controle, quando não deveria ser.

<sup>58</sup> Apesar de estarem freqüentemente relacionados, não se confundem conceitualmente controle por via incidental – realizado na apreciação do caso concreto – e controle difuso – desempenhado por qualquer juiz no exercício regular da jurisdição. Exemplo disso no Brasil é a ADPF incidental, caso de controle concentrado e incidental. Tampouco se confundem o controle principal e o concentrado, que além do exemplo supra, pode-se citar a ação direta interventiva, caso de controle concentrado e concreto.

O modelo misto brasileiro de fiscalização da inconstitucionalidade adota predominantemente, como cediço, o controle judicial, atribuindo aos órgãos do poder judiciário a última e definitiva decisão acerca da interpretação constitucional. Todavia, como assegura Barroso (2009.a, p. 67), o próprio texto constitucional, explicitamente, ou o por interpretação sistemática elencam hipóteses em que o Executivo e o Legislativo – controle político de constitucionalidade - desempenham papel relevante na sistemática do controle de constitucionalidade, tanto repressivo, como preventivo, no plano concreto e no abstrato.

O Presidente da República<sup>59</sup>, no procedimento legislativo comum, consoante o artigo 66, §1º, da CF, receberá o projeto de lei para sanção ou veto depois de discutido e aprovado nas duas casas legislativas. Se considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional deverá vetá-lo<sup>60</sup>, total ou parcialmente, impedindo seu ingresso no mundo jurídico, porquanto incompatível com a Constituição. Este juízo é considerado fiscalização da inconstitucionalidade política e prévia.

Entretanto, de acordo com o artigo 66, §4º, da CF, na hipótese de veto, cabe ao Congresso nacional, em sessão conjunta, apreciar o ato, rejeitando o veto pela maioria absoluta, em escrutínio secreto. Assim ocorrendo, o juízo acerca da constitucionalidade da norma prevalecerá sobre o veto de inconstitucionalidade do Executivo, convertendo-se o projeto em lei (CF, art. 66, §§ 5º e 7º). Por óbvio, igualmente, trata-se de controle político e prévio, porém, exercido pelo Legislativo.

Excetuando sua atuação eminentemente repressiva, afirma Lenza (2011, p. 237) que o Judiciário também pode exercer controle preventivo de constitucionalidade difuso por via incidental. Ocorre com a análise da questão constitucional em sede de mandado de segurança impetrado exclusivamente por parlamentar<sup>61</sup> contra Mesa da Câmara ou do Senado com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. Sobre os projetos de Emendas à Constituição, cabível a medida também no caso de afronta às cláusulas de eternidade.

Como cediço, todos os Poderes da República interpretam a Constituição e tem o dever de assegurar seu cumprimento, conquanto esta seja primazia do judiciário – não monopólio. Anteriormente à Constituição de 1988, em virtude do monopólio de propositura

---

<sup>59</sup> Pelo princípio da simetria, segue o mesmo procedimento de aprovação no âmbito estadual e municipal, logo, também os Governadores e Prefeitos também farão juízo de aquiescência, sancionando o projeto de lei do respectivo Legislativo, ou não, vetando-o.

<sup>60</sup> Modalidade de veto é aquele cujo fundamento restringe-se à contrariedade ao interesse público, fundado em juízo político de conveniência e oportunidade. Nesse caso, obviamente, não será hipótese de controle de constitucionalidade.

<sup>61</sup> A legitimidade é exclusiva dos parlamentares, porque são os únicos que têm o direito subjetivo público de não participar de votação inconstitucional.

da representação de inconstitucionalidade, considerava-se legítimo o Chefe do Executivo não aplicar lei que considerasse inconstitucional, bem como expedir determinações nesse sentido aos seus subordinados hierárquicos, assumindo os riscos decorrentes.

Entretanto, com a Constituição de 1988 e a extinção do referido monopólio de legitimidade do acesso ao controle concentrado, adicionada a possibilidade de concessão de medida cautelar, esse controle político repressivo não subsiste para o Presidente e Governadores, porquanto são legitimados. No entanto, afirma Barroso (2009.a, p. 70) que essa possibilidade de controle mantém-se para os Prefeitos, visto que por não figuram no rol do art. 103 da CF, dessa forma, aplicar a lei inconstitucional seria negar a aplicação da Constituição.

Quanto ao Poder Legislativo, a Constituição reserva mais três possibilidades de fiscalização da inconstitucionalidade. Nos termos do art. 58 da CF o Congresso e cada uma de suas casas<sup>62</sup> possuem comissões permanentes, cujas atribuições são previstas no regimento interno. Destarte, como regra, as casas legislativas contemplam em seus regimentos internos existência de uma Comissão de Constituição e Justiça, dentre cujas atribuições salienta o juízo de constitucionalidade acerca das propostas de emenda constitucional e projetos de lei. Facilmente se percebe tratar de controle de constitucionalidade preventivo político, cuja decisão é sujeita à revisão pelo plenário da respectiva casa.

O artigo 49, V, da CF, atribui ao Congresso a possibilidade de sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Nesse caso, o controle de constitucionalidade exercido objetiva assegurar a observância do princípio da legalidade. Finalmente, o artigo 62, §5º, da CF, também evidencia controle de constitucionalidade o juízo prévio do Congresso acerca do atendimento ou não dos pressupostos constitucionais da medida provisória (relevância e urgência), sendo possível sua rejeição liminar.

### **2.1.5 O controle judicial de constitucionalidade no Brasil**

No Brasil é incontroversa a posição do Judiciário de interprete definitivo da Constituição. Não por outro motivo, afirma-se ser nosso sistema de controle de constitucionalidade predominantemente judicial, já que as fiscalizações de inconstitucionalidade exercidas pelos demais Poderes podem ser submetidos à apreciação derradeira do Judiciário.

---

<sup>62</sup> Pelo princípio da simetria, igualmente se estende esse modelo no plano estadual e municipal.

A Constituição de 1988, quanto aos órgãos judiciais incumbidos do controle de constitucionalidade, manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso – sistema americano, que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado via Emenda Constitucional 16/65. Houve igualmente manutenção da representação interventiva nos moldes estudados anteriormente e do recurso extraordinário, porém, este circunscrito às questões constitucionais.

Além disso, preservou os remédios constitucionais incidentais e difusos do habeas corpus, habeas data e mandado de segurança. Quanto a este, inovou ao possibilitar expressamente sua modalidade coletiva no artigo 5º, LXX, da CF. Insere-se a inovação do mandado de segurança coletivo<sup>63</sup>, como estudado, nas hipóteses de mecanismos processuais utilizados para tutelar individuais homogêneos.

Na seara das inovações, introduziu o controle da constitucionalidade por omissão, instrumentalizado, incidentalmente, pelo mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI, c/c art. 102, I, “q”) e, por via principal e abstrata, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º). Adiciona-se, principalmente, a criação da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade<sup>64</sup> (CF, art. 102, I, “a”, c/c o art. 103), com larga ampliação do rol de legitimados para propositura. Isso demonstra indubitavelmente que a “pretensão do constituinte foi reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1055).

Posteriormente, houve regulamentação da previsão constitucional (CF, art. 102, §1º) da ação de descumprimento de preceito fundamental pela Lei 9882/99, que veio com o objetivo de emprestar completude ao sistema concentrado de controle de constitucionalidade, conforme se cuidará mais detalhadamente infra.

### **2.1.5.1 Controle de constitucionalidade difuso por via incidental**

A idéia de controle difuso de constitucionalidade , historicamente, deve-se ao paradigmático julgado do Juiz John Marshal da Suprema Corte americana no caso *Malbury*

<sup>63</sup> Bem afirma Zavascki (2009, p. 194) que o perfil originário do mandado de segurança individual já comportava a tutela de direitos coletivos, bastando que o impetrante estivesse legitimado para substituição processual. Assim não há como negar que a grande inovação do inciso LXX do artigo 5º da Constituição foi de transformar o mandado de segurança em instrumento não propriamente para tutela de direitos coletivos stricto sensu, mas sim para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais.

<sup>64</sup> Vale rememorar que somente houve a criação da ação declaratória de constitucionalidade com a Emenda Constitucional 3/1993, com equiparação dos legitimados com a ação direta de inconstitucionalidade com a Emenda Constitucional 45/2004. Ainda subsiste o déficit do objeto da ação declaratória, já que comporta aferição somente do direito federal, enquanto a ação direta engloba direito federal e estadual.

*vs. Madson*, Ele assentou que havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior. Por isso, é nula qualquer lei incompatível com a Constituição, pois esta é fundamento de validade das normas infraconstitucionais, segundo esse critério hierárquico dinâmico.

O controle difuso incidental, ainda denominado controle por via de exceção ou de defesa, “é o de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder” (BONAVIDES. 2006, p. 325), sendo a única via acessível ao cidadão comum para tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

Controle de constitucionalidade caracteriza-se difuso, fundamentalmente, por poder exercido por quaisquer juízes ou tribunais, inclusive os superiores. No desempenho normal da jurisdição ordinária, quaisquer dos referidos órgãos jurisdicionais, “no ato de realização do direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem verdadeiramente o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição” (BARROSO. 2009.a, p. 94). Por certo, o incidente de inconstitucionalidade possui processamento diverso, a depender de ser um juízo monocrático e colegiado, este submetido à exigência da reserva de plenário.

Quanto à qualificação de “incidental” desse controle procede da sua origem em uma relação processual concreta, da qual surge questão constitucional. Esta configura antecedente lógico e necessário - questão prejudicial - à decisão judicial concreta, que inarredavelmente há de versar sobre a existência ou não da relação jurídica. Por conseguinte, não figura o deslinde constitucional no pedido do autor, mas meramente na *causae petendi* da demanda. A declaração da inconstitucionalidade não passa, pois, de um incidente no bojo do processo, sendo vedada desvinculação desta com o mérito do processo principal, pois é mero incidente prejudicial.

A arguição da questão de constitucionalidade por incidente processual mostra-se de amplo espectro legitimante. Justifica-se esta ampla gama de legitimados pela preservação da supremacia constitucional, com fins a impedir que a lei infraconstitucional inconstitucional desvirtue o ordenamento jurídico. Podem suscitar o incidente as partes; o Ministério Público, tanto, por óbvio, como parte ou quando officie como *custus legis*; os terceiros legitimamente intervenientes (litisconsorte, oponente, assistente); e finalmente, *ex officio*, os juízes e tribunais incumbidos do julgamento da causa.

Na instância ordinária, tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição, o órgão judicial, *ex officio* ou provocado, pode suscitar a questão constitucional da norma aplicável à hipótese, não se operando a preclusão, porquanto não há preclusão em se



tratando de *quaestio iuris*. Diversamente, na instância extraordinária, não obstante seja uma *quaestio iuris*, a admissibilidade da arguição da questão constitucional independente de preclusão deve ser vista *cum grano salis*. Se a matéria não for prequestionada na instância ordinária, não poderá ser enfrentada em recurso extraordinário, abordado adiante.

Importante ressaltar que é legítima a arguição em processos de qualquer natureza e nos diversos procedimentos, não só no de conhecimento. Isso abarca tanto os procedimentos comuns, como qualquer procedimento especial, dentre eles os da ação civil pública *lato sensu*. “Imprescindível é que haja um conflito de interesse, uma pretensão resistida, um ato concreto da autoridade ou ameaça de que venha a ser praticado” (BARROSO. 2009.a, p. 91), ou melhor, somente se opera na tutela de uma pretensão subjetiva.

Bastante flexível é a mobilidade de parâmetro constitucional possível no controle difuso e incidente, ao contrário do controle concentrado principal: no que se refere ao critério temporal, a fiscalização difusa incidental “se realiza em face da Constituição sob cujo império foi editada a lei ou ato normativo” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1075); já o parâmetro do controle abstrato, ressalvada a ADPF, é exclusivamente a Constituição vigente (CF, art. 102, I), de modo que inadmissível aferição de legitimidade da lei em abstrato em face de norma constitucional revogada. Somente é possível essa análise por meio de controle difuso ou ADPF, sendo, nesse último, o parâmetro somente os preceitos fundamentais da Constituição.

Outra diferença com as ações diretas consiste na possibilidade de o controle concreto haver por parâmetro tanto a Constituição Federal, como a Constituição Estadual atinente a norma a questionada. No caso das ações diretas, no STF, o parâmetro deve ser a Constituição Federal, enquanto no âmbito dos Tribunais de Justiça, em regra, a respectiva Constituição.

Quanto às normas objeto da fiscalização da inconstitucionalidade, o espectro é o mais amplo possível. O controle incidental pode ser exercido em relação a normas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. Mais do que isso, o juízo de constitucionalidade pode ser “exercido quer por órgão federal quer estadual em relação a quaisquer atos normativos, seja federal, estadual ou municipal, ainda que secundários” (BARROSO. 2009.a, p. 92).

#### **2.1.5.1.1 Processamento da questão constitucional**

O processamento da questão constitucional ganha tratamento diverso, conforme inserido na competência do juízo singular ou na competência funcional do tribunal respectivo. Singularmente, ao juízo monocrático de primeiro grau faculta-se negar aplicação à norma que repute inconstitucional com plenitude e singeleza. Por óbvio, a forma imediata da decisão do incidente justifica-se pela própria composição unitária do órgão, contudo, no processamento do incidente de inconstitucionalidade, os órgãos jurisdicionais colegiados submetem-se, por força da reserva de plenário, à cisão cognitiva.

Por força da cláusula da reserva de plenário, constante do art. 97 da CF, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou membro do respectivo órgão especial<sup>65</sup> poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Por óbvio, tal exigência, substancialmente, não teria outra função senão garantir o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Conforme ressalta Lenza (2011, p. 249), o STF não está imune a essa regra constitucional, que por meio do recurso extraordinário poderá apreciar a questão constitucional. Igualmente aos tribunais de segunda instância, no julgamento do recurso extraordinário, de forma incidente, exerce controle difuso ancorado em um caso concreto como pano de fundo, o que indubitavelmente o insere na hipótese de incidência da norma constitucional em tela.

Em razão da exigência da cláusula de reserva de plenário, o CPC em seus arts. 480 a 482 do CPC dispõem brevemente acerca da disciplina do processamento da questão constitucional no controle *incidenter tantum* perante os tribunais. Destarte, argüida a questão, a qualquer tempo, o relator submeter-la-á ao órgão fracionário competente para julgar o processo, após audiência do Ministério Público (CPC, art. 480). Em decisão irrecorrível, rejeitará a questão e terá prosseguimento o procedimento; ou a acolherá, hipótese em que será lavrado acórdão a ser submetido ao Tribunal pleno ou órgão especial (CPC, art. 481).

Mendes (2008, p. 1069) expõe três requisitos de admissibilidade e procedência da questão constitucional. Há dois requisitos basilares que se aplicam indistintamente ao processamento desta pelos órgãos jurisdicionais monocráticos e colegiados perante esse juízo inicial do fracionário. O primeiro requisito de admissibilidade comum é (I) a necessária natureza normativa do ato em questão; o segundo requisito básico impõe que (II) a questão de inconstitucionalidade seja relevante para o julgamento da causa, afinal, é caso de

---

<sup>65</sup> Segundo o art. 93, XI, da CF, redação dada pela EC n. 45/2004, nos tribunais com número superior a 25 julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com no mínimo 11 e no máximo 25 membros para exercício de atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno.

controle concreto. Estas são exigências fundamentais para atestar a idoneidade da questão constitucional em qualquer procedimento.

Todavia, no âmbito dos órgãos colegiados há requisito exclusivo para admissibilidade do processamento da questão constitucional pelo pleno ou órgão especial: (III) necessário que não haja pronunciamento da maioria simples do fracionário no sentido de rejeitar a alegação de desconformidade do ato normativo com a Constituição. Ressalta-se que esse “pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da argüição de inconstitucionalidade, é irrecorrível” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1070). Rejeitada, segue o julgamento, com possibilidade de aplicação da lei ou ato normativo contestado ao caso; acolhida a argüição, mesmo que por maioria simples, será lavrado acórdão, submetendo a questão ao pleno ou órgão especial.

Grosso modo, parecem ser essas as condições da ocorrência do recorte da questão constitucional para a análise pelo tribunal pleno ou órgão especial, o que se denomina cisão funcional horizontal: ao Plenário ou ao órgão especial caberá emitir unicamente o juízo *in abstracto* acerca da constitucionalidade da norma impugnada. Ao fracionário caberá julgar o caso concreto, após o pronunciamento prejudicial do Pleno, ou seja, tomará como premissa inarredavelmente o decidido. Conforme destacado, bastante evidente que a razão de ser desse procedimento partitivo da cognição é a clausula de reserva de plenário do art. 97 da CF, que impõe a manifestação da maioria absoluta do pleno ou órgão especial.

A reserva de plenário, reproduzida igualmente pelo artigo 480 do CPC, incide unicamente na argüição da inconstitucionalidade da norma, porquanto, além da literalidade dos dispositivos que a contem, somente nessa situação mostra-se vulnerada a presunção de constitucionalidade da norma ordinária, que lhe é ínsita. Por conseguinte, se o fracionário perceber por constitucional a argüição incidente, o ato normativo deverá ser aplicado no julgamento da causa, uma vez que a competência para decidir pela constitucionalidade da lei é da turma.

Se acolhida pelo fracionário a argüição, será lavrado acórdão para submissão da questão ao Plenário, o qual somente pela maioria absoluta de seus membros, em conformidade com a cláusula de plenário. Esse juízo *abstracto* acerca da questão constitucional, consubstanciado em acórdão, é irrecorrível. Finalmente, publicado o acórdão Plenário, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o fracionário, que estará vinculado àquele na elaboração do acórdão que julgara a situação concreta<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Deste acórdão final do fracionário que é cabível Recurso Extraordinário para o STF, porém, sob pena de inadmissão do feito por falta de peça essencial, imprescindível a juntada do acórdão plenário sobre a inconstitucionalidade, já que é no

### 2.1.5.1.2 Análise acerca do recurso extraordinário

Como cediço, o STF sofre grande influência da doutrina constitucional alemã, que sem sombra de dúvidas é a que possui maior nível de elaboração. Por isso, para entender melhor o modo de funcionamento do STF é preciso traçar um paralelo com o complexo de misteres mais relevantes da Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*). Esta, ao contrário do STF, “não atua como uma instância de revisão ou como um Tribunal ou um Supertribunal de revisão, destinada a examinar a legitimidade de julgados de Tribunais inferiores” (MENDES. 2009, p. 15).

Diversamente, esta ressalva de atuação da Corte alemã é, *mutatis mutandis*, a seara de atuação do STF como Supertribunal de revisão em matéria constitucional via recurso extraordinário, ressaltando, entretanto, que não se trata de terceira instância propriamente, como ficará demonstrado.

O *Bundesverfassungsgericht* tem com uma de suas mais significativas competências a decisão sobre o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Diversamente da função jurisdicional do recurso extraordinário, o *Verfassungsbeschwerde* não representa remédio adicional para os processos submetidos à jurisdição ordinária, mas “instrumento constitucional extraordinário, mas instrumento que permite afastar ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo Poder público” (MENDES. 2009, p. 15)

Ao lado do recurso constitucional, a Corte Constitucional exerce o controle da constitucionalidade de normas por meio dos chamados controle abstrato e concreto. Conforme ensina Mendes (2009, p. 114), o controle abstrato de normas pode ser instaurado, mediante requerimento do Governo Federal, Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal, presente como requisito de admissibilidade o interesse público de esclarecimento ou uma necessidade pública de controle.

Destarte, indispensável é a configuração de dúvida ou controvérsia, para obstar questões meramente teóricas, sem maior significado prático. Somente leis em sentido formal pós-constitucional submetem-se ao controle abstrato: tanto a lei federal em face da Lei

---

acórdão do plenário que se encontra a motivação da decisão recorrida acerca da arguição da inconstitucionalidade. Excepciona-se esta exigência no caso do Plenário do STF já ter se pronunciado pela constitucionalidade do dispositivo. Cumpre ressaltar, há consagrados casos de dispensabilidade da submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou órgão especial. Em aplicação do artigo 557 do CPC, atribuindo efeito vinculante às decisões do STF, o fracionário é dispensado de seguir o procedimento da cisão funcional horizontal quando o Plenário do STF já houver se pronunciado sobre a inconstitucionalidade da norma. Igualmente, se o respectivo Plenário do Tribunal de instância ordinária já houver se pronunciado, igualmente há a dispensa do procedimento. Fica bastante evidente, consoante afirma Mendes (2008, p. 1084) uma aproximação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de controle concreto e abstrato, o que demonstra o processo de objetivação do controle difuso e incidental.

fundamental; ou da lei estadual em relação à Lei Fundamental ou lei federal. Vale ressaltar, identicamente ao controle por via de ação brasileiro, o controle abstrato alemão não necessita atrelar-se a uma situação concreta, exceto no que toma como parâmetro direito federal.

Quanto ao controle concreto alemão, que se mostra concentrado incidente pela classificação adotada neste trabalho, sua admissibilidade depende que os Tribunais (ou autoridades administrativas e órgãos da União e Estados) entendam por inconstitucional a lei, deixando de aplicá-la. Deve-se, pois, suspender os processos pendentes e submeter a questão constitucional à Corte, se considerarem inconstitucional lei relevante para a decisão do caso concreto.

De certa forma, o controle concreto alemão assemelha-se à ADPF, todavia, divorciam-se pelo fato de não haver o monopólio do exame da questão constitucional pelo STF, exclusividade esta observada na sistemática alemã. Por óbvio, também diverso é o rol de legitimados de um e de outro, mostrando bem mais amplo o rol da ADPF. Ressalte-se que com a objetivação observada no recurso extraordinário, como se demonstrará oportunamente, inicia aproximação, em termos de efeitos, igualmente da ADPF e do controle concreto alemão.

De qualquer forma, ficou demonstrado que o recurso extraordinário faz do STF supertribunal de revisão em matéria constitucional pela via difusa incidente. Em verdade, “o STF é órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Tribunal da Constituição, com atribuições para resolver, originariamente ou em instância recursal extraordinária, as demandas que se alegue ofensa a dispositivo constitucional” (ZAVASCKI. 2001, p. 13)

O recurso em tela, conquanto realize a fiscalização de constitucionalidade nos mesmos moldes da apelação na instância ordinária, possui peculiaridades bastante relevantes. Consoante Didier Júnior (2010, p. 254) que não se trata de uma terceira instância recursal, na qual possa haver rediscussão dos fatos e reexame de prova. Há apenas a reapreciação de questões de direito<sup>67</sup> que hajam sido discutidas na instância ordinária, como ocorre com o recurso especial perante o STJ.

---

<sup>67</sup> No caso do STF, em princípio, há apenas discussão acerca de direito constitucional, enquanto no âmbito do STJ o parâmetro é a legislação federal. Essa repartição ocorre porquanto esses dois recursos compunham unicamente o antigo recurso extraordinário de antes da CF/1988. “O recurso especial, na verdade é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF antes da nova ordem jurídica constitucional de 1988” (DIDIER JÚNIOR. 2010, p. 253), sendo que este recurso era meio de impugnação de decisão judicial tanto por violação à Constituição como à legislação federal.

Dentro dessa sistemática de repartição de competências, a EC 45/2004 transferiu a redação anterior do art. 105, III, “b” da CF para o atual artigo 102, III, “d”. Destarte, o STF ficou incumbido de processar a hipótese de decisões que hajam julgado válida lei local em face da lei federal, o que aparentemente apenas deveria ser de incumbência do STJ. Todavia, bem percebe Didier Júnior (2010, p. 328) que a alteração é correta, pois não há hierarquia entre a norma local e a federal. Surgido conflito entre elas, dirá respeito unicamente a uma questão de competência legislativa, que tem cunho eminentemente constitucional, ou seja, sempre haverá uma questão constitucional subjacente.

Um ponto de singularidade dos recursos excepcionais (recurso extraordinário e recurso especial) é o juízo de admissibilidade destes. Saliento, porém, que o estudo se deterá ao recurso extraordinário, apesar das grandes semelhanças com o recurso especial, haja vista a origem comum destes recursos. Por ser bipartido, em um primeiro momento do juízo de admissibilidade, em análise provisória, o Presidente ou Vice Presidente do Tribunal de origem verificará, *in statu assertionis*, a demonstração pelo recorrente de alguma das hipóteses de admissibilidade específicas (CF, art. 102, III, “a” a “d”).

Além disso, igualmente poderá verificar os requisitos comuns de admissibilidade e o prequestionamento<sup>68</sup>. Este implica a exigência da questão constitucional estar presente no acórdão elaborado pelo fracionário do tribunal, que deverá incorrer no procedimento do incidente de inconstitucionalidade para o pleno ou órgão especial, se for o caso de declaração de inconstitucionalidade (ameaça á presunção da constitucionalidade da lei). Segundo ampla jurisprudência do STF, perante esta corte não basta que a questão constitucional figure na decisão *a quo*, pois exige a Corte menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes (prequestionamento expresse<sup>69</sup>). Além disso, o prequestionamento é ainda ficto, porquanto o STF conhece o recurso extraordinário se, não obstante oposto embargos declaratórios, o juízo a quo haja se recusado a suprir a omissão.

O juízo definitivo de admissibilidade ocorre perante o STF, que poderá reapreciar todos esses requisitos e ainda deverá exercer o juízo de admissibilidade exclusivo acerca da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º c/c CPC, art. 543-A, *caput*). Esta se insere na categoria de conceitos indeterminados<sup>70</sup>, pois sua existência atrela-se a questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, 543-A, § 1º). Tal abertura possibilita valoração de seu conteúdo pelo STF com fins barrar matérias de baixa relevância. Todavia, pode o STF recusá-la somente por decisão fundamentada de ao menos dois terços de seus membros.

Estes são os aspectos distintivos do controle difuso de constitucionalidade perante o STF em relação ao exercido pelos demais órgãos jurisdicionais. As implicações da

<sup>68</sup> Não há previsão expressa deste requisito de admissibilidade na CF. Foi a jurisprudência do Pretório excelso que o criou, conquanto coubesse unicamente à CF o fazer, com fins a diminuir o fluxo de demandas perante os tribunais superiores. Afirma corretamente Didier Júnior que é verdadeira etapa do exame do cabimento dos recursos extraordinários.

<sup>69</sup> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. 1. Os dispositivos constitucionais tidos como violados não foram prequestionados pelo acórdão recorrido, ao qual não foram opostos embargos de declaração. Incidência das Súmulas STF 282 e 356. 2. O Supremo Tribunal não admite, em princípio, o prequestionamento implícito da questão constitucional. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STF, AI 732104 AgR/ BA, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento: 03/05/2011, publicado no DJe em 17/05/2011)

<sup>70</sup> Vale ressaltar que há modalidade objetiva de aferição da repercussão geral no art. 543-A, §3º do CPC: “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”

repercussão geral para a objetivação do recurso extraordinário será abordado em item próprio, bem como os efeitos de sua decisão da questão constitucional.

### 2.1.5.1.3 Efeitos da Decisão

Conforme reiteradamente ressaltei quando do procedimento de julgamento da questão de inconstitucionalidade, esta é inata a um processo concreto com partes, cuja finalidade é a entrega de tutela jurisdicional aos litigantes. Destarte, na generalidade dos casos, surgirá a controvérsia constitucional no bojo de um processo de conhecimento, que poderá resultar em sentença de mérito, a qual, ocorrendo, por sua vez, rejeitará ou acolherá, no todo ou em parte o pedido formulado, ressalta Barroso (2009.a, p. 124).

Com o trânsito em julgado da decisão, como explicitado no item 1.6.4, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, grosso modo, limita-se às partes do processo, sem afetar terceiro<sup>71</sup> (CPC, art. 472). No caso de recurso extraordinário, é possível dar efeitos subjetivos *erga omnes* à decisão da questão constitucional do STF, deixando esta de ser meramente *inter alios*. Todavia, como será abordado posteriormente, ainda prevalece a ultrapassada tese da cláusula do Senado (CF, art. 52, X) para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Nos limites objetivos, no âmbito da jurisdição ordinária, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Por conseguinte, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, ou seja, à parte dispositiva da sentença.

Nesse sentido, Barbosa Moreira (2008 p. 46) deixa assente que os limites objetivos da coisa julgada são restritos aos limites da lide (CPC, art. 468) e, em conformidade com o art. 469 do CPC, não fazem coisa julgada os motivos da decisão (inciso I), tampouco a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente (inciso III). Certamente, como os fundamentos da decisão e a questão prejudicial não integram aos limites objetivos da coisa julgada, conclui o mestre que não há do que se cogitar *autorictas rei iudicatae* quanto à questão constitucional prejudicial.

A decisão acerca da constitucionalidade ou não de uma norma, como parte da motivação da sentença que é, vale, dessarte, somente no âmbito da relação processual específica ao qual foi determinante. De outra forma não poderia ocorrer, uma vez que,

---

<sup>71</sup> Para visão mais apurada dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, tomar como parâmetro as conclusões do item 1.6.4 supra.

segundo os preciosos ensinamentos de Dinamarco (2009.c, p. 319), o objetivo da jurisdição ordinária é invariavelmente evitar conflitos práticos do julgado. Em consequência, impertinente seria a fixação de teses jurídicas ou a pretensão da descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio. Ressalta que o essencial é pacificar pessoas e eliminar seus conflitos; a descoberta da verdade mediante a instrução e cognição realizadas no processo não passa de mero instrumento para a busca de justiça nas decisões.

A limitação objetiva das decisões no âmbito do STF já não é mais um tema tão tranqüilo como outrora. Parece que não mais está restrita ao dispositivo do acórdão que analisa a questão constitucional no sentido de declarar a inconstitucionalidade unicamente do dispositivo em análise. Há forte tendência de considerar a decisão sobre a constitucionalidade transcendente aos interesses subjetivos, tornando-se um meio de tutela da ordem constitucional objetivamente. Essa questão da transcendência dos motivos determinantes da decisão será abordada infra.

No que atine à extensão temporal dos efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade ou não do ato normativo, cediço é o amplo predomínio da teoria da nulidade. Implicação irrelutante dela é a necessária natureza declaratória desta decisão, uma vez que se confina a reconhecer vício preexistente. Diante desse quadro, parece elementar que o juiz, ao decidir a lide, após o reconhecimento da inconstitucionalidade, deve dar a essa conclusão eficácia *ex tunc*.

Entretanto, os efeitos *ex tunc* somente atingem as partes do recurso extraordinário. Quanto a terceiros não atingidos pelo dispositivo do acórdão, certo que “se houver suspensão da execução da lei levada a controle de constitucionalidade de maneira incidental, e não principal, a referida suspensão atingirá a todos, porém valerá a partir do momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial” (LENZA. 2011, p. 254). Destarte, nesses casos, os efeitos serão *erga omnes*, porém *ex nunc* para doutrina majoritária, segundo o levantamento de Clève (2000, p. 122-125), não obstante este defenda os efeitos *ex tunc*, juntamente com Mendes (2008, p. 1085).

Não obstante esta seja a regra, já antes do advento da Lei 9868/99, como rememora Barroso (2009.a, p. 127), o STF possui precedentes antigos, nos quais deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros bens jurídicos constitucionais conflitantes.

Hodiernamente, esses casos multiplicaram com a invocação analógica do art. 27 da Lei 9868/99, cujo *leading case* foi o julgamento do RE 197.917/SP, hipótese que o STF deu eficácia temporal pro futuro à redução do número de vereadores do Município de



Mira Estrela. Por isso muitos ressaltam que "o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação" (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1097).

Mesmo que não se considere aplicável ao modelo difuso, entendimento carente de fundamento, a rigor técnico, remanesceria a possibilidade do STF em controle difuso ponderar valores e bens jurídicos constitucionais, atividade inerente à jurisdição constitucional. Ademais, a própria limitação de efeitos das decisões em sede de controle concentrado e abstrato iria afetar igualmente os processos incidentais e difusos, do contrário, restaria insubsistente a própria declaração de inconstitucionalidade limitada.

Parece que não há dúvidas que a limitação de efeitos é decorrente do controle judicial de constitucionalidade, aplicável tanto no modelo difuso<sup>72</sup> quanto no concentrado. A única restrição que há parece ser a inclinação de pelo menos oito ministros no sentido da limitação - maioria de dois terços.

#### **2.1.5.1.4 A objetivação o controle de constitucionalidade difuso incidente**

Inegável é a acentuada mutação na sistemática do recurso extraordinário no âmbito do controle difuso incidente, que vem distanciando esse recurso dos meios de impugnação ordinário da constitucionalidade. Certamente trata-se de situação diversa quando a decisão sobre a constitucionalidade insere-se em sede de controle difuso e incidental perante o STF. Há alguns pontos importantes que demonstram essa tendência de destacamento da subjetividade e aproximação dos processos objetivos.

Primeiro sinal de objetivação do recurso extraordinário encontra-se no requisito de admissibilidade, com competência de aferição exclusiva do STF: a repercussão geral<sup>73</sup>. Este instituto assemelha-se ao *writ of certiorari* norte-americano, o qual se caracteriza pela discricionariedade de análise da Suprema Corte em relação ao juízo de admissibilidade do *judicial review*.

O anteriormente abordado artigo 543-A, §§ 1º e 2º, do CPC, introduzido pela Lei 11418/2006, determina a obrigatoriedade do recorrente em preliminar de recurso extraordinário demonstrar a relevância econômica, social, política ou jurídica, que

<sup>72</sup> Esclarece Gilmar Mendes (2008, p. 1097) que própria jurisprudência norte-americana evoluiu ao admitir, paralelamente aos efeitos retroativos amplos ou limitados – *limited retrospectivity*, a superação prospectiva – *prospective overruling*, que tanto pode ser limitada – *limited prospectivity*, aplicada aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como a ilimitada – *pure prospectivity*, caso que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem

<sup>73</sup> Inicialmente caberá à turma decidir pelos votos favoráveis de quatro ministros a existência da repercussão geral. Se esse número não for alcançado, o incidente será remetido ao Plenário Virtual, que por deliberação de oito ministros poderá negar a existência da repercussão geral. No caso de o recurso impugnar decisão contrária à súmula do STF, considerar-se-á objetivamente que existe repercussão geral (CPC, art. 543-A, §3º), ou seja, presumir-se-á-la.

transcendam o interesse das partes individualmente consideradas. O objetivo claro é restringir a atuação do STF a um número reduzido de temas fundamentais de relevância transcendente.

É de clareza solar que esse crivo de admissibilidade potencializa a feição objetiva do recurso extraordinário, logo, do sistema difuso incidental brasileiro, pois há o recorte inicial das situações que ultrapassam o interesse subjetivo das partes. Discricionariamente, o STF poderá selecionar os temas que suscitem interesse público de esclarecimento ou uma necessidade pública de controle, igualmente ocorre com controle abstrato alemão.

Nessa perspectiva, Didier Júnior (2010, p. 344) aponta que o requisito de admissibilidade do prequestionamento em recurso extraordinário vem sendo dispensado, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questões constitucionais, adotadas em julgamento de outros recursos extraordinário, conforme manifestação da Min. Ellen Gracie no AgRAI 375.011/RS<sup>74</sup>. O entendimento do STF sinaliza para a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, como consta expressamente na decisão em tela. Com esse fundamento, ficou dispensado o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em outro recurso extraordinário

Um ponto bastante relevante é a questão da mutação constitucional da cláusula do Senado. Declarada a inconstitucionalidade do ato normativo, segundo a literalidade da Constituição, deverão ser cientificados os órgãos interessados e, consoante art. 52, X, da CF, remeter-se-á cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado para que suspenda a execução da lei declarada inconstitucional. Segundo a concepção dominante, da qual discordo, este ato do Senado que atribuiria eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade pelo STF no modelo incidental.

Parece consistente o entendimento de Mendes (2008, p. 1084), segundo o qual, por motivo de processo de mutação constitucional, a suspensão da execução da lei pelo

---

<sup>74</sup> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTA PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido. (BRASIL. STF, AI 375. 011 AgR/ RS, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 05/10/2004, publicado no DJe em 28/10/2004)

Senado há de ter simples efeitos de publicidade. Essa figura histórica, datada da Constituição de 1934, tornou-se anacrônica com o sistema constitucional desde a EC 16/1965, quando foi criado o controle abstrato de normas, qualidade acentuada com o contorno das ações diretas pela Constituição de 1988. Somente fazia sentido para dar legitimidade às decisões do STF naquele contexto histórico, quando imperava fortemente a separação dos poderes. Por conseguinte, não era bem vista a atuação do Judiciário como “legislador negativo”<sup>75</sup>, por isso o senado quem suspendia a execução da lei inconstitucional.

“Uma decisão do Pleno do STF, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos” (BARROSO. 2009.a, p. 131), pois seria demasiada violação ao princípio da economia processual obrigar um dos legitimados do art. 103 da CF a propor ação direta, quando já se sabe de antemão o resultado. Nesse mesmo sentido, mostra-se absurdo o entendimento de produção de efeitos ex nunc a partir da publicação pelo Senado, pelo só fato procedimento ser do recurso extraordinário, conquanto proferida pelo mesmo órgão julgador.

Indubitavelmente não assiste razão mais na existência de tal procedimento vazio de conteúdo, não passando de mera ritualística, pois despendendo em ações diretas. Pior do que isso, não se aplica a cláusula do Senado à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, pois apenas se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Da mesma forma, não há aplicação à interpretação conforme, porquanto diferencia da anterior no sentido de apontar que certa interpretação é compatível com a Constituição.

Se não bastasse, incompatível a suspensão da execução da lei com a declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, pois a expurgação do ato normativo afetado por omissão parcial inconstitucional agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade. Para finalizar, parece não poderem coexistir a literalidade do art. 52, X, da CF, com a aplicação da modulação de efeitos em sede de controle difuso, visto que aquele ultrapassado mecanismo detém-se ao dogma da nulidade.

---

<sup>75</sup>A partir do século XX, Hans Kelsen (2003, 303) confeccionou o hodiernamente conhecido sistema de controle de constitucionalidade concentrado austríaco. Para isso, pressupõe que “o legislador constituinte transferira o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legiferação para um órgão diferente do Legislativo, conferindo a esse órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional” (KELSEN. 2003, p. 303).

O ato normativo, desde que previsto constitucionalmente, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio “*lex posterior derogat priori*”, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. “Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional” (KELSEN, 2003, p. 300). Por isso, para Kelsen (2003, p. 303) a lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável, razão pela qual a decisão que reconhece o vício possuiria, em princípio, caráter constitutivo-negativo e não declaratório, por isso denomina as cortes constitucionais legislador negativo. Destarte, para o jurista, um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo.

Outro tema intrincado é a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão ao controle difuso efetivado pelo Pleno do STF. Nos processos incidentais de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o STF vem adotado<sup>76</sup> efeito vinculante não somente à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas igualmente aos próprios fundamentos determinantes. Portanto, na esfera municipal, “tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1089). Evidenciado certo efeito vinculante aos fundamentos determinantes, tal orientação somente é plausível se a decisão do Plenário do STF tiver, por si, efeitos transcendentais.

Nessa mesma linha, Zavascki (2001, p. 135-136) sustenta a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre constitucionalidade da lei, mesmo em sede de controle difuso. Coincidente com sua convicção doutrinária, no REsp 828.106/SP:

PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PIS E COFINS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 9.718/98. CONCEITO DE FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. [...] 5. O § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG, sessão de 09.11.2005). A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). (BRASIL. STJ, REsp 828.106/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento: 02/05/2006, publicado no DJe em 15/05/2009).

Há quem não apóie a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, por não haver previsão constitucional, como explicita Lenza (2011, p. 259), seguindo a tese dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa na pendente Rcl. 4335/AC. Esta tem como pano de fundo o princípio da individualização da pena, para afastar ou não a vedação legal de progressão de regime, visto que se estava concedendo HC de ofício ou implementando o mecanismo da abstrativização do controle difuso.

<sup>76</sup> Vide caso “Mira Estrela”, já citado, e o caso “progressividade do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos”. A partir de decisões em sede de controle difuso, o STF transcendeu a aplicação da *ratio decidendi* estabelecida pelo Pleno a demais casos concretos. Logo, municípios que se enquadravam na situação de excesso de vereadores, ocorrido em Mira Estrela, sentiam os efeitos dos motivos determinantes do *leading case*, conforme votou o Min. Gilmar Mendes.

Segundo a tese contrária a abstrativização, defende-se que “se pode alcançar os mesmos efeitos com a edição de súmulas vinculantes, que seria mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando o casuísmo” (LENZA, 2011, p. 259). Contudo, deveriam ser atendidos os requisitos do art. 103-A da CF, ou seja, reiteradas decisões e quorum de dois terços para edição da súmula, maior do que a maioria absoluta da declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97).

Fora a discussão supra, não há dúvidas que a súmula vinculante, em si, é mais um meio de objetivação do controle difuso de constitucionalidade pelo STF, porquanto, de qualquer maneira, dotará a declaração de constitucionalidade incidental de efeitos vinculantes. Todavia, destaca-se que a lei não será eliminada formalmente do ordenamento jurídico, pois falta eficácia geral. Ao contrário do processo objetivo, esta decore de decisões tomadas em casos concretos no modelo incidental. Nesse caso, independente do Senado e de se tratar de processo objetivo, observa-se efeito vinculante em decisão de processo incidental.

Relevante ponto a ser destacado, conforme acertado entendimento de Mendes (2008, p. 1076), é a divergência com a jurisdição ordinária, que somente poderá declarar a inconstitucionalidade de norma que tenha repercussão direta na causa. Diversamente, ao STF é possível, verificada a inconstitucionalidade em sede de controle difuso, emitir juízo relativo à validade da norma, conquanto esta se mostre dispensável à solução da lide. Parece haver certo distanciamento da sistemática clássica do modelo difuso americano, porquanto, ao assim proceder, o faz o STF em função de sua tarefa institucional de Guardião da Constituição. Destarte, evidente um *quid* de objetivação do processo de controle difuso e incidental perante o STF.

De todo o exposto, é legítimo concluir a existência de um processo de “dessubjetivação” das formas processuais aplicáveis ao modelo difuso incidental, outrora dotada exclusivamente de feição intersubjetiva e eficácia *inter partes*. A adoção de uma estrutura procedimental aberta para o processo no controle difuso (CPC, art. 482), permitindo a participação de *amicus curiae* e outros interessados; o reconhecimento de efeitos transcendentais na declaração de inconstitucionalidade incidental; a gradual superação da fórmula do Senado; incorporação da repercussão geral; e a possibilidade de *causae petendi* aberta em recurso extraordinário; tudo demonstra intercâmbio considerável na relação de convivência do modelo incidental com o principal. Inequívoca é, pois, a tendência da ampliação da feição objetiva no modelo incidental.

#### **2.1.5.2 Controle de constitucionalidade concentrado por via principal**

O controle judicial de constitucionalidade por via principal brasileiro foi criado com base no sistema de controle concentrado austríaco e introduzido em nosso ordenamento por meio da Emenda Constitucional 16 de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República.

Com a Constituição de 1988, o papel da antiga representação de inconstitucionalidade passou a ser desempenhado pelas atuais espécies de ações diretas. Em um primeiro momento, houve previsão da ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, posteriormente integrando o rol a ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental<sup>77</sup>. Todas compõem o arcabouço instrumental da perquirição abstrata concentrada da constitucionalidade perante o STF, tendo importância no sentido de possibilitar completude do sistema de controle abstrato de constitucionalidade.

Como cediço, a função jurisdicional, em regra, destina-se a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. Não possuidora dessa característica, em conformidade com Barroso (2009.a, p. 154), a jurisdição constitucional, mais especificamente, o controle de constitucionalidade por via principal, conquanto igualmente jurisdicional, desponta como exercício atípico de jurisdição. Nesse caso, diversamente, não há situação concreta subjacente a ser dirimida pela aplicação da lei pelo juiz, mas sim a perquirição acerca da constitucionalidade da própria lei como hipótese de incidência abstrata. O enfoque é a proteção do próprio ordenamento por meio dos instrumentos citados supra.

Destarte, enquanto a discussão acerca da constitucionalidade de um ato normativo por via incidental configura questão prejudicial, cujo deslinde subordina logicamente a decisão. No controle por via principal o juízo de constitucionalidade é o *petitum* da demanda. Trata-se da questão principal a ser enfrentada, conforme observa Barroso (2009.a, p. 154), ou seja, será julgada *principaliter tantum*.

Nessa perspectiva delimitadora entre o controle de constitucionalidade difuso incidente e o concentrado principal, muito contribui os importantes paralelos consignados por Clève:

---

<sup>77</sup> Certamente, a Ação Direta Interventiva havia presente desde a promulgação da Constituição de 1988, mas não tem relevância no tópico porque não se trata de controle abstrato de constitucionalidade, apesar de concentrado. Em verdade, o objeto do pronunciamento do STF recai sobre a violação de algum princípio constitucional sensível por parte do Estado membro da Federação, ou seja, trata-se de um mecanismo de solução do litígio constitucional concreto. A decisão do STF será unicamente uma condição jurídica para a intervenção posterior pelo Chefe do Executivo Federal.

trata-se, porém, de ação que inaugura um “processo objetivo”. Um “processo” que se materializa, do mesmo modo que os demais, como instrumento da jurisdição (constitucional concentrada); por meio dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, entretanto, como meio para a composição de uma lide. É que, sendo “objetivo”, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida (...). A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é, propriamente, a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo... A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para a defesa da Constituição. Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de constitucionalidade não há lide nem partes (salvo num sentido formal), posto incurrerem interesses concretos em jogo. (CLÈVE. 2000, p. 142-143)

No âmbito do processo objetivo, a Constituição de 1988 prevê a possibilidade de sistema concentrado por via principal a ser desempenhado tanto no plano federal quanto no plano estadual. Neste caso, havendo por paradigma a Constituição do Estado, desempenha o controle o respectivo Tribunal de Justiça por meio da representação de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais (CF, art. 125, §2º), tema a ser abordado mais detidamente no item 2.4.3. No plano federal o paradigma do juízo acerca da constitucionalidade é a Constituição Federal, sendo de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Para desempenhar tal incumbência conta com certos instrumentos processuais: a ADI, quanto a atos normativos federais e estaduais; a ADC, nos atos normativos federais; ADI por omissão; e a ADPF, cujo parâmetro são os preceitos fundamentais da CF.

No entanto, para os fins da caracterização do processo objetivo, torna-se relevante para os devidos fins desta pesquisa limitar o estudo aos instrumentos da ADI, ADC e ADPF. Nessa perspectiva, será possível traçar as diretrizes básicas das diferenças com o processo concreto no âmbito da ação civil pública e ação civil coletiva, perquirindo as possibilidades do controle difuso incidental em seu bojo, a despeito de eventual aproximação com os efeitos de um processo objetivo processo.

#### **2.1.5.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade**

A origem dessas duas modalidades de controle de constitucionalidade judicial por ação remonta ao instituto da representação de inconstitucionalidade, anteriormente explicitado. Conforme demonstrado, ao contrário do que indica a literalidade de sua denominação, em verdade, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido

como processo de natureza dúplice ou ambivalente<sup>78</sup>. Destarte, naquele momento, “não se pretendeu introduzir uma representação ou ação direta de inconstitucionalidade em sentido estrito, mas sim criar mecanismo que possibilitasse a aferição da constitucionalidade da lei sempre que se manifestassem dúvidas relevantes (controvérsias) sobre sua legitimidade.” (MENDES. 2009, p. 187).

Parece que nessa perspectiva, a ADI e a ADC são frutos do desmembramento da representação interventiva, que diante de controvérsia judicial, podia o Procurador Geral da República postar-se favorável, ou não, à tese da inconstitucionalidade, sendo neste último caso, inegável ação declaratória de constitucionalidade. Com isso, pode-se afirmar que tanto a previsão da ADI pela Constituição de 1988, como a da ADC pela Emenda Constitucional 3/1993, não representaram propriamente inovação no universo jurídico brasileiro.

Ambas são verdadeiras ações, no sentido de que os legitimados provocam, direta e efetivamente, o exercício da jurisdição constitucional, todavia não se confunde com o típico direito de ação, consagrado na Constituição (art. 5º, XXXV). O processo tem natureza invariavelmente objetiva, somente sob o aspecto formal é possível a existência de “partes”. Mais do que isso, delata sua origem que são ambivalentes, pois a procedência de uma possui os mesmos efeitos da improcedência da outra. Por isso a comum menção que a ADC é a ADI com sinal trocado e vice versa.

Apesar das grandes semelhanças, é certo que há alguns pontos peculiares, que no decorrer da explanação serão abordados. Por hora, aponta-se que, além dos requisitos da ADI, a ADC aditivamente exige legitimidade para agir em concreto. Esta circunscreve à existência de estado de incerteza gerado por controvérsia judicial sobre a legitimidade da lei, sendo inadmissível a propositura de ADC se assim não o for. A contestação apta a retirar a presunção de constitucionalidade da norma e ameaçar a segurança jurídica refere-se exclusivamente às controvérsias judiciais relevantes.

Bem destaca Mendes (2008, p. 1133) que a generalização das medidas judiciais contra uma dada lei nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado, colocando em xeque a eficácia da decisão legislativa. Ressalta-se desde logo, seguindo a linha do autor em tela, a configuração da controvérsia judicial associa-se não somente ao princípio da presunção de constitucionalidade – esta independente, em termos quantitativos, do número de decisões, mas, sobretudo, à invalidação de decisão tomada

---

<sup>78</sup> Nesse sentido, a Lei 9868/99 confirma o caráter ambivalente dos institutos da ADC e da ADI em seu artigo 24: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.



por segmentos do modelo representativo. Por conseguinte, o estabelecimento de uma comparação meramente quantitativa para qualificar a controvérsia judicial é uma leitura redutora e equivocada.

Se houver realmente controvérsia judicial apta a ensejar ADC, o objetivo do legitimado à propositura é simplesmente “transformar uma presunção relativa de constitucionalidade da lei em absoluta (*iure et de jure*), não mais se admitindo a impugnação da lei” (LENZA. 2011, p. 352). Dessarte, há a ocorrência de efeitos vinculantes em relação ao Judiciário e à Administração Pública.

#### **2.1.5.2.1.1 Da legitimação**

Diante da manutenção do monopólio de ação do Procurador Geral da República, o Constituinte promoveu ampla dilatação da legitimidade da propositura (CF, art. 103) da ADI, e posteriormente, via EC 45/2004, equiparou o rol de legitimados da ADC ao da ADI.

Ressalta-se de antemão, embora se tenha afirmado que os instrumentos de controle concentrado por via principal sejam processos objetivos, sem lide ou parte, vale dizer que, num sentido formal, é possível falar em legitimidade ativa. Todavia, afirmando a possibilidade de legitimidade passiva, Clève (2000, p. 159) ressalta que as ações diretas nunca serão propostas contra alguém ou determinado órgão, mas sim em face de um ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional.

Os legitimados passivos, para o autor, seriam as autoridades ou órgãos legislativos responsáveis pela edição do ato impugnado, entretanto, parece que essa posição não merece prosperar. Assegura Mendes (2009, p. 162) que em um processo objetivo típico existe autor ou requerente, mas inexistente propriamente réu ou requerido. Conclui-se, porquanto, que não se pode cogitar de uma relação jurídica processual angular entre as cogitadas partes formais enunciadas por Clève. Não é por outro motivo que a legitimidade ativa é a única expressamente conferida de forma específica e concorrente às autoridades, entes e órgãos elencados nos incisos do artigo 103<sup>79</sup> da Constituição.

Bastante relevante ao estudo é precisar a incidência de certas restrições à legitimidade de propositura. Para suscitar a questão da inconstitucionalidade, o STF exige que

---

<sup>79</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

determinados legitimados demonstrem interesses específicos, isto é, adequação temática, mas não a ponto de caracterizar interesse jurídico subjetivo. Por conseguinte, este interesse é apenas aparentemente subjetivado, constituindo, acima de tudo, um interesse público do âmbito de representatividade do legitimado.

Especifica Barroso (2009.a, p.161) que há duas classes de legitimados<sup>80</sup>: os universais e os especiais. Os primeiros não precisam demonstrar um interesse específico, porquanto o interesse em preservar a supremacia constitucional advém de suas atribuições institucionais; os segundos, por sua vez, devem demonstrar a relação de pertinência temática entre o ato impugnado e as funções exercidas pelo órgão ou entidade, ou seja, a atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados.

A classe dos legitimados universais é composta por: Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Diversamente, são componentes da classe dos legitimados especiais as entidades de classe de âmbito nacional ou confederação sindical, Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Assembleias Legislativas e Câmara legislativa do Distrito Federal.

Adverte-se acerca do papel do Advogado-Geral da União na ADI, cuja incumbência não é de parte na ação, mas sim de uma espécie de curador da norma impugnada, ou melhor, defensor da presunção de constitucionalidade do ato normativo. Destarte, possui apenas o dever de defendê-la a qualquer modo, utilizando-se, para tanto, dos argumentos que dispuser, não podendo sustentar posição contrária à constitucionalidade da norma<sup>81</sup>.

#### **2.1.5.2.1.2 Do objeto**

Parece legítimo assentar de antemão que o elemento fundamental para que um ato normativo mereça apreciação pelo STF em sede de controle por via principal é dotar-se de generalidade e abstração, ou seja, não basta que seja lei em sentido formal, mas deve ser igualmente lei em sentido material. Todavia, não obstante haver esta regra geral, o STF

<sup>80</sup> Vale ressaltar que além desta distinção, há ainda os legitimados que não possuem capacidade postulatória e os que a detém, ex vi dela, capacidade postulatória. Os partidos políticos com representação no Congresso, entidades de classe de âmbito nacional e confederação sindical são os únicos dentre todos os legitimados que não a possuem, necessitando de advogado para manejar o processo objetivo

<sup>81</sup> Todavia, há jurisprudência que impõe interpretação *cum grano salis* em relação ao *munus* a que se refere o art. 103, §3º, da CF. O Advogado geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela o STF já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.

atenuou o entendimento no sentido de admitir situações excepcionais<sup>82</sup>, contentando-se com doses reduzidas de abstração, especialmente matéria de leis orçamentárias. O grande fundamento consiste na importância da existência da questão constitucional que será posta em tese, não o conteúdo do ato específico sobre o qual recairá o controle.

Para além dessa discussão, vale destacar a quebra da relação biunívoca entre ADI e ADC, no que tange ao ente federativo competente para edição do ato normativo: cabe propositura de ADI em relação a atos normativos federais e estaduais; a ADC, inexplicavelmente, restringe-se a atos normativos federais somente.

Em face do paradigma da Constituição Federal, é passível de aferição relacional da constitucionalidade todo o elenco de atos normativos do artigo 59<sup>83</sup> da Constituição, no entanto, certamente este rol não é exaustivo para esses fins. Cabível igualmente ação direta em face de decretos autônomos<sup>84</sup>, o rol da legislação estadual<sup>85</sup> e tratados internacionais. Certamente esses atos normativos inovam no mundo jurídico, não estando submetidos à mera regulamentação de ato infraconstitucional, logo, aptos a violarem diretamente a Constituição.

Parece ser mais produtivo fazer uma análise negativa do objeto de ADI e ADC, ou seja, perquirir os atos que são excluídos da fiscalização abstrata da constitucionalidade por ADI e ADC. Certamente não poderão constar como objeto dos referidos procedimentos (I) os atos normativos secundários, (II) as leis anteriores à Constituição em vigor – dito direito pré-constitucional, (III) ato normativo que se encontre revogado, (IV) a lei municipal tendo paradigma a Constituição Federal, (V) proposta de emenda constitucional ou projeto de lei e (VI) súmulas.

Os atos normativos secundários, como decretos regulamentares, portarias e resoluções, por haverem subordinados à lei, são insuscetíveis de controle de constitucionalidade por ADI e ADC. Cediço que não inovam autonomamente na ordem jurídica com força de lei. Por conseguinte, eventual afrontamento à Constituição será meramente reflexa ou indireta, tratando-se, pois, de um juízo de legalidade do ato normativo

<sup>82</sup> “O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização de constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.” (STF, Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. ADInMC 4048-DF, rel. Min. Gilmar Mendes. DJE, 22 ago. 2008.)

<sup>83</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

<sup>84</sup> Os atos normativos secundários, como decretos regulamentares, portarias e resoluções, por haverem subordinados à lei, são insuscetíveis de controle de constitucionalidade por ADI e ADC. Divergentemente, como afirma Barroso (2009, p. 178), os decretos autônomos, embora ostentando denominação e roupagem formal de ato secundário, em verdade, inovam autonomamente na ordem jurídica com força de lei. Destarte, poderão ser objeto de controle abstrato para aferir a violação ao princípio da reserva legal.

<sup>85</sup> Nessa seara estão inclusos a Constituição dos estados, legislação ordinária e os decretos autônomos.

antes do de constitucionalidade. Ou é a hipótese de ilegalidade de ato normativo secundário, ou é o próprio ato normativo secundário regulamentado que é inconstitucional, hipótese em que este deveria o objeto de controle.

Há entendimento assentado que os atos normativos anteriores à Constituição em vigor, ou dito direito pré-constitucional, são insuscetíveis de juízo de constitucionalidade frente à Constituição, ou Emenda Constitucional superveniente, diversa daquela sobre cuja vigência foram editados. O STF decidiu que a superveniência de norma constitucional importa na revogação do direito anterior com ela incompatível. Deixou de tratar de questão própria de controle de constitucionalidade e passou a inserir-se, com todas as implicações, no âmbito do direito intertemporal<sup>86</sup>. Por conseguinte, a colisão de normas não haveria de ser considerada em face do princípio da supremacia da Constituição, mas sim em vista da força revogatória da *lex posterior derogat priori*.

Se ato normativo já se encontra revogado, havia entendimento tranqüilo que não poderiam mais ser objeto de controle de constitucionalidade por ADC e ADI. Justifica-se plenamente o entendimento, pois, sua revogação possui o efeito prático de torná-lo inaplicável com caráter geral e erga omnes, logo, já terá alcançado os efeitos similares à declaração de inconstitucionalidade, por isso a perda de objeto (interesse de agir) pela via de ação.

Conquanto mereça razão o entendimento, há situações flagrantemente fraudatórias do legislativo com objetivo de prejudicar um processo no STF, editando nova lei que revogue a lei objeto da ação para evitar a declaração da inconstitucionalidade. Parece que nesses casos deve ser temperado o entendimento, pois seria irracional o fato de o legislador revogar um ato normativo culminar na inadmissibilidade ou perda de objeto de processo abstrato, com intuito fraudatório, que muito limita o poder desse tribunal.

A questão do controle por ADI ou ADC de lei municipal tendo paradigma a Constituição Federal é impossibilitada pela ausência da competência dentre as previstas para o STF (CF, art. 102). Parece que a Constituição deu unicamente aos Tribunais de Justiça competência para o controle por ADI, denominado representação de inconstitucionalidade pelo art. 125, §2º, da CF.

Por sua vez, a proposta de emenda constitucional ou projeto de lei certamente não podem ser objeto de ADI e ADC, porquanto, de acordo com a sistemática exposta no item 2.1.3.1, não há controle judicial preventivo de constitucionalidade, exceto a

---

<sup>86</sup> Por certo, para fazer juízo da legitimidade da norma frente à Constituição, sob o enfoque do juízo de recepção, deve-se perquirir se a norma era constitucional em relação à Constituição sob cuja vigência foi editada. Este é um juízo preliminar para que se possa perquirir a compatibilidade da referida norma em relação à atual Constituição em juízo de recepção. Parece ser este o motivo pelo qual não é possível fazer essa análise pela ADI e ADC, pois o parâmetro, invariavelmente, é a Constituição em vigência.

referida hipótese de mandado de segurança de parlamentar. Não se faz mister que a lei esteja em vigor, bastando a promulgação, no caso do processo legislativo comum. Finalmente, súmulas são obstadas por não se observa caráter normativo elas, porquanto são apenas proposições jurídicas que consolidam jurisprudência de determinado tribunal.

#### **2.1.5.2.1.3 Dos efeitos da decisão**

Tanto nas decisões em ADI, como em ADC, é possível consignar tranquilamente a existência, em regra, de efeitos retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*) e vinculantes. No caso da declaração da inconstitucionalidade por via principal, ainda se observa efeitos repristinatórios das normas revogadas pela outro que fora nulificada, ao contrário da declaração da constitucionalidade, que consiste na afirmação judicial da ineficácia na elisão da presunção da constitucionalidade da norma, que permanecerá válida e eficaz. Na linha organizatória de Barroso (2009.a, p. 195), mais prático dividir esses efeitos em objetivos, subjetivos e temporais, no entanto, preliminarmente, vale analisar a decisão sob o enfoque da coisa julgada.

Consoante já demonstrado, a atividade fiscalizatória desempenhada pelo STF por via de ação é atividade jurisdicional, “as sentenças de mérito proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade das normas fazem coisa julgada formal e material” (ZAVASCKI. 2001, p. 114), ou seja, tornam-se indiscutíveis e imutáveis não somente no âmbito do processo em que foram proferidas, como em qualquer outro. Há previsão expressa desses atributos na Lei 9868, art. 26 e na Lei 9882, art. 12, que tratam respectivamente o regime de ADI e ADC e do regime da ADPF.

No seu limite objetivo, na visão da clássica processualística civil, cinge-se à parte dispositiva da sentença, matéria incontroversa na seara do processo subjetivo, porém, em mutação no processo objetivo (teoria da transcendência dos motivos determinantes).

Explicita Barroso (2009.a, p. 207) que em sucessivas decisões, o STF tem estendido os limites objetivos das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, com base em construção que vem determinando a transcendência dos motivos determinantes, técnica já mencionada na fiscalização incidental de inconstitucionalidade supra. Nessa perspectiva, tem-se reconhecido eficácia vinculante<sup>87</sup> não apenas à parte dispositiva do julgado, mas igualmente aos fundamentos da decisão (*ratio decidendi*).

---

<sup>87</sup> Antes de qualquer consideração, ressaltado evidente a dessemelhança entre coisa julgada e efeitos vinculantes, distinção a ser abordada infra. Quanto aos limites objetivos do efeito vinculante, no mesmo sentido, Gilmar Mendes (2008, p. 1285)

Todavia, alerta Lenza (2011, p. 282) há tendência recente do STF em afastar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, uma vez que isso estaria causando aumento vertiginoso do número de reclamações. Trata-se evidentemente da nacionalmente conhecida jurisprudência defensiva, o que obstaría a vinculação da própria tese jurídica da decisão do pleno. Isso resultaria igualmente em maior número de processos no STF, ou seja, estaria trocando reclamações por mais recursos extraordinários e incidentes de inconstitucionalidade nos tribunais. Não parece ser a solução mais inteligente a adotada na Rcl. 10.604<sup>88</sup>, que ainda é pendente, mas já encontra manifestação de seis ministros contra a aplicação da teoria dos motivos determinantes.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, entende-se que abarca a generalidade, ou seja, a todos atinge. Essa extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada explicar-se-ia, doutrinariamente, por força do fenômeno da substituição processual. (BARROSO. 2009.a, p. 2002). A legitimação constante no artigo 103 da CF é extraordinária, logo, estes agem em nome próprio, mas na defesa do interesse da coletividade e da ordem jurídica<sup>89</sup>. Parece ser por esse motivo que os efeitos subjetivos da decisão têm caráter geral (*erga omnes*), e não apenas entre as partes do processo, como observado no processo subjetivo tradicional.

Consoante explicitado no item 1.6.4, a coisa julgada possui duas modalidades de eficácia a ela associada: a eficácia preclusiva e a vinculativa. A primeira imporia a impossibilidade de ajuizamento de outra ação direta para obter nova manifestação do STF acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do mesmo dispositivo. No caso de declaração da inconstitucionalidade parece óbvio que além da impossibilidade de rejuizamento inerente à eficácia preclusiva da coisa julgada, observa-se que há a impossibilidade de ressuscitar lei fulminada pela nulidade, regra geral.

No entanto, se o pronunciamento for pela constitucionalidade da norma, essa doutrina subjetivista da eficácia preclusiva há de ser observada *cum grano salis*. Demonstrou-se que, neste caso, a lei mantém-se válida e eficaz no mundo jurídico, mas esta poderia tornar-se inconstitucional futuramente por processo de inconstitucionalização do ato normativo, face às mudanças fáticas ou de concepções jurídicas, ou, igualmente, pela mutação

---

consigna que com este efeito pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Por conseguinte, os órgãos estatais abrangidos pelos efeitos vinculantes devem observar, pois, não apenas a parte dispositiva, mas a norma abstrata que dela se extrai, ou seja, determinado tipo de situação conduta ou regulação.

<sup>88</sup> O acórdão não foi publicado, logo, não há acesso à decisão: a matéria é pendente.

<sup>89</sup> Afinal, conforme classificação dos mecanismos de tutela de direitos (item 1.3), as ações de controle de constitucionalidade por via de ação direta compõem instrumentos para a tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada. Destarte, embora não se destinem de forma *imediate* a proteção de direitos subjetivos, como as demais modalidades, mediatamente, prestam-se a esse fim em muitas ocasiões, daí poder-se considerá-las uma modalidade excepcional de tutela coletiva

constitucional, caso em que a mudança ocorre no próprio parâmetro de controle. De qualquer forma, caso houvesse o impedimento da reapreciação do tema pelo STF, poderia haver situação de obrigatória observância de lei inconstitucional, caso fosse aplicável irrestritamente o indigitado efeito.

Parece que a conclusão mais acurada sobre o tema é do Min. Gilmar Mendes, segundo o qual:

declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança nas circunstâncias fáticas ou relevantes alterações nas concepções jurídicas dominantes. (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1277)

Não é despidendo ressaltar que a transposição da coisa julgada do processo civil para o âmbito dos processos objetivos e abstratos, aliados à importação da idéia de vinculação das decisões, exige conciliação de fenômenos diversos. O conceito de *stare decisis*, que se expressa no efeito vinculante<sup>90</sup> atribuído por lei e pela Constituição ao controle de constitucionalidade brasileiro, inibe determinadas conseqüências tradicionais da coisa julgada.

Distingue Barroso (2009.a, p. 204) que a coisa julgada, como apontado supra, impede novo pronunciamento judicial sobre a mesma matéria; o efeito vinculante, por sua vez, obriga a adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, se a ela se vincula a decisão da causa. Outra distinção básica, que igualmente foi evidenciada, consiste na preclusão da possibilidade de o próprio órgão rever a matéria em caso de coisa julgada; diversamente, o efeito vinculante não impede a reapreciação da matéria pelo órgão prolator.

Traçadas essas premissas básicas, possível identificar os efeitos objetivos da decisão em ADI e ADC. Considerada constitucional a norma impugnada, esta se manterá intacta, continuando existente, válida e eficaz. Situação da qual emana efeitos diversos é a declaração da inconstitucionalidade do ato normativo: regra geral, denotando a evidente prevalência do dogma da nulidade, a norma é tida como nula. Tal “declaração da nulidade situa-se no plano da validade, como conseqüência, o ato normativo não deverá mais produzir seus efeitos: passa-se ao plano da eficácia da norma, que deverá ser paralisada.” (BARROSO. 2009.a, p. 201)

---

<sup>90</sup> Gilmar Mendes (2008, p. 1282) traça os limites subjetivos e objetivos do efeito vinculante. No âmbito da delimitação objetiva, relativa à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas, diferentemente da coisa julgada e da força de lei, não esta o efeito vinculante adstrito à parte dispositiva, estendendo-se igualmente aos fundamentos determinantes e às coisas ditas de passagem (*obiter dicta*). Quanto aos limites subjetivos do efeito vinculante, Gilmar Mendes (2009, p. 1286) consigna que fica este efeito reduzido aos órgãos do poder Executivo e do Judiciário, sendo igualmente excluído da incidência de efeito vinculante o STF.

Outra consequência é o fato de não mais haver um ato formal no plano da existência, logo, considerando ser a vigência a soma da existência e da eficácia, a lei declarada inconstitucional não mais vige. Decorrência lógica dessa conclusão é a necessária repercussão sobre a legislação que havia sido revogada pela lei inválida. Declarada a inconstitucionalidade da norma revogadora, esta não deverá produzir efeitos válidos, por conseguinte, impõe o princípio da supremacia da Constituição que a situação jurídica volte ao *status quo ante*. Destarte, restaurar-se-á a vigência da legislação previamente existente por ela afetada, ou seja, trata-se de efeitos repristinatórios, previsto na Lei 9868/99, que pode ser excepcionado pelo STF.

Finalmente, no que atine aos efeitos temporais da decisão em ADI ou ADC, prevalece o dogma da inconstitucionalidade com nulidade, como explicitado em inúmeras ocasiões. Hodiernamente a noção de inconstitucionalidade constata situação jurídica preexistente, logo, invariavelmente teria a decisão cunho declaratório. Dessarte, em regra, em perspectiva extremamente simplista, não haveria como a pronúncia da nulidade não retroagir ao momento do ingresso do ato normativo no mundo jurídico (efeitos *ex tunc*).

Todavia, o que se observava anteriormente com o juízo de ponderação de valores constitucionais, demonstrado no item 2.1.4.1.3, disciplinou-se expressamente no artigo 27<sup>91</sup> da Lei 9868/99, o que abriu possibilidade de modular os efeitos temporais da decisão com fundamento na segurança jurídica e no interesse público excepcional. Além da ponderação concreta com estes fundamentos, o legislador pátrio impôs um modelo procedimental restritivo, consagrado na exigência de quorum especial (dois terços dos votos) para declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo.

Sucintamente, em tese, há possibilidade de três situações de extensão temporal da decisão, fora a regra. A primeira é declarar a inconstitucionalidade somente a partir do trânsito em julgado da decisão (efeito *ex nunc*); declarar a inconstitucionalidade com efeito suspensivo da eficácia de decisão com termo pré-fixado (efeito *pro futuro*); e, finalmente, conforme Mendes (2008, p. 1268), a declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade<sup>92</sup>, que permite que se opere a suspensão da aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, manifeste-se sobre a questão inconstitucional.

---

<sup>91</sup> “art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”

<sup>92</sup> Nos casos das omissões inconstitucionais parciais, muitas vezes não é aconselhável ao Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob pena de suprimir vantagem, mesmo que contrária à isonomia (omissão inconstitucional relativa), ou avanço considerável (omissão inconstitucional propriamente dita), conquanto insuficiente. Parece que se assim o fizer, estará ainda mais agravado o estado de inconstitucionalidade, ou seja, maior será a desigualdade ou menor será o avanço.



Independente do lapso temporal no qual os efeitos da decisão nulificante incidir, certo que no momento que se tornar eficaz com a declaração da nulidade, seu “efeito necessário e imediato há de ser, pois, a exclusão de toda ultra-atividade da lei inconstitucional” (MENDES, COELHO, BRANCO. 2008, p. 1278). Porém a eliminação dos atos fundamentados no ato normativo inconstitucional deverá levar em conta as “fórmulas de preclusão”.

Os limites ditados pelas fórmulas de preclusão implicam a não afetação de todos os atos praticados com base em lei, sobre cuja validade houve juízo de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade. Estes são insuscetíveis de afetação se ao momento da declaração da inconstitucionalidade, contra eles não forma mais possível revisão ou impugnação. Salienta-se que os efeitos *erga omnes* da declaração da inconstitucionalidade não acarretam a total depuração do ordenamento jurídico. Ao contrário, explicita Gilmar Mendes (2008, p. 1079), essa decisão cria condições para eliminação de atos singulares suscetíveis de impugnação ou revisão.

#### **2.1.5.2.2 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**

Como estudado, houve reforço do controle abstrato em detrimento do difuso pelo constituinte ao alargar o rol de legitimados da ação direta e ao criar a ADC. No entanto, subsistiu ainda espaço residual considerável para o controle difuso. Foi nessa perspectiva de incompletude que veio a regulamentação da ADPF<sup>93</sup>, anteriormente prevista no texto constitucional de forma bastante singela e aparmetrizada<sup>94</sup>, pela Lei 9882/99, para colmatar essas lacunas no quadro de competências do STF em processo abstrato. Destarte, insere-se a ADPF no complexo sistema brasileiro de controle judicial abstrato sob o signo da singularidade.

Barroso (2009.a, p. 275) aponta duas modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental: a argüição autônoma, prevista no art. 1º, caput, da Lei 9882/99, e a argüição incidental ou paralela, no art. 1º, parágrafo único, da Lei 9882/99.

---

Dessarte, um juízo rigoroso de proporcionalidade recomendará que se declare a inconstitucionalidade sem a nulidade, congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional. (MENDES, COELHO, BRANCO. 2008, p. 1269)

<sup>93</sup> Esse quadro de incompletude do sistema do controle direto recebeu tentativa de regulamentação anteriormente à ADPF. Surgiu a idéia de desenvolvimento do “incidente de inconstitucionalidade” na Revisão Constitucional de 1994, que propiciava aos legitimados da ação direta (CF, art. 103) provocar pronunciamento do STF acerca de controvérsias constitucionais suscitadas em ações judiciais em curso. Todavia, por óbvio, não vingou o projeto.

<sup>94</sup> A norma constitucional de eficácia limitada impõe a regulamentação legal por meio da seguinte reserva legal simples pelo art. 102, § 1º, da CF: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

Por óbvio, os referidos tipos de ADPF possuem peculiaridades, entretanto, há características basilares comuns a ambas, que as faz integrar o gênero em tela e não os outros instrumentos de controle abstrato.

A primeira característica comum, que igualmente singulariza a própria ADPF como gênero, é o fim de resguardar ameaça ou violação de preceito fundamental<sup>95</sup>, que se substancia na violação de determinadas normas – comumente princípios, mas eventualmente regras – que trazem conseqüências mais graves ao sistema jurídico como um todo<sup>96</sup>, não havendo certamente um rol exaustivo, mas parâmetros a serem aferidos em face de situações concretas.

Por outro lado, entendido dessa maneira, qualquer discussão jurídica conduziria a alguns dos listados preceitos fundamentais, portanto, a fim de evitar malversação do mecanismo, são impostos certos limites à configuração da lesão a preceito fundamental. A argüição deve ser real, por isso a inicial formulada perante o STF deverá envolver a fixação do conteúdo e alcance do preceito fundamental, não bastando mera invocação de uma violação. Além disso, a questão da violação não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos e, derradeiramente, a questão controvertida não pode depender de mera interpretação do sistema infraconstitucional (reflexa). È necessário, pois, que a violação alegada seja direta e, de fato, interfira com a fixação do conteúdo e alcance do preceito constitucional.

Outra característica comum ao gênero é a regra da subsidiariedade (Lei 9882/99, art. 4º, §1º), cujo pressuposto é a inexistência de outro meio idôneo para prevenir ou reparar a lesão ao preceito fundamental. Tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame da subsidiariedade paradigmaticamente demarca instrumentos de controle objetivo de constitucionalidade. Ressalta-se que a ADPF não é cabível sempre que a ADI ou ADC não o seja, porquanto há certas disputas subjetivas que não são abrangidas pela jurisdição constitucional. Em verdade, a subsidiariedade significa que não caberá ADPF se houver disponível outro meio idôneo a sanar a lesividade<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Segundo o art. 1º da Lei 9882/99, a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

<sup>96</sup> Evidentemente, preceito fundamental é um conceito jurídico indeterminado, todavia há certas normas, ressalta Barroso (2009, p. 279), que inexoravelmente integram estes preceitos. Sem dúvidas, integram-nos os fundamentos e objetivos da república, bem como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais (CF, arts. 1º a 4º). Igualmente estão abrangidos os direitos fundamentais (CF, art. 5º e s.), as normas que prevêem as cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º), ou delas decorram diretamente, e os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, VII).

<sup>97</sup> Os vácuos de não cabimento de ADI e ADC aptos a ensejar ADPF pelo princípio da subsidiariedade, exemplificativamente, são: controle relativo ao direito pré-constitucional, norma pós-constitucional revogada, controle de constitucionalidade de direito municipal, disposição regulamentar (ato normativo secundário).

Demonstradas as características intersectivas, neste momento, salientar-se-ão as disjuntivas. Na argüição autônoma trata-se verdadeiramente de ação análoga às ações diretas tradicionais da Constituição hodierna. Destarte, por via dela suscita-se jurisdição constitucional abstrata, concentrada por via principal perante o STF. O rol de legitimados é o mesmo (CF, art. 103), todavia o parâmetro de controle é mais restrito: não é mais parâmetro qualquer norma constitucional, mas apenas preceitos fundamentais da Constituição, como se demonstrou. Também, quanto ao objeto, difere-se das ações diretas, uma vez que não se limita a atos normativos e estende-se aos três níveis de poder, conclusão da regra da subsidiariedade delimitada supra.

Quanto à argüição incidental ou paralela, questiona-se a constitucionalidade da lei tendo em vista sua aplicação em uma dada situação concreta. Destarte, a instauração do controle de constitucionalidade em ADPF incidente repercutirá diretamente sobre casos submetidos à jurisdição ordinária, porquanto a questão constitucional prejudicial a ser dirimida nesses processos subjetivos será elevada diretamente à apreciação pelo STF.

Bem observa Mendes (2009, p. 1145) que muito lembra essa modalidade, quanto aos efeitos práticos, o controle concentrado europeu. O mecanismo europeu acarreta a suspensão dos processos em que a controvérsia judicial foi suscitada e remete a questão prejudicial à Corte constitucional. Igualmente, assemelha-se à cisão funcional horizontal ocorrida no âmbito dos tribunais em sede de controle difusos incidental, em função da reserva de plenário (CF, art. 97). Nesse caso a questão constitucional prejudicial surgida no fracionário segue para ser apreciada no Plenário do respectivo tribunal.

No entanto, não corresponde a nenhuma das espécies comparadas. Ao contrário do modelo europeu, hipótese em que a Corte Constitucional detém o monopólio da decisão sobre a questão constitucional, a argüição incidental não transforma a sistemática do controle difuso. Juízes e tribunais continuam a emitir juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Enquanto o modelo europeu confere o monopólio da cesura à Corte Constitucional, na ADPF a submissão da questão ao STF é mera faculdade dos legitimados previstos na Constituição.

Por sua vez, diversamente da cisão funcional horizontal do controle difuso por via de exceção no âmbito dos tribunais, o procedimento da ADPF incidente remete diretamente a questão constitucional prejudicial das instâncias ordinárias ao Pleno do STF (CF, art. 97), para definir abstratamente a constitucionalidade ou não do ato normativo. Decisão esta que vincula as instâncias ordinárias na elaboração da sentença ou acórdão do caso concreto. Por essa sistemática da cisão cognitiva entre jurisdição ordinária e

extraordinária (STF), é que perspicazmente Gilmar Mendes (2008, p. 1147) denomina cisão funcional vertical. Não é por outro motivo que nos casos de ADPF incidental, eventuais processos em tramitação ficarão sujeitos à suspensão liminar de seu andamento ou da decisão, caso já proferida (Lei 9882/99, art. 5º, §3º).

A ADPF incidental<sup>98</sup> possui mais dois requisitos, além dos da ADPF autônoma. Semelhantemente à ADC, deve-se preceder a demonstração da controvérsia judicial relevante, ou seja, situação hábil para afetar a presunção de constitucionalidade ou legitimidade<sup>99</sup> do ato normativo questionado. Outro requisito específico é que o objeto tenha caráter normativo, exigência despicienda à ADPF autônoma.

Não há considerações importantes acerca dos efeitos das decisões, uma vez que não há novidades em relação à ADC e ADI, todavia, vale tecer breve comentário sobre o objeto da ADPF. No caso de argüição autônoma, seu objeto é bastante amplo, abrangendo atos de natureza normativa, administrativa e judicial, relativos a direito federal, estadual ou municipal. Nesse ponto diverge a argüição incidente, que somente pode versar sobre atos de natureza normativa, todavia, proveniente de qualquer dos Entes Federativos. As duas espécies de ADPF são passíveis de utilização em face de ato normativo secundário, direito pré-constitucional e o direito revogado, como já havia comentado.

## **2.2 Análise crítica das peculiaridades processuais relevantes ao questionamento do controle de constitucionalidade incidental em ação civil pública *lato sensu***

Como cediço, observada a cláusula de plenário, incontroversa e irrestrita é a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* nos procedimentos tradicionais individualizados do Código de Processo Civil. Todavia as peculiaridades do processo coletivo implicam situações distintas, aptas, nos casos de abusos, a acarretar a usurpação do plexo de competência do Supremo Tribunal Federal, conseqüentemente, subvertendo toda a sistemática da jurisdição constitucional brasileira. Para adentrar a

---

<sup>98</sup> Com o veto ao dispositivo que previa a possibilidade de ajuizamento da ADPF incidental por qualquer pessoa lesada ou ameaçada (Projeto de Lei 17/99, art. 2º, II), o direito de propositura de ambas as argüições concentrou-se nos legitimados do art. 103 da Constituição. Parece que o veto desfigurou o instituto, como bem observa Barroso (2009, p. 277), porquanto, sendo os mesmos legitimados, não haveria motivo para a utilização da ADPF incidental, sendo os requisitos da via autônoma menos rígidos. Parece que restaria o último sobre de vida à via incidente a representação ao Procurador Geral da República pelos interessados (Lei 9882/99, art. 2º, §1º).

<sup>99</sup> Vale ressaltar que no caso da aferição da legitimidade da norma pré-constitucional em face dos preceitos fundamentais, é assente no direito brasileiro que não é caso de inconstitucionalidade, mas apenas revogação pela máxima da *lex posterior derogat priori*. Portanto, por óbvio, a decisão em ADPF com esse objeto não declara a inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas apenas a recepção ou revogação do direito intertemporal.

discussão das peculiaridades, necessário é situar esses procedimentos dentro do complexo de mecanismos de tutela de direitos.

Como cediço, com a primeira onda de reformas no processo civil, relativa à implementação dos institutos de processo coletivo, possibilitou distinção de três grupos os mecanismos de tutela de direitos: (I) os mecanismos processuais para a tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos (I.a) naqueles destinados a tutelá-los individualmente pelo próprio titular, disciplinado basicamente pelo Código de Processo Civil, e (I.b) os designados a tutelar coletivamente direitos individuais, em regime de substituição processual, caso da ação civil coletiva; (II) os mecanismos processuais para tutela de direitos transindividuais, hipótese da ação civil pública, que abarca os direitos difusos e coletivos, tutelados, igualmente, em regime de substituição processual; e, finalmente, (III) os instrumentos para a tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada, consubstanciado nos mecanismos de controle de constitucionalidade. Esta perspectiva panorâmica e abrangente permite melhor visualização dos mecanismos de tutela de direitos no Brasil.

Em um primeiro momento deste capítulo, desenvolveram-se os instrumentos para a tutela da ordem jurídica, consubstanciado nos mecanismos de controle de constitucionalidade (grupo III). Estes possuem sistemática completamente diversa dos outros dois grupos explicitados: não se destinam à tutela imediata de direitos, porém, em verdade, mediata.

A finalidade maior (imediata) do controle de constitucionalidade, seja concreto ou abstrato, é garantir a supremacia constitucional. A Constituição é o fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais, pois determina o modo de produção destas (critério hierárquico dinâmico). Por óbvio, não haveria por possível exorbitação pelo legislador infraconstitucional das prerrogativas conferidas a ele pelo legislador constituinte, originário ou derivado, hipótese que subverteria toda a sistemática orgânica do ordenamento jurídico.

Parece que mesmo em sede de controle difuso incidente, conquanto esteja irremediavelmente ligado à tutela do caso concreto, precipuamente, possui, no fundo, finalidade mesma do controle concreto principal: tutelar a idoneidade do ordenamento jurídico, tomado este abstratamente. O que o torna concreto é o fato de a tutela do ordenamento abstratamente considerado surtir efeitos unicamente para o caso prejudicado pela solução da questão constitucional. Neste ponto, importante ressalva deve ser feita para o recurso extraordinário, uma vez que há tendência forte de sua objetivação, conforme já demonstrado. Essa mudança paradigmática do controle difuso implica extravazamento

espontâneo *erga omnes* da tutela do ordenamento jurídico, tomada originariamente para certo caso concreto.

No que se refere à jurisdição constitucional, especificamente, controle de constitucionalidade, sua finalidade mediata é a tutela das relações jurídicas concretas, direta ou indiretamente. Se a decisão constitucional tiver razão de existir em um determinado caso concreto, é o caso do controle difuso incidente. Nesse caso, a questão constitucional influenciará diretamente a decisão da relação jurídica da qual foi suscitada, ou seja, a tutela abstrata do ordenamento destina-se direta e incisivamente à solução do caso concreto específico.

No caso do controle concentrado principal, o fim mediato é a tutela das situações concretas, todavia, de maneira indireta. Impossível negar que, em sede de controle abstrato, a tutela do ordenamento é quase que um fim em si mesmo, porquanto a relevância de regulação de situações concretas perde muita importância face ao objetivo imediato desses mecanismos. Entretanto, admitir que a tutela do ordenamento tenha fins meramente abstratos e acadêmicos para o funcionamento racionalmente áureo do sistema ideal “ordenamento jurídico” é utópico.

Mesmo que não esteja, pelo menos em teoria, ligada a casos concretos específicos, destina-se a impor consequências no mundo fático, pois é este o fim próprio das normas jurídicas. Tanto é verdade que qualquer legitimado do controle abstrato (CF, art. 103), especialmente quando exigida pertinência temática, conquanto não seja parte material, como parte formal impugna normas inconstitucionais que esteja obstaculizando a atuação daqueles que representa. Com isso, expurga-se definitivamente do ordenamento a norma, sem necessidade de afastá-la em diversas demandas individuais por controle concreto.

Em outro plano estão os mecanismos de tutela imediata do ordenamento jurídico, que se substanciam nos instrumentos de proteção imediata de direitos (grupos I e II). Para satisfatória compreensão da problemática das implicações de eventual declaração incidental de inconstitucionalidade da questão constitucional prejudicial no bojo de um dos instrumentos de tutela imediata de direitos, *conditio sine qua non* é o delineamento da conceituação precisa dos direitos por eles tutelados, dos quais decorrerão as peculiaridades procedimentais.

Preliminarmente, destacam-se as idiosincrasias reveladas na própria substância dos mecanismos imediatos de proteção coletiva dos direitos na ordem jurídica. O procedimento da ação civil pública é instrumento moldado para tutela de direitos metaindividuais (direitos coletivos lato sensu); o procedimento da ação civil coletiva é

designado à tutela de direitos individuais homogêneos; finalmente, os procedimentos tradicionais do CPC foram arquitetados para tratar direitos individuais, homogêneos ou não.

Percebe-se de antemão que não há substancialmente distinção quanto à natureza dos direitos individuais processados por ação civil coletiva ou pelos procedimentos comuns do CPC, inversamente com o observado nos direitos coletivos *lato sensu*. Na verdade, como já estudado, o direito em questão é divisível e de titularidade determinada ou determinável. Conclui-se, pois, que há pluralidade de objeto e de titulares. A questão comparativa entre o processamento coletivo de direitos individuais e o litisconsórcio será abordada no item seguinte, pois o exame deter-se-á à ação civil pública *stricto sensu*.

A gênese das peculiaridades processuais da ação civil pública está, especialmente, na própria natureza dos direitos coletivos *lato sensu*. É cediço que os direitos e interesses transindividuais existem somente na seara de grupos, classes, categorias ou na própria sociedade como um todo. Primeira característica fundamental da transindividualidade é a impossibilidade de tratamento individualizado dos integrantes do universo titular do direito, sendo unicamente tratado o universo titular conglobado. Revela-se, dessarte, a indeterminabilidade dos sujeitos da relação jurídica material surgida de direitos coletivos *lato sensu*.

Outra característica comum do gênero direito coletivo *lato sensu*, agora resultante da indivisibilidade, é a impossibilidade de identificação do quinhão do direito de que cada um dos integrantes do grupo possa ser titular. Se não bastasse a imensurabilidade da extensão subjetiva da titularidade, estes direitos são materialmente impartíveis. A premissa básica dos direitos transindividuais é que o direito merece proteção legal como um todo, abstraindo-se da situação jurídica individual de cada beneficiário. São substancialmente indivisíveis, com indeterminação de sua titularidade, absoluta ou relativa (item 1.5.1).

A partir dessa constatação, as conseqüências convergem sucessivamente no sentido do afastamento vertiginoso do modelo individual subjetivo para feições, ao menos aparentemente, de processo objetivo, quando o padrão é o alcance subjetivo do mecanismo. Se o parâmetro comparativo é o modo de ser do instrumento, ou seja, sua essência básica de funcionamento, como se verá, amarra-se fortemente ao modelo subjetivo.

Relevante decorrência processual das supracitadas características dos direitos coletivos *lato sensu* é adoção de legitimação extraordinária em ação civil pública. Por isso, em nome próprio, o autor não defende situações subjetivas suas, mas sim direitos transcendentais à subjetividade própria. Como o gozo molecularizado do direito é inviável,

somente poderia ser pretendido judicialmente por parte formal, que é o substituto processual, sendo a parte material o universo imensurável de titulares.

Conseqüentemente, é possível visualizar, ao menos de maneira superficial, certa aproximação com processo objetivo sem partes materiais, cuja função do legitimado é aproximada, *mutatis mutandis*, a de “substituto processual” de toda a coletividade, cujo escopo é garantir a tutela de interesses gerais, ao manter o ordenamento normativo idôneo. Parece, todavia, que não é adequada a idéia de substituição processual em processo objetivo.

Na substituição processual, o “substituto se torna parte em sentido processual, mas a condição de parte em sentido substancial permanece com o substituído, que é sujeito em prol do qual é pedida tutela jurisdicional” (DINAMARCO. 2009.b, p. 320), conceito que pressupõe a existência de direito alheio em demanda (parte material). Destarte, “não há coincidência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado” (DIDIER. 2011.a, p. 211), relação comparativa típica de processos subjetivos. Conclui-se que a própria formulação do conceito do instituto, invariavelmente, pressupõe que haja uma relação de direito material em juízo do substituído, sobre o qual recairá a coisa julgada material.

No processo objetivo, apesar de certa aproximação em termos da idéia da representatividade generalizada da legitimação, há clareza meridiana na seguinte distinção: não há parte material no processo objetivo, todavia o há na ação civil pública. Em controle abstrato de constitucionalidade, o que se tutela é precipuamente o ordenamento jurídico. Esta atuação realmente cobre-se de interesse público, mas não integra o patrimônio jurídico de uma pretensa coletividade, ou seja, não existe direito subjetivo na realização da fiscalização abstrata apto a integrá-la o patrimônio jurídico.

Trata-se de uma imposição da Constituição, ou melhor, um dever jurídico exigido pelo constituinte originário aos aplicadores da jurisdição constitucional, que serve de instrumento para esse fim imposto pela Constituição. Por isso, os legitimados, antes de haverem o direito de deflagração (legitimação), são verdadeiramente detentores do dever jurídico constitucional de suscitar a inconstitucionalidade no controle abstrato.

Parece que essa atribuição inicial dos legitimados, bem como as competências do STF e Tribunais de Justiça para controle concentrado principal da constitucionalidade, deflagrado por aqueles, seriam engrenagens do mecanismo idealizado pela Constituição para higienizar abstratamente o ordenamento jurídico. O modelo preponderante escolhido pelo legislador constituinte brasileiro para a fiscalização de constitucionalidade foi o judicial (jurisdição constitucional), porquanto se adotou o princípio



do pedido, substanciado no direito deflagratório dos legitimados. “Tal princípio é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do órgão decisório como um Tribunal” (MENDES. 2009, p. 243), o que peculiariza o mecanismo da jurisdição constitucional das demais atividades de cunho meramente político, não obstante haja inegavelmente conteúdo político nas decisões do STF e Tribunais de Justiça.

Conclusivamente, a iniciativa dos legitimados e a atuação jurisdicional do STF ou dos Tribunais de Justiça estaduais são peças componentes do mecanismo de controle concentrado principal da constitucionalidade. Este objetiva efetivar o princípio constitucional basilar da supremacia constitucional, independentemente de um caso concreto específico, ao expurgar validade dos atos normativos em desconformidade com o seu fundamento de validade (Constituição), com efeitos, em geral, *erga omnes*, vinculantes, *ex tunc* e efeitos repristinatórios.

Fundada nesse basilar valor constitucional, imediata é a constatação da incompatibilidade da tutela abstrata do ordenamento jurídico figurar como direito da parte material (substituído processual) pleiteado pelo substituto processual nas ações civis públicas *lato sensu*. Mesmo se o substituído processual for um ser de interesse coletivo *lato sensu* abstrato, formado por um grupo indissociável de titulares indeterminados de direitos transindividuais, não gravitaria a necessidade constitucional da tutela do ordenamento em sua órbita jurídica.

Não é por outro motivo que conclui Mendes (2009, p. 162) no processo objetivo há requerente (parte processual), mas inexistente a figura do réu ou requerido. Não há formação nem mesmo de relação jurídica processual. Relembro que, não obstante o procedimento do processo objetivo seja voltado unicamente para a tutela do ordenamento, divorciado de qualquer relação concreta, isso não desvirtua seu fim mediato: gerar efeitos no mundo fático (tutela mediata de situações concretas).

A legitimação do art. 103 da CF não é, pois, caso de substituição processual, porquanto inexistente relação jurídica concreta sob tutela imediata no procedimento dos processos objetivos. Igualmente, não há a figura do substituído, pois não há direitos destes em questão, mas unicamente a manutenção de um ordenamento jurídico idôneo, que somente em momento posterior irá afetar direitos.

No caso da ação civil pública, em extrema oposição, é flagrante a ocorrência do instituto da substituição processual, pois é um processo subjetivo. O substituto processual, como parte processual, em nome próprio, possui prerrogativas processuais de pretender tutela

jurisdicional de direitos de outrem. A relação jurídica material amparada pelo direito coletivo *lato sensu* é o mérito da demanda (questão principal), que são titularizados por grupo, classe, categoria ou coletividade mais ampla e heterogênea.

Em síntese conclusiva, há pluralidade de sujeitos, todavia indivisibilidade do objeto. Por isso, somente tem legitimação e a pretensão para a tutela jurisdicional do direito coletivo *lato sensu* todo o conjunto de titulares desses direitos, cujas prerrogativas processuais serão exercidas pelo substituto processual. A relação jurídica em juízo pertence a todos os titulares, portanto, como a coisa julgada recai sobre os substituídos processuais, incorre-se na segunda grande peculiaridade do procedimento: sua coisa julgada ampliativa.

Trata-se da mais significativa implicação processual da natureza dos direitos em questão, pois se traduz no alcance subjetivo geral direto do dispositivo da sentença em ação civil pública, acobertado pela *auctoritas rei iudicatae*. Essa característica desentranha fulminantemente o processo coletivo do individual, promovendo novamente certa aproximação com um processo objetivo, inegavelmente. Não poderia ser diferente, haja vista transindividualidade e impartibilidade dos direitos coletivos *lato sensu*: a norma jurídica concreta inexoravelmente abrangerá, subjetivamente, a totalidade dos titulares e, materialmente, tutelar o direito metaindividualizado como uma unidade impartível.

Dessa forma, a tutela jurisdicional somente faz sentido, semelhantemente ao observado no processo objetivo, se a eficácia subjetiva da decisão for transindividualizada, refletido o direito tutelado, logo, inevitável mitigação do alcance do artigo 472 do CPC. Por isso, o artigo 103, I e II, do CDC designa aos interesses coletivos *lato sensu* extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à coisa julgada incidente sobre o dispositivo, haja vista o princípio da adequação do processo à tutela material. A estruturação substancial do direito material (direitos transindividuais) é insuscetível de fragmentação em espectros atribuíveis a determinada pessoa individualmente considerada. Por isso atesta Didier Júnior (2011.a, p. 324) que a satisfação (ou não) de um implica, de uma só vez, a satisfação (ou não) de todos quantos se encaixem naquela situação.

Exatamente com base nas peculiaridades entre as duas espécies (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) do gênero direitos coletivos *lato sensu* que se atribuiu a cada um, respectivamente, coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*. Como anteriormente abordado, da mesma forma que se dotou a coisa julgada de extravazamento subjetivo ampliativo quando tutelados direitos transindividuais, houve certas restrições. Para que produza seus efeitos, impõe pressupostos adicionais para aquisição da imutabilidade: a sentença deve ser de

procedência ou, se for de improcedência, esta não decorra de insuficiência probatória. Trata-se da estudada coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Para além de terminológica, a caracterização das modalidades de extensão subjetiva em tela atrela-se à diferenciação da indeterminabilidade entre direitos coletivos *stricto sensu* e difusos. A indeterminação absoluta dos titulares dos direitos difusos funda-se em situação circunstancial e episódica como marco segregativo do todo (sociedade). Destarte, a extensão da coisa julgada em pretensões difusas é *erga omnes* para alcançar àquele grupo de pessoas absolutamente indeterminado. Este grupo de titulares é destacado por dada circunstância fática, com baixo grau de coesão interna.

Díspar é a indeterminabilidade relativa inerente aos direitos coletivos *stricto sensu*, cujo requisito delimitativo é titularizar relação jurídica base específica entre os integrantes do grupo, categoria ou classe ou com a parte contrária. Atendendo ao requisito da adesão à relação jurídica base em questão, a coisa julgada alcançará esse grupo mais homogêneo, por isso a extensão *ultra partes*.

O âmbito de abrangência da coisa julgada *erga omnes* é mais abrangente e indeterminada; o da coisa julgada *ultra partes* possui mais especificação. Todavia, seria mera prognose diferenciá-los pela amplitude quantitativa. Nesse sentido, ressalta Araújo Sá (2002, p. 139) que a abrangência subjetiva da decisão não é necessariamente maior nos casos de interesses difusos do que nos coletivos, ou até mesmo do que nos de interesses individuais homogêneos, pois a resposta depende da matéria que se cuida.

Verdadeiramente, o que diferencia abstratamente a extensão *ultra partes* ou *erga omnes* é a precisão acerca da seletividade do grupo titular do direito em questão. Não há inviabilidade em haver demanda envolvendo direitos coletivos cujo grupo possua amplitude bem mais numerosa do que a titularidade de demandas difusas. Todavia, a meu ver, essa diferenciação não parece ter muita relevância, pois não muda o alcance normativo do CDC. O verdadeiro intuito do uso dessas expressões foi simplesmente atestar que a coisa julgada ultrapassará o âmbito dos litigantes determinados do processo individualizada tradicional. Conseqüentemente, a idéia é que a imutabilidade atinja todos os titulares indeterminados do direito indivisível em questão, seja difuso ou coletivo *stricto sensu*.

Esse efeito é mera conseqüência de todo o estudado sobre a natureza do direito substancial em demanda. Segue-se uma seqüência lógica inevitável, a partir do momento que é tomado como premissa os caracteres fundamentais dos direitos transindividuais. Como o direito é indivisível, não se pode cogitar em demandá-lo isoladamente por seus titulares indeterminados. Da mesma forma, não há a menor

possibilidade de haver decisões, mesmo que em parte, distintas para cada um de seus titulares, como ocorre com os direitos individuais homogêneos, quanto ao núcleo de heterogeneidade. Em verdade, há somente o um integral núcleo de homogeneidade comum a todos os titulares que será julgado em uma sentença formalmente una<sup>100</sup>, cuja tutela a ser proferida somente poderá ser aproveitada pelo conjunto subjetivo em sua plenitude.

Por óbvio, essa realidade material reflete no campo processual. O *iudicium* incide sob o pedido (mérito) formulado pelo substituto processual. Típico de processos subjetivos concretos, o *iudicium* nada mais é do que a norma concreta advinda do órgão julgador,<sup>101</sup> resultante da ocorrência dos pressupostos fáticos previstos na hipótese de incidência abstrata. A norma jurídica abstrata, “é composta de uma abstrata definição de fatos previstos (*fattispecie*) e da determinação da sua conseqüência (*sanctio juris*)” (DINAMARCO. 2009.a, p. 65). Em seu conjunto, a norma abstrata expressa um juízo de valor do ente que a emite, sobre os fatos possíveis e selecionados no primeiro de seus elementos, bem como juízo de aprovação ou reprovação (*sanctio juris*), conforme a hipótese fática prevista seja favorável ou não aos valores paradigma do autor na norma abstrata.

Os direitos coletivos *lato sensu* certamente são previstos em normas abstratas. Nessa perspectiva, cediço serem geralmente negativos<sup>102</sup>, verificados na *fattispecie* fatos que causem violação, ou sua iminência, de direitos transindividuais, a norma abstrata em sua *sanctio juris* trará conseqüências jurídicas reprovadoras para esses fatos jurídicos. Estas conseqüências serão pronunciadas pelo juiz, com base no caso concreto, o que gerará a norma concreta para solucionar o caso. Ocorre que tais conseqüências jurídicas incidirão em um patamar supraindividual, incompatível com o gozo individual dos titulares, obviamente, para rimar com a essência do direito transindividual protegido pela norma abstrata. Por isso o conteúdo supraindividual da norma concreta e da coisa julgada.

Nesse *iter* lógico, chega-se à conclusão inequívoca da razão de ser da previsão de alcance pela coisa julgada transindividualizada. Necessariamente, o dispositivo da decisão afetará a esfera jurídica dos titulares do direito transindividual, considerados como um todo indivisível, pois titulares da relação jurídica material litigiosa. Como a coisa julgada material alcança o dispositivo, o limite subjetivo da coisa julgada abarca o indigitado bloco

<sup>100</sup> Contrapõe-se a sentença formalmente repartida da ação civil coletiva, pois somente tratará do núcleo de homogeneidade, enquanto a ação de cumprimento encerrará a atividade cognitiva limitada, perquirindo acerca do núcleo de heterogeneidade.

<sup>101</sup> No caso brasileiro, como bem observa Didier Júnior (2011.a, p. 313), somente poderá incidir coisa julgada material sobre a decisão *principaliter tantum* da questão principal (*iudicium*), se proferida por órgão judicial. Bastante tranqüilo o entendimento, pois o Brasil não adotou o sistema do contencioso administrativo, sim a sistemática da jurisdição una.

<sup>102</sup> Vide proteção ao meio ambiente, à ordem econômica, consumidor, etc. São casos de direitos transindividuais que geralmente possuem proteção por meio de normas abstratas proibitivas.

uno de titulares indeterminados do direito transindividual respectivo, atendidos os requisitos do regime da coisa julgada da ação civil pública.

Essa constatação independe do grau de indeterminabilidade desses titulares, ou seja, irrelevante ser o seu objeto direito difuso ou coletivo *stricto sensu*. Dessarte, conforme o exposto, o fato de ter titulares indeterminados não retira do procedimento da ação civil pública seu caráter concreto. Por conta disso que há pedidos concretos em ação civil pública. Geralmente, atribui-se tutela condenatória, seja ela preventiva ou reparatória, para obter prestações de dar, em geral pagar quantia (indenizações), ou pessoal (consubstanciada em uma obrigação de fazer ou não fazer). Certamente a ação civil pública não se restringe aos provimentos condenatórios, comportando igualmente constitutivos, meramente declaratórios, mandamentais e executivos *lato sensu*.

Inegavelmente há tutela de situações jurídicas concretas inerentes à massa subjetiva respectiva de titulares. Simplificadamente, tal massa indeterminada refere-se ao grupo titular do direito transindividual em questão, ou seja, uma coletividade específica. Grosso modo, esta abarcaria o conjunto de titulares, como se fosse um só ser, pois representa o complexo dos interesses coletivos *latos sensu* respectivos. Este ser coletivo que realmente teria em seu patrimônio jurídico a norma jurídica concreta produzida na sentença da ação civil pública, com fins a proteger o patrimônio difuso ou coletivo *stricto sensu* tutelado.

Exemplificativamente, conforme cita Zavascki (2009, p. 39) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva assegurada pelo artigo 6º, IV, do CDC pertenceria ao ser coletivo, composto por todos os consumidores, conquanto diversa da soma de interesse de todos os componentes. Ressalta-se que, enquanto não houver propaganda enganosa efetivamente veiculada, lesando individualmente os consumidores, observa-se transindividualidade da lesão, especificamente, do direito difuso dos consumidores à lealdade dos fornecedores.

Da mesma forma, no âmbito da tutela do meio ambiente, se houvesse transporte irregular de produtos tóxicos em uma dada região, em um primeiro momento, constituiria ameaça ao meio ambiente local, direito de natureza difusa. Os titulares desse direito difuso seriam todos aqueles que residem nas proximidades, pois esta é a circunstância fática aleatória que os une.

Por certo, a tutela preventiva é consubstanciada, predominantemente, em obrigação de não fazer. Esta integraria o patrimônio jurídico da coletividade de todas as pessoas que sofressem as conseqüências, mesmo que mediatas, dos danos ambientais. Esse

grupo de pessoas indetermináveis titulares do direito difuso em tela é um ser abstrato, cujo complexo de interesses divorciam-se da soma de todos seus integrantes.

Se porventura ocorrer efetivamente a intoxicação da área, simultaneamente, haverá lesão a direitos difusos e individuais homogêneos. A degradação do meio ambiente (direito difuso) corresponde situação idêntica à anterior, porém, obviamente predominará obrigação de fazer para sanar o meio ambiente deteriorado. Além desta lesão difusa, certamente haverá aqueles que tiveram suas respectivas propriedades e saúde atingidas (direito individual homogêneo). Neste caso, a tutela jurisdicional reparatória integrará o patrimônio jurídico de cada um dos lesados imediatos, pois a lesão decorrente do ilícito ambiental recai repartidamente sobre direitos individuais.

Tendo em vista a hipótese de efetiva intoxicação no exemplo supra, haveria ampliação *ope legis* do objeto do processo na ação civil pública que tutelasse a degradação ambiental (direito difuso). Como estudado, dispõe o §3º do art. 103 do CDC acerca do transporte *in utilibus* da coisa julgada, referente aos efeitos secundários da procedência em ação civil pública para as demandas individuais.

Conseqüentemente, na seara individual, o núcleo de homogeneidade da pretensão dos atingidos diretamente pelo ilícito ambiental já estaria decidido e abarcado pela coisa julgada transportada. Por óbvio, o regime de autorização da coisa julgada incidente sobre o núcleo de homogeneidade não seria o *secundum eventum probationis*, mas sim o regime *secundum eventum litis*, próprio da ação civil coletiva, ou seja, só há transporte nas hipóteses de procedência. Não há transporte *in utilibus* da coisa julgada do dispositivo da sentença de improcedência por inexistência de direito material para as relações jurídicas individuais.

Analisado o caso hipotético, pode-se concluir facilmente que o grupo dos titulares do direito transindividual no dano difuso é diverso do grupo determinado de pessoas que sofreram violação a deveres jurídicos individuais. De qualquer forma, observa-se, no geral, pretensão a certa tutela condenatória tanto pela violação a direitos coletivos lato sensu, como pela violação de direitos individuais. Evidente que a ação civil pública, quanto a sua natureza concretista, não se divorcia da clássica lide dos típicos processos subjetivos individuais.

Evidentemente, os que intencionam caracterizar a ação civil pública como processo objetivo passam ao largo desse plano argumentativo, pois se mostra irrefutável o desentranhamento da ação civil pública da seara do processo objetivo. Este nunca poderia desencadear procedimento executivo para a satisfação da pretensão da parte. Muito mais do

que isso, seria inviável fazer juízo definitivo do decidido no dispositivo de sentença do processo objetivo a situações concretas individuais inseridas em pretensões individuais diversas, transportando inclusive coisa julgada ao decidido. Diante desse processo crítico exercido, a conclusão é que a ação civil pública é um processo subjetivo, especificamente, um procedimento especial para a tutela imediata de situações jurídicas concretas.

### **2.3 Perplexidades da fiscalização da constitucionalidade em ação civil coletiva**

Como deveria ser em qualquer hipótese, o procedimento da ação civil coletiva reflete frontalmente as peculiaridades dos direitos individuais homogêneos que tutela. Estes são integrantes de categoria ontologicamente diversa dos direitos coletivos *lato sensu*, porquanto se enquadram como meros direitos subjetivos individuais, ligados por uma relação de afinidade.

Dinamarco (2009.b, p. 154) afirma de forma precisa que em seu artigo 46, II e IV, o CPC prevê, respectivamente, as referidas relações de conexidade objetiva e afinidade entre demandas, aptas a possibilitar a formação de litisconsórcio facultativo. Verifica-se que essa relação entre as demandas possui a mesma natureza ocorrente entre os direitos individuais tutelados coletivamente. Destarte, tais dispositivos do CPC descrevem certamente os vínculos de homogeneidade dos direitos individuais.

Os direitos individuais homogêneos, similarmente ao observado com os direitos transindividuais, implicam necessariamente uma pluralidade de titulares, todavia, nesse caso, trata-se de característica pressuposta da relação de homogeneidade do complexo de direitos individuais, não da própria essência do direito, como nos transindividuais. Essencial salientar que, diversamente dos direitos metaindividuais, a referida pluralidade não se confina à subjetividade quantitativa, todavia há igualmente pluralidade de objeto material, que é divisível e pode ser desmembrado em unidades autônomas com titularidade própria.

Evidente que não há espécie nova de direitos, mas simplesmente os atinentes às demandas objetivamente conexas ou afins de que trata o artigo 46 do CPC, dado a eles tratamento processual coletivizado. Por isso, na maior parte dos casos, não há maiores controvérsias sobre a declaração de inconstitucionalidade em ação civil coletiva, ao contrário da ação civil pública, mais detidamente estudada a seguir.

Por conseguinte, tecnicamente, não há de se cogitar aproximação entre ação civil coletiva e processo objetivo. Há incontestemente característica subjetiva do direito tutelado (direitos individuais homogêneos) que, cumulado com o conseqüente procedimento partitivo

da cognição da ação civil coletiva, não enseja espaço para a referida aproximação, visto que as situações individuais serão apuradas em liquidação por artigos. Trata-se de processo em que a atividade jurisdicional cognitiva consiste no exame do preenchimento dos pressupostos fáticos da *fattispecie* normativa e, conseqüentemente, dos efeitos jurídicos individuais previstos na *sanctio juris* normativa. Desse processo subsuntivo resultará uma sentença, que substancia a norma concretizada para cada um dos indivíduos demandantes identificáveis.

No procedimento da ação civil coletiva, como já estudado, relativamente à atividade cognitiva, possui a característica especial de resultar inicialmente em sentença genérica, ainda inviável como título executivo, sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos tutelados. Conquanto não enfoque a situação individual de cada substituído, não é minimamente plausível a conclusão que, por isso, tal sentença genérica trate de norma jurídica em abstrato, como ressalta Zavascki (2009, p. 230).

Na verdade, diz-se genérica a sentença incompleta na definição da norma jurídica individualizada ou concreta, ou seja, faz juízo parcial sobre alguns elementos da relação jurídica concreta (*an debeatur, quis debeat e quid debeat*). Todavia, o fato de não ser individualizado não impugna a concretude do provimento jurisdicional incompleto, porquanto o juízo acerca do núcleo de homogeneidade pressupõe estabilização de elementos concretos comuns da lide. Define-se na sentença genérica o devedor de certa prestação (*quis debeat*); a existência do dever jurídico sucessivo à prestação (*an debeatur*), ou seja, responsabilidade civil aquiliana ou a contratual (*haftung*); e finalmente a natureza da prestação devida (*quid debeat*).

Parece que sentenças abstratas fazem juízo acerca da idoneidade de uma norma frente ao seu pressuposto de validade com fins a manutenção harmônica do ordenamento. Em contraponto, a sentença genérica da ação civil coletiva decide (*iudicium*) parcialmente elementos concretos da lide, podendo, todavia, para o caso em concreto em questão, afastar incidência de norma jurídica ilegítima, juízo este que figurará em sua motivação (*cognitio*).

Conclui-se que as sentenças genéricas simplesmente necessitam de posterior complementação dos elementos da prestação em ação de cumprimento, por conseguinte, não são sentenças pronunciadas em abstrato, não obstante genéricas. Diferentemente de demandas de litisconsortes, cuja sentença é formalmente una, mas substancialmente individualizada para cada litisconsorte, o procedimento de cognição fissionada da ação civil coletiva, conjugado com a liquidação da ação de cumprimento, dará origem a um título executivo composto



formalmente por duas sentenças, das quais resultará, substancialmente, uma norma jurídica individualizada a cada um dos demandantes.

Conquanto indubitavelmente tutele direitos individuais, atenta Zavascki (2009, p. 173), no entanto, que em ação civil coletiva é possível se observar amplitude subjetiva dos desdobramentos da declaração da inconstitucionalidade incidente assemelhados à fiscalização de constitucionalidade em ação civil pública, cujo objeto engloba direitos coletivos *lato sensu* de imensa amplitude. Essa hipótese convola com o relevante conteúdo da referência supracitada de Sá (2002, p. 139), para quem abrangência subjetiva da decisão independe de se tratar interesses difusos, coletivos *stricto sensu* ou interesses individuais homogêneos, pois a resposta depende da matéria que se cuida.

Observa-se a peculiaridade se as pretensões individuais concretas fundarem-se em matérias de natureza institucional, disciplinadas por normas de caráter geral. O resultado disso será uma vastíssima acumulação de demandas individuais abarcada sob o signo do mesmo núcleo de homogeneidade. Nesse caso, semelhantemente às críticas feitas à ação civil pública, a impugnação coletiva da constitucionalidade da norma para sua não aplicação ao caso concreto poderia gerar efeitos aparentemente similares à impugnação abstrata da própria norma em caso de declarada sua inconstitucionalidade.

Não obstante inexista declaração da inconstitucionalidade da norma no dispositivo da sentença genérica da ação civil coletiva, ocorrerá esta na motivação da sentença em tela. De qualquer forma, mesmo que não faça coisa julgada a decisão incidental, esta obstará a aplicação da norma tida como inconstitucional na decisão do mérito (*iudicium*). Por conseguinte, argumenta-se que praticamente todos os destinatários da norma não sofrerão sua incidência. Desde logo, adianto que este argumento não merece prosperar.

Certamente, seria análoga controvérsia observada na ação civil pública, conquanto possuam causas diversas: nesta é a própria natureza intrínseca ao direito transindividual que implica a dilatada abrangência subjetiva; naquela não é a natureza do direito em si que causa o observado resultado, sim peculiaridades de alguns direitos individuais homogêneos.

Isso acontece porque prevê o inciso III do artigo 103 do CDC que os efeitos imutáveis da sentença serão *erga omnes*, ou melhor, pretendeu-se estender esses efeitos a todos os substituídos processuais, desde que tenham suspenso as respectivas ações individuais. Por conseguinte, estabelecido o juízo definitivo sobre o núcleo de homogeneidade, os titulares de direitos subjetivos abarcados por este núcleo não necessitarão

de demandar em nova ação individual condenatória, apenas em ação de cumprimento e sua posterior execução para serem providos da tutela integral.

Nos casos supra referidos, a eficácia subjetiva imutável das sentenças em ação civil coletiva alcança amplitude inflacionada, em comparação à maioria das demandas individuais processadas coletivamente. Por óbvio, a coisa julgada material somente alcança os substituídos titulares dos direitos individuais objeto do processo, de modo que, não é este o elemento peculiar.

Tratando-se de matérias de natureza institucional, há quase total correspondência entre o complexo de substituídos processuais, titulares do direito individual homogêneo em juízo, com o universo subjetivo abstrato de alcance da norma impugnada. Isso acontece porque quase a totalidade das relações jurídicas regidas por essas normas são bastante uniformes, como se observa, exemplificativamente, nas matérias de direito tributário ou previdenciário. Destas normas nascem pretensões bastante homogêneas, o que favorece a grande aproximação do alcance subjetivo da norma abstrata e os titulares substituídos em ação civil coletiva.

Por esse motivo que muito se criticam os efeitos reais da declaração incidental da inconstitucionalidade: assemelha-se à amplitude da declaração de inconstitucionalidade em processo abstrato, porquanto a norma seria praticamente fulminada em seus efeitos, mesma crítica construída quanto à ação civil pública.

Dessarte, ainda que inexista pedido explícito de declaração de invalidade da norma em abstrato, a sentença de procedência, acaba tendo, na prática, a mesma eficácia universal da sentença em controle concentrado, como explica Zavascki (2009, p. 233). O potencial de aplicação da norma questionada é fortemente definhado nessas hipóteses. Claro que esses efeitos se mostram mais visíveis se forem propostas pelo Ministério Público, cuja legitimação insere-se em seus fins institucionais, limitando-se no caso de direitos individuais homogêneos à existência de interesse público subjacente (item 1.6.3). Diversamente, as associações sofrem limitações temáticas quanto a seus fins institucionais e cinge-se a substituição processual unicamente aos associados.

Além do mais, bem verdade que, enfaticamente, por se tratar de tutela de direitos individuais, verifica-se maior a possibilidade de tentativa de subversão do instituto pelos jurisdicionados para utilizá-lo escamoteado de ação direta. Nessa perspectiva, os legitimados à ação civil coletiva, com intuito atentatório ao exercício da atividade jurisdicional, possuirão um estímulo imediato, que é o atendimento aos interesses individuais dos substituídos.

As normas que regem direitos individuais disciplinam situações que influenciam diretamente o patrimônio jurídico do indivíduo. Portanto, se a norma inconstitucional impuser situação desfavorável, seria muito mais atraente ver declarada a inconstitucionalidade da norma que tutela direitos individuais do que a que tutela direitos transindividuais, visto que não lhes afetaria o patrimônio jurídico individual.

Diante disso, vislumbra-se estímulo adicional para pleitear a declaração da inconstitucionalidade incidental de ato normativo, mesmo que este não tenha a menor prejudicialidade na resolução do mérito do caso concreto do pano de fundo, caso do pretenso escamoteamento das ações diretas. Ou seja, quanto aos efeitos, há comparação dessa situação fraudulenta da arguição constitucional com o processo objetivo.<sup>103</sup>

Com a devida vênia, se o uso ilegítimo do instrumento processual coletivo para obter a declaração da inconstitucionalidade da questão constitucional descolada da resolução do mérito, conquanto inadmissível, não identifica o controle difuso incidental no procedimento da ação civil coletiva com as ações diretas. As razões são as mesmas que excluem essa equiparação da ação civil pública *stricto sensu* com as ações diretas: trata-se de processo eminentemente concreto<sup>104</sup>. De antemão, vale salientar que a comparação com o processo objetivo, todavia, é viável na hipótese de a declaração da inconstitucionalidade figurar no pedido da ação civil coletiva, mesmo que de maneira escamoteada. Nesse caso, assume feição inequívoca de processo abstrato.

De qualquer forma, os fundamentos para enquadrar a ação civil pública como um processo de origem concreta seriam mais do que suficientes para caracterizar a ação civil coletiva como tal. Entretanto, mais do que o procedimento transindividual, a ação civil coletiva tutela direitos individuais e divisíveis, com titulares identificados: motivo a mais para caracterizá-lo como concreto.

Além do mais, se declarado inconstitucional ato normativo totalmente divorciado do caso concreto tratado, essa decisão valeria, teoricamente, como fundamento para a decisão prejudicada do mérito da demanda. Mesmo quase todos os destinatários da norma se aproveitem da declaração de inconstitucionalidade incidente no bojo da ação civil coletiva, que tutelava o núcleo de homogeneidade de todas as demandas concretas, conquanto com elas não guarde relação, não ultrapassará o âmbito da causa em litígio, ou seja, não produzirá efeitos para casos futuros.

---

<sup>103</sup> Outras posições doutrinárias entendem que mesmo o regular controle de constitucionalidade difuso incidental em ação civil pública ou ação civil coletiva fundada em direitos institucionais já seriam comparáveis a processo objetivo. Sobre estas posições, tratarei no item subsequente.

<sup>104</sup> A argumentação crítica, que caracteriza a ação civil pública como processo eminentemente subjetivo, encontra-se no item 2.2.

Se não houver prejudicialidade com a questão principal, simplesmente perderá qualquer funcionalidade a não aplicação do ato normativo julgado inconstitucional. Caso, futuramente, seja proposta demanda coletiva diversa, mesmo que fundada nos mesmos direitos individuais homogêneos, terá de ser declarada novamente a inconstitucionalidade da norma assim tida anteriormente em outra ação civil coletiva. Indubitavelmente, não há verdadeiramente aproximação do incidente de inconstitucionalidade no procedimento em questão com processo objetivo, pois a norma somente se esvaziaria para o núcleo de homogeneidade tutelado na causa em que houve a arguição da inconstitucionalidade, não para as demandas coletivas futuras.

Como alertado, haverá situações, entretanto, de efetiva equiparação com o processo objetivo: (I) se a questão constitucional, despreendida do pano de fundo concreto, absurdamente chegar ao STF ou (II) se a questão estiver contida no pedido, mesmo que dissimuladamente. Nesta última hipótese, se for formulado pedido que seja equiparado ao pedido de inconstitucionalidade, certamente a norma não terá mais aplicação para o futuro. Logo equivaleria efetivamente à declaração de inconstitucionalidade dela, sendo expurgada por via transversa do ordenamento.

É o que se observa no exemplo trazido por Zavascki (2009, p. 233), no que se refere à ação civil coletiva em matérias de natureza institucional, caso em que restaria visivelmente deformada a aptidão da norma. Em seu exemplo hipotético, há uma demanda promovida pelo Ministério público contra a União, postulando que esta se abstenha de lançar determinado tributo ao fundamento que é inconstitucional a lei que o instituiu. Entende ele que a declaração de inconstitucionalidade enquadrar-se-ia na *causae petendi*, logo, não acobertada pela coisa julgada material. Eventual sentença de procedência do pedido, caso atendidos os requisitos do art. 104 do CDC pelo substituído, beneficiaria todos os possíveis destinatários da norma, o que demonstraria similitude de efeitos do processo objetivo, segundo ele.

Com a devida vênia, apesar de bastante ilustrativo o exemplo, não parece que o caso seja verdadeiramente de declaração de inconstitucionalidade na causa de pedir, unicamente. Conquanto haja o exposto questionamento da constitucionalidade na causa de pedir, o pedido embute, por via transversa, o requerimento da inidoneidade da própria lei instituidora do tributo. Fere pressuposto objetivo da efetividade da própria norma como instrumento normativo abstrato, quando impede que haja o lançamento.

É possível evidenciar a dissimulação da declaração da inconstitucionalidade no pedido com certos esclarecimentos. A finalidade essencial da lei instituidora consiste em

delimitar a regra matriz tributária do tributo em tela. Na hipótese de incidência, preverá hipoteticamente um pressuposto fático (fato gerador) para que, ocorrido, gere a obrigação tributária. Ocorre que a única forma de tornar essa obrigação líquida, certa e exigível é pelo ato administrativo complexo do lançamento. Se não for possível proceder ao lançamento do tributo, o fim normativo inutilizar-se-á, pois a União nunca poderá cobrá-lo dos sujeitos passivos tributários.

Obviamente, se o lançamento do tributo pela União for obstado por eventual provimento jurisdicional, o crédito tributário não poderia ser constituído, o que levaria à decadência do direito de constituí-lo, visto que esta é prazo peremptório. Se a União estiver impossibilitada de constituir o crédito tributário perante todos os sujeitos passivos tributários, dada a abrangência da matéria imposta pelo Ministério Público, resultaria propriamente na idoneidade da norma instituidora. Este é o típico pedido extirpador da própria norma do ordenamento, conquanto não haja nele menção expressa pela inconstitucionalidade, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade da norma tributária na causa de pedir é repetida, camufladamente, no pedido.

Não é por outro motivo que sua aplicação restará comprometida para outras demandas. Nenhum sujeito passivo sofrerá invasão patrimonial pelo Fisco, fundada em crédito tributário da norma declarada inconstitucional incidentalmente nesta ação civil pública. A afetação de quaisquer demandas futuras, e não somente ao núcleo de homogeneidade das demandas em questão, seria observada por conta do desvirtuamento da sistemática constitucional da tutela do ordenamento jurídico praticada pelo MP.

Tal situação mostraria patologia sistêmica grave, visto que é de difícil diagnóstico essa situação escamoteada e ocorre na maioria dos casos. A sentença que decide a controvérsia, com fundamento na inconstitucionalidade, irradiaria efeitos subjetivos expandidos, não só do dispositivo, mas do próprio juízo de inconstitucionalidade, este mero fundamento aparentemente. Isso pode ser observado no exemplo, pois a tutela jurisdicional pretendida para o caso concreto nas ações civis públicas *lato sensu* atacariam pressuposto objetivo de efetividade da norma. Por isso é apenas aparente a figuração na causa de pedir da inconstitucionalidade do ato normativo em questão, porquanto, certamente, o verdadeiro pedido é a declaração da inconstitucionalidade da norma, ou seja, esta estaria sendo julgada *principaliter tantum*.

Como a ação civil pública e a ação civil coletiva em matéria institucional abrangem quase todos os destinatários da norma, invariavelmente, haverá processo objetivo com esse sério desvirtuamento no referido exemplo. Nesse ponto, parece haver razão nas

posições restritivas ao juízo constitucional nesses procedimentos, as quais serão analisadas brevemente.

Debatida substancialmente a posição apresentada, há também críticas ancilares. Hodiernamente, não há é conferida legitimidade ao Ministério Público para intervir em demandas individuais patrimoniais, salvo se impregnado de relevante interesse social, incidindo o *caput* do art. 127 da CF, pois se trata de direitos disponíveis. Conclusivamente, suas atribuições abarcam a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), bem como a dos direitos transindividuais em ação civil pública (CF, art. 129, III) e, finalmente, segundo entendimento tranqüilo no STF, direitos individuais, homogêneos ou não, que tenham interesse público subjacente<sup>105</sup>.

Não há esse interesse público subjacente aos direitos individuais homogêneos disponíveis dos contribuintes de não efetivar o pagamento do tributo com base na inconstitucionalidade, conforme vem decidindo o STF<sup>106</sup>. Se houvesse real entendimento pela inconstitucionalidade da norma, haveria interesse público para a atuação cabível ao Ministério Público, todavia por meio diverso: incumbiria ao PGR ajuizar ADI para impugnar a norma cominada de inconstitucionalidade.

Quanto à primeira hipótese, aquela em que a questão constitucional não se mostra em relação de prejudicialidade com o litígio, se a inconstitucionalidade for declarada no Pleno do STF, haverá sinais claros de processo objetivo. Observada a tendência de objetivação do recurso extraordinário, seria possível ter por nulificada a norma do ordenamento jurídico, mesmo sem ligação com o caso concreto. Isso se confirma pelos efeitos

---

<sup>105</sup> DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - CERTIDÃO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO - RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA - DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS - PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL - EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART, 129, II) - DOCTRINA - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações. - A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança ou a própria ação civil pública. - O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas. Doutrina. Precedentes. (BRASIL. STF, AgRgRE 472489/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 29/04/2008, publicado no DJe em 29/08/2008).

<sup>106</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública que verse sobre tributos. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STF, AgRgRE 559985/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgamento: 04/12/2007, publicado no DJe em 01/02/2008).

*erga omnes*<sup>107</sup> advindos das decisões em controle difuso de constitucionalidade no âmbito do STF, deixando de ser aplicada a norma para todos (*erga omnes*).<sup>108</sup>

Ocorreria completo e irreparável desvirtuamento da sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, pois o controle difuso seria transformado, *mutatis mutandis*, em concentrado, porém, sem necessidade de iniciativa de um dos legitimados das ações diretas do art. 103 da CF. Todas as relações jurídicas que devessem sofrer incidência da norma, que foi declarada inconstitucional pelo STF, não mais se sujeitariam a ela. Trata-se, neste caso, de real objetivação, pois haveria desprendimento do caso concreto, tanto da argüição da questão constitucional, como nos efeitos, pois atingiria demandas outras, que não faziam parte do núcleo de homogeneidade.

De qualquer maneira, a suscitação da questão constitucional desprendida da concretude, independentemente da problemática de se equiparar ou não a um processo objetivo, seria uma séria patologia para a sistemática do controle de constitucionalidade difuso incidente. Pode-se facilmente constatar esta patologia pela análise dos requisitos básicos de admissibilidade da questão constitucional no controle concreto: ao lado da exigência de haver natureza normativa do objeto de impugnação, a relevância da norma ao caso concreto deve ser observada. É função do juiz ou dos órgãos fracionários dos Tribunais vetarem o prosseguimento do juízo sobre a idoneidade da norma se esta não for prejudicial à solução da lide, para evitar essa fraude processual.

Passando ao largo de toda essa discussão, o Executivo logo cuidou de pacificar o tema por meio de alteração legislativa. No caso da ação civil coletiva, como há tutela um universo significativo de direitos individuais, geralmente dando ensejo a pretensões condenatórias, seria uma situação especialmente indesejável pela Fazenda Pública, porquanto poderia implicar maior agilidade na resolução das demandas, logo, maior quantidade de obrigações sucumbências desta. Ou seja, as ações civis coletivas em matéria institucional poderiam atenuar a morosidade judiciária na prestação jurisdicional e implicar maior número de condenações, o que parece ir de encontro aos interesses públicos secundários<sup>109</sup> da Administração Pública.

---

<sup>107</sup> Mesmo os que repudiam o caráter meramente ancilar da cláusula do Senado, a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional acarretaria a eficácia *erga omnes* propriamente dita da norma, tendo-a por retirada do ordenamento.

<sup>108</sup> Ressalto que os referidos efeitos *erga omnes*, apesar da mesma denominação apontada pelo CDC, não equivalem à extensão subjetiva *erga omnes* atribuída à coisa julgada da sentença de ação civil pública, quanto aos direitos difusos, e a da ação civil coletiva. Este aspecto será abordado no momento em que forem respondidas às críticas doutrinárias ao tema (item 2.4.2)

<sup>109</sup> Apesar de, em teoria, subsistirem somente em conjunto com os interesses públicos primários, a prática mostra-se bem peculiar ao dever ser, certamente.

Não foi por outro motivo que, utilizando-se dessa justificativa de política legislativa, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7347/85 imputa incabível ação civil coletiva para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Ademais, a norma advinda do art. 2º-A da Lei 9494/97 fixou os limites territoriais à eficácia da sentença, que abrange apenas os substituídos que, na data de propositura da ação, tenham domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator (ver item 1.6.2.2).

Em síntese conclusiva, apesar da periculosidade de desvirtuamento da sistemática constitucional nesses casos excepcionais em ação civil coletiva, seria absurdo e inconciliável com os direitos tutelados concluir haver processo objetivo. Essa conclusão é válida, mesmo nos casos excepcionais de ação civil coletiva de direitos individuais institucionais, o que poderia induzir a certa aproximação com o processo objetivado, todavia, como demonstrado, ainda assim não se identificam.

Com as restrições legais aos efeitos das ações civis coletivas, apontados supra, arruinou-se qualquer pretensão de restringir o controle incidental de constitucionalidade em seu bojo. Para além de restringir as matérias de caráter institucional, o legislador também limitou a amplitude subjetiva desta ação, “tornando remota a possibilidade de que tal eficácia tenha alcance semelhante à de uma sentença em controle abstrato” (ZAVASCKI. 2009, p. 234), caso a matéria chegue a ser julgada pelo Pleno do STF. Por conseguinte, a discussão em torno do controle incidental no bojo da ação civil coletiva parece perder o foco, contrariamente à controvérsia acerca da ação civil pública, como se demonstrará.

#### **2.4 A celeuma acerca das delimitações da aferição da constitucionalidade *incidenter tantum* em ação civil pública *stricto sensu***

A grande discussão doutrinária circunscreve-se à possibilidade de utilização da ação civil pública e a ação civil coletiva de matéria institucional como instrumentos de controle de constitucionalidade incidental. Pelo estudado, as alterações legislativas restritivas implementadas ao procedimento de tutela de direitos individuais homogêneos esvaziou substancialmente seu alcance subjetivo, como disposto supra. Não obstante a discussão sobre a ação civil pública muito aproveite à problemática da ação civil coletiva de matéria



institucional, pois a justificativa para idoneidade de ambas é basicamente a mesma, o enfoque será a ação civil pública.

Em um apanhado geral sobre o tema da ação civil pública, destaca-se que o artigo 103, I e II, do CDC dispõe ao juízo acerca dos interesses coletivos *lato sensu* é atribuída extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à coisa julgada incidente sobre o dispositivo. Como cediço, justifica-se no princípio da adequação do processo a seu objeto material, que são os direitos metaindividuais (ver item 2.2.1). Destarte, como já explicitado, restringindo o alcance do artigo 472 do CPC, consignou-se alargamento dos limites subjetivos da coisa julgada ao patamar *erga omnes* ou *ultra partes*.

Tendo em vista que os referidos efeitos da decisão em ação civil pública, atrelados às características dos direitos transindividuais, invariavelmente transcendem às partes processuais, cria-se um quadro de grande amplitude subjetiva. Em função disso essencialmente, surgiu discussão na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

Alguns importantes doutrinadores entendem que, tendo em vista esta característica da ação civil pública, o controle de constitucionalidade difuso incidental em seu bojo sempre será usurpação às competências do STF, haja vista que a ação civil pública seria um processo objetivo por sua natureza. Defendem que seria usada para atingir o interesse público abstratamente, divorciando-se de qualquer caso concreto.

Outra parte da doutrina entende que a declaração incidente da inconstitucionalidade, em sentido oposto, é plenamente viável, porquanto considera a ação civil pública um processo eminentemente subjetivo. A definição da natureza parece ser a verdadeira problemática na definição das possibilidades e limites do tema proposto. Partindo de uma dessas premissas contrapostas, desdobram-se todos os demais argumentos a favor e contra a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade.

#### **2.4.1 Entendimentos restritivos ao controle de constitucionalidade no bojo da ação civil pública**

Em um primeiro momento, serão colhidas críticas doutrinárias de autores relevantes para depois fazer um contraponto à perspectiva restritiva ao controle incidental de constitucionalidade na ação civil pública. Mostra-se necessário absorver as críticas advindas de doutrina qualificada para tornar o debate do tema mais dinâmico.

Gilmar Mendes é o principal crítico do tema, mostrando-se restritivo em relação ao assunto. Em razão das características peculiares da ação civil pública, (demonstradas no decorrer do tópico 2.2), Mendes (2008, p. 1093) entende que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com processos cognominados de ‘processos subjetivos’. Configura-se, pois, o argumento basilar dos que condenam a utilização da ação civil pública como instrumento de controle incidente de constitucionalidade: esta seria essencialmente um processo objetivo.

Conclui de maneira completamente diversa da análise crítica examinada no item 2.2, no que se refere à comparação entre os legitimados das ações direta e o substituto processual em ação coletiva. O instituto da substituição processual, na perspectiva da ação civil pública como um processo objetivo, implicaria a não atuação parte ativa nesse processo na defesa de interesse próprio, pois procuraria defender interesse público devidamente caracterizado.

Por conseguinte, corretamente conclui que se afiguraria impossível sustentar que a decisão que, eventualmente afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas: “toda e qualquer pretensão com vistas a limitar a eficácia das decisões apenas às partes formais do processo redundaria na sua completa nulificação” (MENDES, 2007.b, p. 1.040).

Partindo da premissa base, toma caminho radical, pois considera que no bojo de ação civil pública não se trataria de discussão sobre a aplicação da lei a caso concreto, porquanto, de caso concreto não se cuidaria. Pelo contrario, entende que “a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de interesse específico, mas exatamente de interesse genérico amplíssimo, de interesse público” (MENDES. 2007.b, p. 1039). Ter-se-ia, segundo o autor, dessa forma, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma, acarretando por meios transversos sua retirada do ordenamento.

Considerada a ação civil coletiva como um processo objetivo, conseqüentemente, se chega a conclusão inafastável da usurpação das competências do STF ou dos Tribunais de Justiça, um dos argumentos derivados da premissa cerne. Dessa forma, defende a lesividade sistêmica da declaração *incidenter tantum* em sede de ação civil pública, porquanto estaria concedendo à primeira instância poderes que a própria Constituição não previu ao Pretório Excelso. Se assim fosse possível, a declaração incidental de inconstitucionalidade realizada através do controle difuso teria, de imediato, eficácia *erga*

*omnes* ou *ultra partes*, simplesmente por ser essa a natureza da sentença da ação civil pública, equiparado os efeitos *erga omnes* do CDC com o das ações diretas.

Nesse contexto da ampla eficácia subjetiva imutável da sentença de ação civil pública, obviamente, conquanto os motivos da decisão não sejam cobertos pela coisa julgada, os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade (*causae petendi*) teriam os mesmos efeitos que a sentença proferida em ação direta, usurpando, dessa forma, a competência originária<sup>110</sup> da Excelsa Corte. Gilmar Mendes, para justificar tal entendimento, explicita que:

a partir do momento em que a CF/88 outorgou a uma Corte Especial, o Supremo Tribunal Federal, competências específicas para apreciar questões constitucionais, houve uma mitigação de tais atribuições no que toca às instâncias ordinárias. Realmente, ao alargar os legitimados para desencadear o controle abstrato, fez o constituinte uma opção por reduzir o campo do controle difuso. (MENDES, 2007.a, p. 152-153)

Na mesma linha segue Arnaldo Wald (1994, p. 91), segundo o qual reputa abusiva a utilização de ação civil pública como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para seu julgamento do juiz singular e não do Supremo Tribunal Federal, como manda a Constituição. (WALD. 1994, p. 85-86).

Em visão bastante restritiva, entende que como sua sentença faz coisa julgada *erga omnes*, não pode, portanto, ser utilizada com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade da lei porque assim criaria uma forma de controle não prevista na Constituição, ou seja, um sucedâneo local da ação declaratória de inconstitucionalidade, violando o princípio federativo, o que se afigura inadmissível. E assim conclui:

entendemos, *data vênia*, que não há como se falar em declaração incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública, justamente porque a decisão tem efeito *erga omnes*. Assim, a inconstitucionalidade declarada, supostamente *incidenter tantum*, apenas para as partes daquele feito, vale na verdade *erga omnes*, para todos os jurisdicionados na área de competência do juiz da ação, travestindo-se de controle de concentrado de constitucionalidade das leis, de forma anômala, inadmissível e não prevista na Constituição Federal. (MEIRELLES. 2009, p. 216)

Arnold Wald continua sua crítica imprecisa, porquanto confunde competência com jurisdição e efeitos subjetivos da coisa julgada com extensão subjetiva da

---

<sup>110</sup> Desde 1994 o Supremo Tribunal Federal tem dito que, quando houvesse postulação de julgamento da validade de uma lei, e não de uma relação jurídica concreta, haveria usurpação da sua competência originária do STF, pois nesse caso, obviamente seria abusiva a utilização da ação civil pública. Configurada a usurpação da competência do STF para o controle concentrado, declara-se a nulidade *ab initio* das referidas ações, determinando seu arquivamento, por não possuírem as autoras legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, em conformidade com a Reclamação 434/SP, na qual foi relator o Ministro Francisco Rezek.

sentença. Nessa perspectiva, argumenta a inviabilidade do controle de constitucionalidade em ação civil pública fundado em duas conseqüências alternativas:

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 (WALD. 1994, p. 86).

Bastante simplista, Alexandre de Moraes (2009, p. 717) considera completamente despidendo se a questão foi oposta como pedido principal ou incidentalmente. Para o autor, somente é possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, se vedada a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Destarte, se a ação civil pública gerar efeitos “*erga omnes*”, haverá necessariamente usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Segundo o próprio autor:

o que se veda é a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importa se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido *incidenter tantum*, pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos nas decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei nº 7.347 de 1985. (MORAES, 2009, p. 718).

Parece que as posições restritivas citadas são suficientes para fazer uma síntese dos argumentos contrários à possibilidade de órgãos jurisdicionais de jurisdição ordinária exercerem juízo de constitucionalidade sobre a questão constitucional. Fundamentalmente, a gênese da controvérsia é a pretensa aparência de processo objetivo da ação civil pública, paralelo que é a espinha dorsal dos principais argumentos restritivos.

Mendes (2007.a, p. 152), como referido supra, bem explicita esse argumento central. Segundo essa perspectiva fiscalização da constitucionalidade em sede de ação civil pública, sob aspectos práticos, seria semelhante ao deflagrado pela ação direta de inconstitucionalidade. Em verdade, não se pretenderia a tutela do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo lesado no caso concreto, mas, sim, a aferição, em tese, da constitucionalidade da lei ou do ato normativo atacado em ação civil pública.

Nesse sentido era a jurisprudência do STF anterior a 2000, como se depreende da leitura da seguinte ementa:

Agravo regimental. - Não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é, em realidade, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Carta Magna. Agravo a que se nega provimento. (BRASIL. STF. AgRgAgI 189.601/GO. Primeira Turma. Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 26/08/1997, DJU de 03/10/97)

No mesmo sentido, conforme Guilherme Moraes, ressaltando entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, andava no mesmo sentido, pois a ação civil pública que tivesse declarada a inconstitucionalidade, mesmo que na motivação de sua sentença, seria verdadeiro processo objetivo:

a ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade [...] na ação civil pública, o controle *incidenter tantum* equivaleria, pelos seus efeitos, à verdadeira ação direta de inconstitucionalidade (MORAES. 2006, p. 150).

Realmente assiste razão o autor, pois confirmado por pesquisa jurisprudencial de decisões mais antigas no âmbito do STJ. Neste momento o Tribunal se encontrava dividido, pois o STF já dava sinais de mudança de jurisprudência. De qualquer forma, remanescia ainda no STJ o entendimento da impossibilidade do controle de constitucionalidade em ação civil pública lato sensu, mesmo que incidental:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE LOCAL E CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL "A QUO". IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO APELO EXTREMO. SÚMULA Nº 280/STF. [...] 2. Acórdão a quo segundo o qual a característica marcante da ação civil pública são os efeitos erga omnes que promanam da sentença nela proferida (art. 16 da Lei 7.347/85). Tal circunstância impede que em seu âmbito seja examinada a questão da inconstitucionalidade da lei, ainda que sob a máscara da incidentalidade, pois, assim procedendo, o juiz singular ou órgão fracionário do tribunal estaria exercendo, na verdade, o papel que não lhe compete no controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL. STJ. AgRgREsp 401955/DF, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgamento em 23/04/2002, publicado no DJU em 27/05/2002).

Diante do arcabouço argumentativo demonstrado, a fim de debatê-lo posteriormente, imprescindível concatená-lo. Partindo do pressuposto de que a ação civil pública é processo objetivo, algumas conseqüências invariavelmente emergirão, tendo sido estas também utilizadas como argumentos restritivos. São basicamente três conseqüências básicas derivadas do argumento cerne, como se esquematizará infra.

O que aparenta mais convincente é o argumento que prega a oponibilidade *erga omnes* da eficácia da decisão de procedência na ação civil pública. Trata-se de mera reprodução da espinha dorsal argumentativa dos restritivos, pois vislumbra equiparação de

seu provimento ao processo objetivo, tal como ocorre no provimento de procedência na ação direta de constitucionalidade.

Ainda no âmbito desta consequência, que é a atribuição de efeitos *erga omnes*, Wald (1994, p. 85) expõe a citada questão da incidência da coisa julgada sobre a decisão de mérito em sede de ação civil pública. Esta incidiria espacialmente restrita ao território da unidade da federação na qual foi prolatado. Ocorrendo declaração incidental de inconstitucionalidade na motivação, haveria a possibilidade da lei ou ato normativo declarado inconstitucional ter a sua eficácia suspensa em certas unidades da Federação e em outras não.

Nesta linha da primeira consequência, há uma segunda, fundada na possibilidade de existência de decisões contraditórias em ações civis públicas diferentes, provenientes de órgãos jurisdicionais diversos, cuja competência é fixada segundo critério territorial, nos termos do art. 2º da Lei 7.347/85. É um problema não só do procedimento da ação civil pública, mas ao próprio sistema judicial como um todo, podendo ser atenuado com a utilização da ADPF, conforme demonstrará o último tópico.

Por derradeiro, a última consequência lógica da premissa básica efetivar-se-ia caso não se restringisse a fiscalização da constitucionalidade em ação civil pública. Sucintamente, trata-se do argumento da usurpação da competência constitucionalmente reservada ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça estaduais, respectivamente, quando for parâmetro de controle a Constituição Federal ou as Constituições Estaduais, para o controle abstrato de constitucionalidade.

Esquemáticamente, como foi concatenado, o argumento cerne é a equiparação da ação civil pública com o processo objetivo. Dele advêm as três indigitadas consequências, que igualmente integram os fundamentos da posição restritiva ao controle de constitucionalidade em ação civil pública. Parece que o argumento cerne lançado, essencialmente, já foi criticado e rebatido anteriormente. Todavia, em certos casos, merecem razão os autores restritivos, por conta dos inegáveis abusos praticados pelos jurisdicionados, como se verá infra.

#### **2.4.2 As possibilidades e limites da utilização idônea da ação civil pública como instrumento de controle difuso incidental de constitucionalidade**

A análise conclusiva acerca natureza concreta da ação civil pública *stricto sensu* foi abordada detalhadamente no tópico 2.2. O remate tela será premissa basilar para o desenvolvimento da crítica às posições restritivas trazidas, bem como para a delimitação das

reais possibilidades de utilização da ação civil pública. Como cediço, o itinerário argumentativo adotado nesse trabalho tem seu ponto de partida a discussão acerca da natureza da ação civil pública, que é considerada eminentemente concreta nesse trabalho.

Depois de concatenados os principais pontos determinantes dessa indigitada característica, adentrar-se-ão às conseqüências dele: problemática da oponibilidade *erga omnes* da eficácia da decisão da ação civil pública, estabelecendo sua real feição. A questão da usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal será analisada posteriormente (tópico 2.4.3), bem como a crítica sobre a possibilidade de decisões contraditórias em ações civis públicas diferentes (tópico 2.4.4).

A ação civil pública, não obstante oposição de pequena parcela da doutrina, não pode ser percebida de maneira diversa da ação civil coletiva, pois ambas consistem em procedimentos especiais concretos. Unicamente em um específico aspecto finalístico amplo, seria possível aparente semelhança com processo objetivo sem partes materiais, cuja função dos legitimados (CF, art. 103) seria, *mutatis mutandis*, de “substituto processual” de toda a coletividade, garantindo a tutela de interesses gerais, com a manutenção do ordenamento normativo idôneo

No entanto, não é o melhor entendimento, pois não é esta a finalidade e a essência do instituto da substituição processual, criado unicamente para processos que possuam matéria no pano de fundo. Nessa perspectiva, na ação civil coletiva, o substituto processual atua como parte processual, em nome próprio, possuindo prerrogativas processuais de pretender tutela jurisdicional de direitos que pertencem a outrem. Neste ponto, em função da dessemelhança dos direitos objetos de ação civil pública e a ação civil coletiva, distingue-se aquela desta, cuja fruição da tutela é individualizada. Diversamente, na ação civil pública *stricto sensu*, somente tem legitimação para o gozo da tutela jurisdicional do direito transindividual todo o conjunto impartível de titulares indeterminados desses direitos, cujas prerrogativas processuais serão exercidas pelo substituto processual.

Os titulares do direito, substituídos processualmente, são partes materiais na relação processual. O fato de haver esta relação jurídica material defendida por outrem na causa afasta peremptoriamente a figura do substituto processual, legitimados em ação civil pública *stricto sensu*, dos deflagradores legitimados do controle concentrado principal de constitucionalidade, como já demonstrado. Esta é o primeiro alicerce lançado para afastar a ação civil pública da seara do processo objetivo.

Ademais, como a relação jurídica deduzida em juízo pertence indivisivelmente a um plexo de indivíduos indeterminados na sociedade que sejam titulares

do direito transindividual respectivo, portanto, obviamente, a coisa julgada recairá sobre eles, que virão a ser os substituídos processuais. A indigitada característica traduz-se no alcance subjetivo ampliativo da *auctoritas rei iudicatae*, incidente sobre dispositivo da sentença em ação civil pública, previsto no artigo 103, I e II, do CDC. Este dispositivo legal designa aos direitos difusos e aos coletivos *stricto sensu*, respectivamente, extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à coisa julgada material.

Não obstante a indigitada denominação atribuída à extensão subjetiva da coisa julgada, a imutabilidade abarca unicamente o bloco uno de titulares indeterminados do direito transindividual alcançados pelo dispositivo da sentença, independentemente do grau de indeterminabilidade desses titulares. Por conta dessa realidade, somente é viável o entendimento segundo o qual o CDC não intuiu alastrar a coisa julgada para toda a coletividade indistintamente, como ocorre nas ações diretas (CF, art. 102, §2º c/c Lei 9868, art. 28, parágrafo único). Neste caso, os efeitos *erga omnes* previstos para o processo objetivo alcançam todos os submetidos ao ordenamento jurídico, porquanto não se cuida da tutela de uma situação jurídica concreta, mas da idoneidade do ordenamento jurídico, abstratamente considerado.

Como observado, atribuiu-se idêntica denominação dos efeitos do controle abstrato aos efeitos subjetivos ampliados da coisa julgada da ação civil pública : *erga omnes* ou *ultra partes*. Tais efeitos certamente abarcam unicamente o bloco uno de titulares indeterminados do direito transindividual que se tratar, independentemente do grau de indeterminabilidade desses titulares. O real alcance do que foi levianamente caracterizado como *erga omnes* pelo CDC<sup>111</sup> alcança apenas o grupo imensurável de indivíduos ligados por circunstâncias de fato; ou *ultra partes*, se ligados por relação jurídica base (tópico 1.5.1).

Seguramente, o fato de ter titulares indeterminados não retira do procedimento da ação civil pública seu caráter concreto, conquanto tenha a coisa julgada a denominada abrangência “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” sobre eles. Esta conclusão firma o segundo alicerce do entendimento da ação civil pública como processo concreto. Inegavelmente há tutela de situações jurídicas concretas inerentes à respectiva massa subjetiva

---

<sup>111</sup> O que confirma a tese é o fato de o CDC ter atribuído efeitos *erga omnes* também à decisão de ação civil coletiva, que tutela direitos individuais homogêneos. Nesse caso, como já estudado, os titulares são determinados e possuem seu direito destacável do núcleo de homogeneidade em juízo. Tratam-se dos típicos direitos individuais da sistemática tradicional do CPC.

Parece que o intuito do CDC ao atribuir efeitos *erga omnes* às decisões, foi simplesmente abarcar todas as relações jurídicas que se encontrassem no núcleo de homogeneidade decidido, fazendo recair nelas a coisa julgada. Pensar que esse “*erga omnes*” é de similar alcance ao das ações diretas significa estagnar-se na literalidade de um dispositivo mal redigido, abdicando de interpretação sistemática e compreensiva.



indivisível de titulares. Esta massa, grosso modo, abarcaria o conjunto indeterminado de titulares, como se fosse um só ser, pois representa o complexo dos interesses transindividuais respectivos, de fruição impartível. Este ser coletivo é que realmente teria em seu patrimônio jurídico a norma jurídica concreta produzida na sentença da ação civil pública, com fins a proteger o patrimônio difuso ou coletivo *stricto sensu* tutelado.

Com todos os esclarecimentos, especialmente do tópico 2.2, incontestemente é o caráter concreto das ações civis públicas *lato sensu*. Nesse sentido, sendo procedimento de natureza completamente diversa das ações diretas, que são cindidas do caso concreto (abstratos), perde fulminantemente fundamento a tese da usurpação de competência do STF e dos Tribunais de Justiça dos estados, a depender do parâmetro de controle.

Ademais, contribui fortemente para essa conclusão, o fato de o demandante da ação civil pública (substituto processual), como em qualquer demanda concreta ordinária, ter o ônus de indicar na petição inicial necessariamente os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. Com isso, situará precisamente o fenômeno de incidência, em relação ao qual deduzirá a pretensão coletiva. Deve-se demonstrar a incidência da *fattispecie* da norma abstrata em relação ao suporte fático alegado, para que, de acordo com a *sanctio juris* estabelecida pela norma abstrata, o juiz prolate a norma jurídica concreta (dispositivo da sentença).

Portanto, tanto nas demandas destinadas à proteção de direitos transindividuais, quanto nas destinadas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a atividade jurisdicional é exercida em face de situações concretas, havendo de se verificar a existência de ameaça ou de lesão aos direitos tutelados. Nesse sentido, concatena sucintamente o eminente Min. Teori Zavascki:

cumpra ao demandante (substituto processual) indicar na petição inicial necessariamente os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, situando com precisão o fenômeno de incidência (= norma abstrata + suporte fático + norma jurídica concreta) em relação ao qual está deduzindo a sua pretensão. Não se inibe, todavia, o controle incidental de constitucionalidade. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno de incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida. O juízo assim formulado constitui apenas um *fundamento* para a sentença do caso concreto, a exemplo do que ocorre com o juízo a respeito do suporte fático (= premissa menor daquele silogismo). Nenhum dos dois, na sua condição de fundamento – e não de objeto – para o juízo de certeza formulado na sentença, faz coisa julgada. (ZAVASCKI. 2009, p. 261)

Processualmente, por certo o dispositivo dará solução a pedidos concretos formulados na ação civil pública. Zavascki (2009, p. 56) aponta que, geralmente, atribui-se

tutela condenatória, seja ela preventiva ou reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações) ou pessoal (consubstanciada em uma obrigação de fazer ou não fazer). A ação civil pública não se restringe aos provimentos condenatórios, comportando igualmente constitutivos, meramente declaratórios, mandamentais e executivos *lato sensu*. Ressalta-se que, igualmente submete-se ao art. 461, § 1º, de CPC, logo, não sendo possível o cumprimento *in natura* da prestação, admite-se, excepcionalmente, tutela indenizatória que compense os danos aos direitos difusos e coletivos.

Parece que diante de todas as características exaustivamente descritas são alienígenas ao contexto do processo objetivo. Nesse sentido, Nery Júnior e Nery (2010, p. 1408) individualizam com muita objetividade a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar diferenciam os objetos, o qual em sede de ação civil pública é a defesa de um dos direitos transindividuais tutelados pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela própria Lei de Ação Civil Pública. Por outro lado, a ADI tem como objeto a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em abstrato. Em um segundo momento, conseqüência da primeira distinção, enfocando o conteúdo dos pedidos:

o objeto da ação civil pública é a defesa de um dos direitos tutelados pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela lei de ação civil pública. A ação civil pública pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ação direta de inconstitucionalidade 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 ação civil pública é a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor ou lei de ação civil pública, que pode ter, como causa de pedir, a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ação direta de inconstitucionalidade será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei (NERY JÚNIOR; NERY. 2010, p. 1403)

Ainda nessa perspectiva comparativa, Barroso igualmente posiciona a ação civil pública como processo de natureza subjetiva, com vistas a uma pretensão concreta:

o processo da ação civil pública nada tem de objetivo. Há, com efeito, partes determinadas e uma *pretensão* deduzida em juízo, por intermédio de um *pedido*, que em hipótese alguma se confunde com a declaração de inconstitucionalidade. O objeto imediato do pedido é a providência jurisdicional solicitada. [...] Já o objeto mediato do pedido é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência. [...] É claro que a tutela do interesse público, via de regra, estará presente, mas com feição nitidamente subsidiária. E isto, por si só, não é capaz de alterar a natureza do processo ou encobrir a existência do caso concreto (BARROSO. 2009.b, pp. 238-239).

O desenvolvimento argumentativo culmina na conclusão de não haver na ação civil pública o nível de abstração do controle concentrado, porquanto existe situação fática de pano de fundo, nesse ponto aproximando-se dos processos individuais. Por conseguinte, mostrou-se fragilizado o argumento cerne dos que restringem o uso da ação civil pública. Não há dúvidas que é caso de processo concreto, ou seja, especificamente, é um procedimento especial, apto a tutelar direitos transindividuais concretamente.

Dessa conclusão basilar da concretude dos procedimentos em tela, pelo menos na seara do dever-ser, a consequência é a possibilidade de unicamente poder ser exercido controle de constitucionalidade via incidental, que parte de um caso concreto. Destarte, há duas possibilidades de controle incidente: por um lado, o tradicional controle de constitucionalidade difuso incidental, que será analisado neste tópico; por outro, o controle concentrado por via incidental, especificamente, a ADPF incidental, que será abordada no tópico 2.4.4.

Consoante disposto no tópico 2.1.5.1.1, a fiscalização da constitucionalidade difusa incidental somente pode ser realizada se atendidos alguns requisitos essenciais, que devem igualmente ser observados nas ações civis públicas lato sensu, por óbvio. Primeiramente, somente deve ser admitida a questão constitucional se resolução dela implicar relação de prejudicialidade à solução do litígio coletivo. Se não observado esse verdadeiro pressuposto, e não um requisito, a “questão constitucional” seria um nada jurídico, pois irrelevante na resolução do mérito da causa. Se não possui relevância na causa prejudicada, em nenhuma outra influenciará, visto que deve integrar a motivação da sentença da demanda prejudicada.

A constância da declaração da inconstitucionalidade do ato normativo na motivação da sentença indica o grande diferencial do controle difuso incidente para o concentrado principal. Somente é possível argüir a inconstitucionalidade se esta compuser unicamente uma causa de pedir, logo, não incidindo coisa julgada, pois unicamente a parte dispositiva de uma sentença transmuta-se em coisa julgada matéria. Se constar a declaração de inconstitucionalidade no pedido, este será nulo, por ofensa direta à Constituição, devendo ser extinto o processo sem resolução do mérito, por carência de ação, haja vista a impossibilidade jurídica do pedido.

A proposta deste trabalho em assentar os requisitos para funcionalidade correta do controle difuso incidental de constitucionalidade em ação civil pública vai ao encontro do entendimento do constitucionalista Barroso (2009.b, p. 241). Partidário da idéia de que a ação civil pública é invariavelmente um processo subjetivo, apto a tutelar

imediatamente relações jurídicas concretas, mostra-se partidário dessa possibilidade de juízo constitucional no procedimento em tela:

em ação civil pública ou coletiva é perfeitamente possível exercer o controle incidental de constitucionalidade, certo que em tal hipótese a validade ou invalidade da norma figura como *causa de pedir* e não como *pedido*. É indiferente, para tal fim, a natureza do direito tutelado – se individual homogêneo, difuso ou coletivo –, bastando que o juízo de constitucionalidade constitua antecedente lógico e necessário à decisão de mérito. (BARROSO. 2009.b, p. 242)

Como o pedido ocupado por uma providencia jurisdicional concreta bastante tranqüila é a constatação que a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* não atinge a questão constitucional prejudicial, porém, apenas o dispositivo. Afinal, conforme o artigo 469, inciso III do Código de Processo Civil, a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada. A decisão da questão constitucional somente afetará a decisão do mérito por ela prejudicada.

Somente a parte dispositiva de uma sentença transmuta-se em coisa julgada material, por conseguinte, conclui corretamente Grinover (2006) que a apreciação de constitucionalidade em sede de ação civil pública poderá ser reapreciada por qualquer outro juízo, pois não constitui pedido, logo, não compõe a parte dispositiva da sentença. Somente o dispositivo terá eficácia *erga omnes* e fará coisa julgada material, sendo alcançado, portanto, pela imutabilidade. Inversamente, nas ações diretas, a questão constitucional é sua questão principal, por isso, a própria declaração de inconstitucionalidade experimenta efeitos *erga omnes*, que, como exposto, conquanto possua o mesmo *nomen juris* dos efeitos atribuídos em ação civil pública, são absolutamente desvinculados do concreto.

Por conseguinte, em sede de ação civil pública, igualmente em ação civil coletiva, o ato normativo submetido ao juízo acerca da constitucionalidade poderá ser reapreciado na motivação de outra demanda coletiva, pois não constitui pedido, logo, não compõe a parte dispositiva da sentença. Somente o dispositivo terá eficácia *erga omnes* e fará coisa julgada material, sendo alcançado, portanto, pela imutabilidade.

No mesmo foco conclusivo, bem ressalta Parente (2007, p. 77) que a norma declarada inconstitucional em ação civil pública continua a vigor, pois integra a motivação a declaração em tela. Não haverá aplicação retroativa dos efeitos da decisão da questão constitucional, como se a norma nunca tivesse existido para os demais destinatários dela. Nesse mesmo sentido, Araújo de Sá destaca:

a indeterminação dos titulares dos interesses difusos, ou ainda, a extensão numérica dos membros da coletividade beneficiada não são condições essenciais para concluir-se que a decisão em ACP, com controle incidental

de constitucionalidade, usurparia a competência do STF. Reitere-se que o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da norma não a retira do sistema, mas apenas afasta sua aplicação nas situações concretas que constituem objeto da ação. Não identificamos divergência quanto à necessidade de que os conflitos acerca de interesses difusos e coletivos sejam solucionados pela via de processo coletivos, em função de a própria natureza deles não comportar tratamento atomizado (SÁ, 2002, p.139)

Por óbvio, como regra, haverá efeito retroativo decorrente da nulidade da norma abstrata dentro do contexto das partes. Destarte, desaparecerá a lei declarada inconstitucional para aquelas partes, com os específicos causa de pedir e pedido (elementos identificadores da demanda). Isso não impede que a norma nulificada possa ser parte da motivação de outra decisão em nova ação civil pública.

Mais do que isso, poderá ser objeto inclusive de ADI, já que continua válida e vigente. Diferentemente da situação anterior, declarada sua inconstitucionalidade em sede de alguma ação direta, salvo modulação de efeitos, a norma seria expurgada do ordenamento jurídico (*erga omnes*) retroativamente (*ex tunc*). Isso ainda implicaria efeitos repristinatórios sobre normas revogadas pela lei nulificada, salvo restrição expressa da Excelsa Corte. Conseqüentemente, não mais vigeria a norma para qualquer relação jurídica, sendo necessário legislar<sup>112</sup> novamente norma de conteúdo idêntico, para que esta outra norma de mesmo conteúdo pudesse figurar nas relações jurídicas novamente.

Na ação direta, a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito de vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. Seu pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade uma lei ou ato normativo que já nasceu viciado, limitando-se a suspender sua eficácia. Sem via recursal, a ação direta de inconstitucionalidade é julgada em único grau de jurisdição, o que não se observa nas ações civis públicas *lato sensu*, tema analisado mais detidamente no tópico seguinte.

Dessa forma, as questões decididas incidentalmente em sede de ação civil pública, inclusive as que versarem sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por não fazerem parte do pedido, não compõem a parte dispositiva da sentença. Do que se conclui que não fazem coisa julgada material e, portanto, não possuem eficácia *erga omnes*, como já se percebeu. A decisão da questão constitucional prejudicará o dispositivo da sentença da ação civil pública, este sim com efeitos expansivos.

No que se refere a estes efeitos expansivos, vale considerações ao argumento de Wald (1994, p. 86) explicitado no tópico anterior. No que diz respeito a seu

---

<sup>112</sup> Vale ressaltar que o Poder Legislativo não se insere no âmbito dos limites subjetivos do efeito vinculante das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, nada impedindo que elabore norma de conteúdo idêntico à nulificada.

entendimento acerca do art. 16 da Lei 7347/85, consigna que a coisa julgada incidiria espacialmente restrita ao território da unidade da federação na qual foi prolatado. Ocorrendo declaração incidental de inconstitucionalidade na motivação, haveria a possibilidade da lei ou ato normativo declarado inconstitucional ter a sua eficácia suspensa em certas unidades da Federação e em outras não.

Com a devida vênia, mostra-se completamente equivocado em relação ao artigo 16 da Lei 7347/85. A literalidade da norma indica que a eficácia da coisa julgada é limitada “aos limites da competência territorial do órgão prolator”. Obviamente, não faz sentido cindir territorialmente a imutabilidade da coisa julgada material, de modo a haver sentença com duas qualidades a depender de eventual limitador territorial: haveria uma sentença com a qualidade de ser válida, eficaz e imutável e, concomitantemente, válida, eficaz e mutável. Trata-se de entendimento sem o menor rigor lógico.

Conquanto previsto na Lei 7347/85, essa limitação não se refere aos direitos transindividuais. Embora haja pluralidade indeterminada de sujeitos no pólo ativo material, a relação jurídica material é única e incindível. Dessarte, essa limitação territorial é ineficaz nessa seara, por isso somente pode se referir aos direitos individuais homogêneos, de que trata o artigo 2º-A da Lei 9494, como já explicado (item 1.6.2.2).

Por conseguinte, a norma do artigo 16 da Lei 7347/85 somente subsiste se “objetiva limitar a eficácia subjetiva da sentença, não da coisa julgada, o que implica, necessariamente, limitação do rol de substituídos no processo”. (ZAVASCKI. 2009, p. 67) Tratando-se de direitos individuais, é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, porquanto as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares. Compreendida a limitação territorial da eficácia subjetiva da sentença, nos termos expostos, reflexamente, é possível conceber a prevista limitação à eficácia da respectiva coisa julgada.

Não há de se cogitar, data vênia, em criação de “um direito substantivo estadual diferente do nacional, violando a Constituição que estabelece a unidade do direito substantivo” como explicita o autor. Aparenta tratar-se de simplismo interpretativo, direcionado a descaracterizar a idoneidade do instituto da ação civil pública.

Diante deste cenário, inevitável é a conclusão alcançada neste trabalho, pois, não somente é possível, porém, torna-se essencial a preservação da competência funcional horizontal do juiz da causa para o exercício do controle difuso incidental no bojo da ação civil

pública *stricto sensu*<sup>113</sup>. Se assim não fosse, haveria a esdrúxula situação de, em ação civil pública, o juiz competente estar desprovido de meios de não aplicar a norma inconstitucional. Como a Constituição é fundamento de validade de todos os demais atos normativos do ordenamento jurídico, estaria esta sistemática irremediavelmente subvertida.

Esse entendimento coaduna plenamente com a hodierna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considera plenamente viável o controle de constitucionalidade *incidenter tantum* em ação civil pública, conforme recentíssima decisão da Suprema Corte:

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. (BRASIL. STF, AgRgRcl 1897/AC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 18/08/2010, publicado no DJe em 01/02/2011, p. 000039)

Nesse mesmo sentido, aborda especificamente esse tema a questão de ordem de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, deixando bastante explícitas as condições para haver a utilização da ação civil pública harmoniosa com a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da Lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal (BRASIL. STF, RE 424993/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min.

<sup>113</sup> Por certo, pela mesma razão, não poderia ser diferente o entendimento quanto à ação civil coletiva.

Joaquim Barbosa, julgamento: 12/09/2007, publicado no DJe em 19/10/2007, p. 000547)

Em conformidade com o entendimento do STF quanto a essa problemática de fundo constitucional, como não poderia ser diverso, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, que pode ser bem exemplificado nos dois acórdãos a seguir citados:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEIS ESTADUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. CAUSA DE PEDIR. ELEIÇÃO DE VIA ADEQUADA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. [...] 2. A origem analisou a questão do cabimento da ação civil pública com causa de pedir fundada em declaração incidental de inconstitucionalidade, como se observa às fls. 440/441v, quando a instância ordinária adotou entendimento do Supremo Tribunal Federal. Tem-se, portanto, o prequestionamento implícito da tese defendida no especial. Trecho do acórdão recorrido. [...] 7. No que tange ao mérito, é pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, uma vez que, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. (BRASIL. STJ, AgRgREsp 1106972/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento: 23/06/2009, publicado no DJe em 06/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A ANULAR ATOS ADMINISTRATIVOS CONCESSIVOS DE BENEFÍCIO FISCAL A DETERMINADA EMPRESA. TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 329/STJ. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. 1. A restrição estabelecida no art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/85 ("Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados") diz respeito a demandas propostas em favor desses beneficiários. A restrição não alcança ação visando a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público, cujo ajuizamento pelo Ministério Público decorre da sua função institucional estabelecida pelo art. 129, III da Constituição e no art. 5º, III, b da LC 75/93, de que trata a Súmula 329/STJ. 2. A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade. (BRASIL. STJ, REsp 760.034/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento: 05/03/2009, publicado no DJe em 18/03/2009)

Inconteste que é tranqüila jurisprudência existente no sentido da admissibilidade, bem como maior é poder argumentativo a favor da idoneidade do controle incidental em ação civil pública e ação civil coletiva. A grande problemática recai sobre os limites e condições das possibilidades de sua utilização, haja vista a provocação de situações teratológicas à sistemática constitucional pelo manuseio desvirtuado.



Assim ocorre quando, em vez de constar unicamente na *causae petendi*, a declaração de inconstitucionalidade é camuflada no pedido da demanda coletiva, culminado em julgamento *principaliter tantum*, como ocorre nas ações diretas. Essa patologia pode se agravar ainda mais, se não houver vinculação da questão constitucional à solução da demanda concreta, pois estaria ainda mais moldado ao processo abstrato.

Esse desvirtuamento é plenamente possível, essencialmente, em ação civil pública e ação civil coletiva em matéria institucional. Isso é observado, pois, em situação de normalidade, praticamente todos os destinatários da norma poderiam vir a não sofrer sua incidência na demanda em que a houver a declaração de inconstitucionalidade na motivação da sentença. Se essa declaração, mesmo que dissimuladamente, adentrar o pedido, mais do que ser afastada do caso concreto, a norma impugnada não poderia mais ser aplicada a nenhuma demanda futura para todos os substituídos processuais. Por vias transversas, teria alcançado efeitos similares ao de uma ADI, o que não seria viável.

Diante desta real patologia, Carvalho Filho (2009, p. 97) revisou em parte seu posicionamento, passando a admitir a argüição incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública, quando houver prejudicialidade com a solução da lide e, cumulativamente, não havendo dissimulação de ataque direto ao ato normativo.

Entretanto, no caso concreto, há sérias dificuldades práticas de fiscalizar a ocorrência dos supracitados requisitos identificação dessas situações, obstando o escamoteamento da declaração de inconstitucionalidade no pedido. Para amenizar as adversidades do mundo do ser, toma como marco distintivo os tipos de provimentos jurisdicionais pedidos, sendo seu estudo de relevante contribuição.

Bastante tranqüila é a circunstância de haver no pedido provimento jurisdicional condenatório, consistente em obrigação de dar<sup>114</sup>, ou constitutivo. Nessas hipóteses, indubitavelmente “pode admitir-se a argüição incidental da inconstitucionalidade sob o argumento que sob a sentença não emanarão determinações gerais, mas sim decisão in concreto em relação ao réu” (CARVALHO FILHO. 2009, p. 99).

Sempre haverá conteúdo obrigacional concreto de pagar determinada quantia indenizatória, ou entrega ou restituição de uma coisa, ou ainda a desconstituição de uma relação jurídica, por conseguinte, resta evidente que nesses casos seria inviável camuflar a declaração de inconstitucionalidade de algum ato normativo que, pretensamente, figurasse na *causae petendi*. Dessarte, a declaração incidental de inconstitucionalidade estaria sempre adstrita ao dispositivo, ao qual é prejudicial.

---

<sup>114</sup> Como cediço, obrigação de dar abarca obrigação de entrega ou restituição e obrigação de pagar quantia.

Parece que, dentre todas as hipóteses de provimento em ação civil pública, o provimento mandamental deve merecer análise mais apurada, pois e terreno mais propício a dissimulação da declaração de inconstitucionalidade por ação ou omissão no pedido:

se o objeto da ação civil pública for de natureza condenatória mandamental, ou seja, quando o pedido, acaso procedente, ordenar ao réu um *facere* ou *non facere*, afigura-se incompatível suscitar *incidenter tantum* questão concernente à inconstitucionalidade de leis ou atos normativos [...]. De outro lado, sendo condenatório pecuniário ou constitutivo o pedido, pode admitir-se a arguição incidental sob o argumento de que da sentença não emanarão determinações gerais – próprias de leis e atos normativos – mas sim decisão *in concreto* em relação ao réu, seja para a condenação ao pagamento de indenização (art. 3º, Lei 7.347), seja para desconstituição de relação jurídica (art. 25, IV, “b”, Lei 8.625/93 ou art. 51, § 4º, Código de Defesa do Consumidor) (CARVALHO FILHO. 2009, p. 98)

Explica seu raciocínio por meio de considerações das especificidades das obrigações de fazer ou não fazer:

como a sentença tem eficácia erga omnes, o mandamento judicial dela decorrente, ao mesmo tempo em que obriga todo se reconhece que ninguém pode adotar a conduta do réu, produz idêntica obrigação, igualmente em relação a todos e de modo implícito, no sentido da sujeição de todos os indivíduos à eventual declaração incidental de inconstitucionalidade da lei, o que implicaria em verdadeira ordem para que nenhuma pessoa tivesse a obrigação de observar a lei, tida por inconstitucional pelo juiz prolator da sentença. (CARVALHO FILHO. 2000, p. 110)

Carvalho Filho embasa este entendimento pela procedência de usurpação nos julgamentos pelo STF da Reclamação 1017/SP<sup>115</sup> e da Reclamação 2224/SP<sup>116</sup>, cujo relator, em ambas, foi o Min. Sepúlveda Pertence. O STF considerou usurpadora a ação popular na primeira Reclamação, por se tratar de tutela jurisdicional condenatória mandamental; na segunda, em ação civil pública, o juiz federal simplesmente expede tutela provisória antecipatória em desfavor da Administração pública, determinando a suspensão na aplicação de uma medida provisória, fundamentado na inconstitucionalidade.

A Reclamação 1017/SP tem por objeto a concessão de tutela antecipada em ação popular que determinava aos réus (Presidente da República, do Senado, da Câmara e do

<sup>115</sup> RECLAMAÇÃO. ART. 102, I, I, CF. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO POPULAR AJUIZADA NA JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE VISA A TORNAR EFETIVA A REGRA PREVISTA NO ART. 48, XV, CF, COM REDAÇÃO DADA PELA EC. 19/98. FIXAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS MINISTROS DO STF. Medida liminar deferida em 19.02.1999, para suspender o curso da Ação Popular 98.00.43117-9 até a decisão final da presente reclamação Utilização de ação popular com o objetivo de conseguir, por via oblíqua, provimento jurisdicional inerente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Parecer pela procedência do pedido formulado na presente reclamação (BRASIL. STF, Rcl. 1017/SP. Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 06/04/2005, publicado no DJe em 03/06/2005)

<sup>116</sup> RECLAMAÇÃO: PROCEDÊNCIA: USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF (CF, ART. 102, I, A). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal. (BRASIL. STF. Rcl. 2224/SP. Tribunal Pleno Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 26/10/2005, data de publicação no DJ em 10/02/2006)

próprio STF) a imediata limitação de vencimentos, prevista no art. 29 da EC 19/98. Entendeu o Supremo que se tratava de omissão de providência administrativa normativa necessária a efetivação da própria norma do constituinte derivado. Destarte, a omissão inconstitucional não era a causa de pedir, mas, em verdade, o próprio objeto da ação popular em questão: havia transvestida em ação popular verdadeira ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Por óbvio, a hipótese mais frequente de inconstitucionalidade por omissão é a da não edição de ato normativo, quase sempre de hierarquia legal, necessário à eficácia plena de norma da Constituição. Nada afasta, porém, a hipótese de a própria Constituição impor direta e imediatamente a tomada de medidas administrativas concretas, necessárias à sua efetividade e exigíveis independentemente de intermediação legislativa ordinária. Muito pelo contrário, há autorização expressa da ação direta de inconstitucionalidade por omissão de ato administrativo.

À obtenção dessa sentença mandamental, cujo objeto seja a prática de medida administrativa necessária a tornar efetiva uma norma constitucional, certamente, o instrumento adequado é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na modalidade prevista na parte final do art. 103, §, 2º. O caso é de usurpação de competência desta Corte (art. 102, I, 1, CF), pois a pretensão deduzida na ação popular objeto da reclamação se identifica como a própria de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a declaração da omissão inconstitucional é julgada *principaliter tantum*.

Fica claro na decisão da reclamação 1017/SP que o problema ganha conotações particulares quando se cuida de inconstitucionalidade por omissão, especificamente, da omissão administrativa. Parece não haver exceções quando reunidas estas circunstâncias, o que premia a restrição generalizada de Carvalho Filho (2009, p. 98) quanto à tutela mandamental de fazer em face do Estado. O verdadeiro pedido é a declaração da inconstitucionalidade da omissão da Administração Pública, obrigando-a a supri-la com a tutela mandamental. Trata-se exatamente da mesma decisão observada em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º). Dessarte, tal medida tornará efetiva norma constitucional, sendo dada ciência ao órgão administrativo competente para a adoção das providências necessárias, devendo fazê-lo em trinta dias, conforme dispõe o referido dispositivo constitucional.

A hipótese de provimento mandamental de obrigação de fazer, com fundamento na omissão inconstitucional, realmente reflete dissimulação de um verdadeiro processo objetivo omissivo, todavia, não é a única situação intrincada em provimentos mandamentais. Também, quanto à ação civil pública e à ação civil coletiva de matéria

institucional, se houver provimento jurisdicional condenatório, consistente em obrigação de não fazer, baseado em inconstitucionalidade por ação de um ato normativo, parece abrigar todas as condições para o escamoteamento de ação direta de inconstitucionalidade no procedimento coletivo.

Foi exatamente essa última hipótese a observada na Reclamação 2224/SP, pois a tutela jurisdicional provisória consistiu simplesmente obrigação de não fazer da Administração, consistindo na inaplicabilidade da medida provisória, que viria a ser convertida em lei. É elementar que o afastamento da aplicação da lei implica a declaração de inconstitucionalidade desta (Súmula Vinculante nº 10), o que torna simplificada a identificação da perversão do instrumento concreto em abstrato.

No entanto, nem sempre é tão imediata a identificação da camuflada declaração da inconstitucionalidade por ação no pedido. O exemplo disso é o caso da ação civil coletiva promovida pelo Ministério Público contra a União, postulando que esta se abstenha de lançar determinado tributo, trazida no tópico 2.3. Fundamentou esse pedido a arguição incidental da inconstitucional a lei que o instituiu, o que, aparentemente, faria a declaração de inconstitucionalidade figurar na *causae petendi* da demanda.

Diversamente do ocorrido na Reclamação 2224/SP, em que era saltante a dissimulação; no caso citado supra, a obrigação mandamental de não fazer atacava pressuposto objetivo de eficácia do ato normativo: isso culmina no mesmo resultado prático do pedido de não aplicação da norma, observado na Reclamação 2224/SP. Dentro dessa perspectiva, conquanto haja o exposto questionamento da constitucionalidade na causa de pedir, o pedido embute, por via transversa, o requerimento da inidoneidade da própria lei instituidora do tributo, que restará fulminada.

Quando há em ação civil pública ou coletiva o provimento de fazer contra a Administração inconstitucionalmente omissiva, que parece assistir razão a obstrução geral proposta. Todavia, peca Carvalho Filho por excluir, generalizadamente, qualquer provimento mandamental de não fazer dentre aqueles possíveis em ação civil pública, quando esta houver fundamentada em inconstitucionalidade. Parece que não cabe o mesmo raciocínio.

Nem sempre um provimento mandamental de não fazer estará escamoteando uma ação direta. Há hipóteses em que a sentença com conteúdo mandamental de não fazer, fundamentada em inconstitucionalidade comissiva não acarreta expurgação da própria norma jurídica<sup>117</sup>. Na verdade, o problema não se concentra no fato de haver um

---

<sup>117</sup> Os pedidos de tutela mandamental são certamente os meios mais eficazes de se conferir efeitos similares a uma decisão em controle abstrato. Todavia, nem sempre se pode fazer uma relação direta entre eles. Tudo vai depender da abrangência do

provimento mandamental em si. Este é derivado de um pedido concreto como qualquer outro, porém, é o que melhor camufla a declaração de inconstitucionalidade em ação civil pública.

Se o provimento for de não fazer, fundado na inconstitucionalidade, tudo dependerá da afetação que esta sentença terá para a eficácia futura da norma impugnada. Melhor explico, se algum pressuposto objetivo da norma tiver sua prática obstada pela tutela jurisdicional proibitória, não mais alcançará seus destinatários. Isso ocorre porque os referidos pressupostos são necessários e fundamentais para que a norma jurídica impugnada produza os efeitos pretendidos pelo legislador. Somente nesses casos que o pretense controle difuso em ação civil pública lato sensu seria uma prática ilegítima, em afronta à sistemática constitucional.

A sentença que decide a controvérsia, com fundamento na inconstitucionalidade, irradiaria efeitos subjetivos expandidos, não só quanto à decisão do pedido aparente, mas do próprio juízo de inconstitucionalidade, este que, ilusoriamente, deveria ser mero fundamento. A expansividade subjetiva da decisão, que subverte a premissa básica do controle difuso de inconstitucionalidade, inegavelmente é fruto da enganadora figuração na causa de pedir da inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Trata-se do efeito característico da patologia. Certamente, o verdadeiro pedido é a declaração da inconstitucionalidade da norma, ou seja, esta estaria sendo julgada *principaliter tantum*, como se verdadeiro processo objetivo fosse.

Em uma visão bastante elucidativa e coerente, Alvim (1995, p. 155) denuncia este abuso, o que coaduna com o entendimento apresentado. O controle incidental somente pode ser admitido em relação a um litígio, como fundamento deste, não como *principaliter*, como é feito nas ações diretas. Para o autor, muitas vezes se observam ações civis públicas propostas desvinculadamente a um litígio concreto, porém:

com insurgência , exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que , declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do tribunal a esses sobrepostos. Ou, se linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem jurídica resulta de uma tal decisão”. (ALVIM. 1995, p. 156)

Nesse iter lógico, denuncia a possibilidade de haver um procedimento de controle de constitucionalidade *in abstracto*, embora nominado *incidenter tantum*. Este trabalho vai ao encontro do entendimento de Alvim (1995, p. 156), porquanto identifica essa subversão sistêmica em razão da perda de eficácia da norma para situações futuras. Trata-se

---

pedido, pois, se este embutir pressuposto objetivo de eficácia da norma, estará camuflando pedido de idoneidade da própria norma, pois esta estaria fulminada perante todos seus destinatários, inclusive para situações futuras.

conclusão bastante relevante para o estudo, pois atesta com precisão o que se tentou demonstrar :

o que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração *in abstracto*, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum* (ALVIM. 1995, p. 157).

Parece mesmo que o efeito inescapável dessa utilização inidônea somente pode ser um: as situações futuras de demandas coletivas não idênticas sofrerão influência da decisão, ou até mesmo serão completamente obstadas futuras demandas, como acontece nas ações diretas. Este é o efeito característico da constância, mesmo que disfarçada, da ilegitimidade da norma no pedido.

Indica ser suficiente toda a discussão proposta para arrematar o entendimento deste estudo, no que atine à determinação das reais possibilidades da utilização da fiscalização de constitucionalidade difusa incidental no bojo da ação civil pública, conclusão que valeria igualmente para a ação civil coletiva.

Conclusivamente, nos procedimentos de ação civil pública e ação civil coletiva, é normal e desejável que haja efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada. Todos os titulares indeterminados do direito transindividual em questão deverão ser atingidos pela coisa julgada material, afinal, a própria natureza dos direitos tutelados assim exige, conforme exaustivamente estudado.

Todavia, ressalte-se, esse efeito subjetivo geral somente poderá evidenciado para aquela específica causa de pedir e pedidos (identidade de demandas), sendo possível nova invocação da norma declarada inconstitucional incidentalmente em ação civil pública anterior. Essa possibilidade atesta o uso adequado da ação civil pública lato sensu como instrumento de controle de constitucionalidade.

Nestas circunstâncias, o exercício do controle de constitucionalidade difuso incidente em ação civil pública é a grande regra, mais do que isso, é imprescindível para a atividade jurisdicional desenvolvida. Tal prerrogativa é assegurada a qualquer juiz (daí denominar-se controle difuso) e está fundada no pressuposto elementar de que, considerado o princípio da supremacia da Constituição, cumpre ao juiz, havendo incompatibilidade entre a

norma constitucional e a infraconstitucional, dar aplicação àquela, fundamento de validade da legalidade.

Por conseguinte, o controle incidental de constitucionalidade em ação civil pública, e também em ação civil coletiva, tem eficácia material restrita ao fenômeno de incidência objetivamente exposto na demanda, e, como tal, não invade os domínios das ações de controle concentrado de constitucionalidade, por isso, plenamente viável, senão imprescindível, sua utilização para julgar o caso concreto. Deve somente ser negado conhecimento da ação civil coletiva *lato sensu* ajuizada nos casos de existência da declaração de inidoneidade da norma no pedido, mesmo que escamoteada, conforme tratado.

Em todas as hipóteses demonstradas de dissimulação de processo objetivo em ação civil pública, por óbvio, mais do que inaceitável o simulado controle difuso incidente, seria inadmissível a própria demanda coletiva como um todo. Em verdade, não há sentido em se cogitar a existência do procedimento da ação civil pública ou ação civil coletiva. O que há é um procedimento completamente inconstitucional que pretende dissimular um processo objetivo, com fins de não submissão às imposições constitucionais das ações diretas, como o rol de legitimados e a competência exclusiva do STF ou dos Tribunais de Justiça.

Certamente, admitir ação com esse objeto seria equipará-la à ação direta de inconstitucionalidade, de especialíssima natureza e restrita legitimação ativa, cuja competência está concentrada no STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados. Entretanto, evidente que isso não significa a abolição, na ação civil pública, do controle incidental de constitucionalidade, porquanto haja uso indevido do instituto em alguns casos. Se assim fosse, infelizmente, não restariam muitos institutos processuais a serem utilizados, haja vista o acentuado perfil perniciosamente individualista prevalecente no Brasil.

#### **2.4.3 Refutação da tese da usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal: paralelo com o controle concentrado no âmbito estadual**

A partir da constatação que a ação civil pública é um processo basicamente concreto, e não abstrato, como se tentou elucidar, é refutado o argumento basal daqueles que a consideram meio inidôneo de controle incidental de constitucionalidade. Por conseguinte, todas as implicações dos que entendiam a ação civil pública como um processo objetivo serão prejudicadas pela constatação totalmente adversa que se chegou neste trabalho.

A tese da usurpação de competência do STF, conseqüência da equivocada premissa da abstração da ação civil pública, já seria automaticamente refutada. Não poderia ela ser sucedâneo das ações diretas, portanto, não haveria igualmente usurpação pelos demais órgãos de instância ordinária ou de instância extraordinária, estes obviamente distintos do STF, da competência atribuída à Excelsa Corte no art. 102, I, da CF.

Ademais, a conclusão pela concretude da ação civil pública não é o único argumento apto a obstar qualquer indagação sobre uma possível usurpação do plexo de competências da Suprema Corte. A ação civil pública é simplesmente um procedimento civil especial, como vários outros, que igualmente se submete à sistemática recursal prevista no CPC para a generalidade dos procedimentos cíveis, tanto especiais como comuns.

Por conseguinte, ressalta Parente (2007, p. 75) que a sistemática recursal brasileira é áurea no sentido de que a palavra final sobre a questão constitucional não se encerra no primeiro grau de jurisdição. Fatalmente receberá o juízo acerca da questão constitucional pelo Supremo como corolário natural do respectivo recurso extraordinário. Obviamente, tomando por base o consenso da relevância social dos ditos direitos transindividuais, apto inclusive para levar alguns a comparar sua tutela com processo objetivo, não deveria encontrar embargos no crivo da repercussão geral. Esta parece evidente em função da relevância econômica, política, social ou jurídica, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, 543-A, §1º), praticamente a mesma semântica de direitos transindividuais.

Por certo, somente será o recurso em tela conhecido se atendidos os requisitos de admissibilidade recursais especiais e comuns respectivos, conquanto, vale salientar, lembra Didier Júnior (2010, p. 344) que o STF vem relevado a estrita aderência a esses requisitos se entender relevante a matéria. Obviamente, cumprir esses requisitos é um ônus do recorrente, que possui o interesse de agir recursal, para obter um melhora na sua situação jurídica.

O recurso extraordinário permitirá ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão constitucional, a depender do caso, em única ou última instância (CF, art. 102, III) Em tese, este é o único meio conceder eficácia *erga omnes* á decisão da questão constitucional, que, lamentavelmente, pelo entendimento majoritário se faz através da utilização de resolução do Senado. A decisão proferida na ação civil pública, no que se refere ao controle de constitucionalidade, como qualquer outra ação, se submete, sempre, ao crivo da Suprema Corte, porquanto guardião final da Constituição Federal.



Pelo exposto, ao contrário do que afirmado pelos doutrinadores avessos ao controle difuso em ação civil pública, não prospera o argumento segundo o qual a ação civil pública tornaria o juiz de primeiro grau mais poderoso do que o Plenário do STF. Para eles, a decisão do STF em recurso extraordinário necessitaria de resolução do Senado federal para suspender a execução da lei (CF, art. 52, X), conferindo efeitos *erga omnes* a declaração de inconstitucionalidade.

Primeiramente, equivoca-se porque os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada em ação civil pública, conferidos pelo CDC, restringem-se ao grupo de titulares indeterminados do direito transindividual em litígio; enquanto os decorrentes da resolução do Senado em recurso extraordinário, mais amplamente, alastram-se a todos indistintamente: não haveria nem o vínculo mínimo de coesão das circunstâncias fáticas dos direitos difusos.

Segundo, nunca poderiam os demais órgãos jurisdicionais ter mais poder do que o Supremo em matéria constitucional, porquanto é intérprete final da matéria. A mera possibilidade de a parte lançar mão do recurso extraordinário no procedimento especial da ação civil pública para a última análise do STF basta para expurgar a tese da usurpação de sua competência. Como é inerente aos direitos transindividuais apresentar alto teor de relevância econômica, política, social ou jurídica, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, independentemente do que for decidido na instância ordinária, por ser provável não encontrar óbices no conhecimento do recurso extraordinário, não prevalecerá o julgamento da instância ordinária sem a anuência do Supremo.

O próprio STF parece adotar posição não muito favorável à tese de usurpação da competência da Corte em julgamento de outras matérias, diversas da ação civil pública. Trata-se do entendimento preponderante no que diz respeito à coexistência entre os controles concentrados principais perante o STF e os Tribunais de Justiça estaduais, nos casos em que os segundos possuem substancialmente como parâmetro a CF, conquanto formalmente não o seja.

Para elucidar o verdadeiro sentido do entendimento do Supremo, bem como sua aplicação na fundamentação refratária a tese da usurpação em ação civil pública, são necessários alguns esclarecimentos prévios. A razão de ser desta competência prevista na Constituição Federal encontra-se na autonomia conferida aos Estados membros pelo Pacto federativo. Segundo Mendes (2008, p. 1307), parece que a possibilidade de coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual pressupõe expressa previsão constitucional e uma definição dos parâmetros de controle.

Por isso a Constituição prevê a concorrência de jurisdições constitucionais, o que contribui para a dúplice proteção judicial. Esta se substancia no já estudado controle abstrato de constitucionalidade com paradigma na Constituição Federal e, também no controle concentrado estadual, com parâmetro na Constituição Estadual respectiva (CF, art. 125, §2º). Segundo este dispositivo da Constituição Federal, cabe ao poder constituinte derivado decorrente dos Estados da Federação a instituição de representação de inconstitucionalidade<sup>118</sup> de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Como confirma Lenza (2011, p. 355), os Tribunais de Justiça têm competência exclusiva para o controle concentrado principal da constitucionalidade de objeto do controle consistente em ato normativo estadual ou municipal, tendo como parâmetro a Constituição Estadual. A única vedação imposta pelo poder constituinte originário ao decorrente é a atribuição da legitimação<sup>119</sup> a um único órgão na Constituição Estadual.

O tema é bastante intrigante, todavia, para os fins propostos, ficará salientada a hipótese do parâmetro estadual que substancialmente reproduz disposição do parâmetro federal. São as hipóteses que englobam normas de observância obrigatória ou compulsória pelos Estados membros, que culminarão nas denominadas cláusulas de caráter remissivo da Constituição Estadual. Estas, segundo Lenza (2011, p. 359), remetem diretamente a normas constantes na Constituição Federal, que são incorporadas formalmente, mediante a técnica da remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado membro.

Em razão da expressa referência a essas normas feita na Constituição Estadual, com sua integralização formal ao corpo constitucional de respectivo Estado membro, o STF considera que a norma estadual de caráter remissivo é apta a compor parâmetro autônomo para fins de controle de constitucionalidade a que se refere o art. 125, § 2º, da CF. Bem explica o recente julgado do tribunal:

**RECLAMAÇÃO. A QUESTÃO DA PARAMETRICIDADE DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS ESTADUAIS, DE CARÁTER REMISSIVO, PARA FINS DE CONTROLE CONCENTRADO, NO**

---

<sup>118</sup> Conquanto a interpretação literal conduza ao entendimento que somente exista unicamente ação direta de inconstitucionalidade como instrumento abstrato de controle de constitucionalidade na seara estadual, não é este o melhor entendimento. Segundo Lenza (2011, p. 356), respeitadas diretrizes da Constituição Federal, é possível que a Constituições estaduais implementem os demais instrumentos de controle, especialmente a ADO, para combater a inércia do Legislativo estadual.

<sup>119</sup> Não houve especificação do rol de legitimados, cabendo à Constituição estadual dispor acerca da delimitação. Como se trata de matéria atinente à manifestação do poder constituinte derivado decorrente, porquanto limitado pela Constituição Federal que lhe dá sustentação, nada mais coerente que, ao menos, se respeite o art. 103 da CF, por simetria. Não caberia ao constituinte derivado desprestigiar a intenção do constituinte originário, que foi ampliar o rol de legitimados do controle concentrado.

ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE LEIS E ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E/OU MUNICIPAIS CONTESTADOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. 2. Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o “*corpus*” constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo. Doutrina. Precedentes. (BRASIL. STF. Rcl. 10.500/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18/10/2010, publicado no DJe de 26/10/2010)

Conquanto haja o reconhecimento da possibilidade de normas estaduais remissivas funcionarem como parâmetro autônomo de controle estadual, não se deve esquecer que são substancialmente normas do parâmetro federal. Por isso, se existem normas de reprodução obrigatória pelos Estados membros, “não só a sua positivação no âmbito do ordenamento jurídico estadual, como também sua aplicação por parte da Administração ou do Judiciário estadual pode-se revelar inadequada, desajustada ou incompatível com a ordem constitucional federal” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1315). Diante deste quadro, não seria possível deixar de submeter a controvérsia constitucional estadual de reprodução obrigatória federal ao Supremo mediante recurso extraordinário, como coaduna a paradigmática reclamação de relatoria do Min. Moreira Alves:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão de propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz norma federal de observância obrigatória pelos estados, contrariar o sentido e alcance desta. (BRASIL. STF. Reclamação 383/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21/05/93)

Abre-se a possibilidade à interposição de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça, em controle abstrato estadual, para que o STF se pronuncie, derradeiramente, sobre a interpretação de lei estadual ou municipal perante a Constituição

Federal. Utiliza-se o recurso típico do controle difuso para a devolução da matéria em controle abstrato ao STF, que é o intérprete final das normas da Constituição Federal.

Corretamente constata Lenza (2011, p. 361) que o recurso extraordinário será um simples mecanismo de levar ao STF a análise da matéria estadual ou municipal<sup>120</sup>, que foi julgada com base em parâmetro estadual remissivo. Não é por outro motivo que a decisão do STF neste excêntrico recurso extraordinário produzirá os mesmos efeitos de uma decisão de ADI, porque, em verdade, este recurso é uma verdadeira ADI.

Baseado nesse entendimento consagrado pelo STF, fato é que, na ação direta perante o Tribunal de Justiça dos Estados, este considera inexistir usurpação de sua competência quando da fiscalização da constitucionalidade com base em parâmetro constitucional reproduzido, se o STF puder fazer controle de constitucionalidade diferido. Como intérprete final do parâmetro federal, entende não haver usurpação de sua competência se for a ele devolvida a matéria *a posteriori* pelo recurso extraordinário, com substância de ADI.

Esse argumento seria igualmente válido para chancelar a tese da inexistência de usurpação de competência do STF ou dos Tribunais de Justiça estaduais no controle difuso incidental em ação civil pública. Nessa perspectiva lógica, não poderia configurar usurpação de competência pelo juízo ordinário (juízo singular e Tribunal) que julga concretamente ação civil pública com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, quando declarar a inconstitucionalidade, parametrizada pela Constituição Estadual ou Federal.

Parece que o fundamento de todas as hipóteses é o mesmo: a possibilidade de o STF referendar ou não o entendimento por meio de recursos. Se esta é a tese do STF, não há razão para aplicá-la somente ao caso do Tribunal Estadual que julga ADI com parâmetro, formalmente estadual, mas materialmente federal. Se o fato de ser possível, hipoteticamente, recurso extraordinário de controle concentrado estadual, processo indubitavelmente objetivo, não implica invasão a esfera competencial do STF, não há nem lógica de se cogitar usurpação no controle difuso incidental em ação civil pública, processo subjetivo.

A possibilidade da cognição diferida pelo STF pela via recursal enquadraria o caso da ação civil pública na seara da *ratio decidendi* da decisão modelo da ADI estadual com paradigma estadual remissivo. Entretanto, ressalto, essa argumentação somente é válida para fins de combate ao argumento da usurpação quando o procedimento coletivo for realmente concreto.

---

<sup>120</sup> Trata-se de um caso anômalo em que o STF apreciará uma ADI com objeto um ato normativo municipal, frente ao parâmetro federal. Claro que de ADI se trata, não obstante esteja transvestida de recurso extraordinário.

Se a ação civil pública for uma ação direta escamoteada, a sistemática prevista na Constituição estaria flagrantemente violada, o que não poderia ser suprido pela análise diferida pelo STF. Nessa hipótese, não se aplicaria a *ratio decidendi* da devolução da questão constitucional ao STF, pois, diferentemente da ADI estadual, ação civil pública não é meio idôneo para efetivar o controle concentrado principal. O que sustentou a idoneidade da utilização da ADI estadual, com parâmetro materialmente constante na Constituição Federal (norma de reprodução obrigatória), foi sua incorporação formal como parâmetro igualmente estadual, por isso, inserido no âmbito de competência assegurado aos Tribunais de Justiça.

Em função desse não desvirtuamento da sistemática de coexistência do controle de constitucionalidade concentrado estadual e federal, que foi possível decisão pelo diferimento da análise da constitucionalidade pelo STF, para a não implicação de usurpação. Diversamente, usado esse argumento para a ação civil pública desvirtuada, não iria ser respeitada a análise preliminar da harmonização sistêmica da jurisdição constitucional, por isso, inviável a referida *ratio decidendi* nessa ocasião.

#### **2.4.4 Processamento da questão constitucional via ADPF: um meio de apaziguar as soluções conflitantes**

Como cediço, o controle abstrato recebeu ênfase em detrimento do difuso pelo constituinte e, ultimamente, pelo STF. Gilmar Mendes, a meu ver, corretamente conclui que o controle difuso de constitucionalidade estaria em desprivilegiado<sup>121</sup> frente ao controle concentrado:

a Constituição de 1988 reduziu, portanto, o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Portanto, parece intuitivo que, por essa forma, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1102)

Nessa perspectiva, para suprir o espaço residual considerável deixado para o controle difuso em relação ao concentrado, este até então culminado de incompletude, veio a regulamentação da ADPF. Insere-se a ADPF no complexo sistema brasileiro de controle judicial abstrato sob o signo da singularidade.

---

<sup>121</sup> Não se deve incorrer no extremismo de tal mudança paradigmática da Constituição, para considerar o controle difuso incidental tendente à extinção. Muito pelo contrário, ele sobrevive indubitavelmente em relação harmônica como o hodiernamente prevalecente controle abstrato.

Há dois tipos de argüição de descumprimento de preceito fundamental: a argüição autônoma, prevista no art. 1º, caput, da Lei 9882/99, e a argüição incidental ou paralela, no art. 1º, parágrafo único, da Lei 9882/99. Caracterizam-se pela regra da subsidiariedade (Lei 9882/99, art. 4º, §1º), cujo pressuposto é a inexistência de outro meio idôneo para prevenir ou reparar a lesão ao preceito fundamental. Tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame da subsidiariedade paradigmaticamente caracteriza unicamente demais instrumentos de controle objetivo de constitucionalidade. Ressalta-se que a ADPF não é cabível sempre que a ADI ou ADC não o seja, porquanto há certas disputas subjetivas que não são abrangidas pela jurisdição constitucional. Em verdade, a subsidiariedade significa que não caberá ADPF se houver disponível outro meio idôneo a sanar a lesividade.

Em análise comparativa, a argüição autônoma é verdadeiramente análoga às ações diretas tradicionais da Constituição hodierna. Destarte, por via dela suscita-se jurisdição constitucional abstrata, concentrada por via principal perante o STF. Conquanto tenha os mesmos legitimados das ações diretas, seu parâmetro de controle é mais restrito: não é mais parâmetro qualquer norma constitucional, mas apenas preceitos fundamentais da Constituição, como se demonstrou. Também, quanto ao objeto, difere-se das ações diretas, uma vez que não se limita a atos normativos e estende-se aos três níveis de poder, conclusão da regra da subsidiariedade delimitada supra.

Quanto à argüição incidental ou paralela, questiona-se a constitucionalidade da lei tendo em vista sua aplicação em uma dada situação concreta. Destarte, a instauração do controle de constitucionalidade em ADPF incidente repercutirá diretamente sobre casos submetidos à jurisdição ordinária, porquanto a questão constitucional prejudicial a ser dirimida nesses processos subjetivos será facultativamente elevada diretamente à apreciação pelo STF por iniciativa de um dos legitimados do art. 103 da CF.

É bastante próximo do mecanismo da cisão funcional horizontal do controle difuso por via de exceção, porém, diversamente, o procedimento da ADPF incidente remete diretamente a questão constitucional prejudicial das instâncias ordinárias ao Pleno do STF (CF, art. 97) para definir abstratamente sua constitucionalidade ou não do ato normativo, decisão esta que vincula as instâncias ordinárias na elaboração da sentença ou acórdão do caso concreto. Por essa sistemática da cisão cognitiva entre jurisdição ordinária e extraordinária (STF), é que perspicazmente Gilmar Mendes (2008, p. 1147) denomina-a cisão funcional vertical. Não é por outro motivo que nos casos de ADPF incidental, eventuais processos em tramitação ficarão sujeitos à suspensão liminar de seu andamento ou da decisão, caso já proferida (Lei 9882/99, art. 5º, §3º).

A ADPF incidental possui mais dois requisitos, além dos da ADPF autônoma. Semelhantemente à ADC, deve-se preceder a demonstração da controvérsia judicial relevante, ou seja, situação hábil para afetar a presunção de constitucionalidade ou legitimidade<sup>122</sup> do ato normativo questionado. Outro requisito específico é que o objeto tenha caráter normativo, exigência despicienda à ADPF autônoma.

Diante desse quadro, Mendes (2008, p. 1096) propõe a utilização da ADPF incidental nos casos de questões constitucionais incidentais em ação civil pública, com a suspensão do respectivo processo e remessa da questão ao Plenário do STF. A idéia é bastante positiva, porquanto elidiria a possibilidade de decisões conflitantes, no âmbito das instâncias ordinárias e do Supremo Tribunal Federal, situação geradora de sérios prejuízos para coerência do sistema e para a segurança jurídica.

Como o próprio Ministro reconhece, a legislação atual não coadunaria com seu intuito, diga-se de passagem, bastante válido. Para efetivar sua idéia, propõe alteração na Lei 9882/99, para que, em argüição incidental, a legitimidade também se estendesse aos juízes e tribunais competentes para a causa. Não se pode desprezar que houve veto ao dispositivo que previa a possibilidade de ajuizamento da ADPF incidental por qualquer pessoa lesada ou ameaçada (art. 2º, II do projeto de lei), por isso, o direito de propositura de ambas as argüições concentrou-se nos legitimados do art. 103 da Constituição.

Parece que o veto desfigurou o instituto, como bem observa Barroso (2009.a, p. 277), porquanto, sendo os mesmos legitimados, não haveria motivo para a utilização da ADPF incidental, sendo os requisitos da via autônoma menos rígidos. Parece que restaria o último sobre de vida à via incidente a representação ao Procurador Geral da República pelos interessados (Lei 9882/99, art. 2º, §1º)

Em um primeiro momento, parece que a mudança proposta por Gilmar Mendes é mais plausível do que a proposta originária, porquanto restaria o Supremo completamente assoberbado de argüições incidentais, deixando de solucionar questões de maior relevância. A pretendida legitimação dos juízes e tribunais por Mendes (2008, p. 1096), verdadeiramente, culmina em maior aproximação entre os mecanismos da ADPF incidental, se vigente a mudança legislativa proposta, e o controle concentrado europeu (ver item 2.4.2.2). Apenas haveria a diferença do monopólio da atividade relacional de aferição da inconstitucionalidade ou não, que não ocorreria na ADPF.

---

<sup>122</sup> Vale ressaltar que no caso da aferição da legitimidade da norma pré-constitucional em face dos preceitos fundamentais, é assente no direito brasileiro que não é caso de inconstitucionalidade, mas apenas revogação pela máxima da *lex posterior derogat priori*. Portanto, por óbvio, a decisão em ADPF com esse objeto não declara a inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas apenas a recepção ou revogação do direito intertemporal.

Tenho que ressaltar que, pelas posições defendidas pelo autor, parece que seu objetivo com essa idéia não é transformar a ADPF incidental em mecanismo paralelo à declaração difusa da inconstitucionalidade em ação civil pública. Parece que seu intuito é substituir o controle difuso pela ADPF incidental, obviamente, com a implementação da mutação da Lei 9882/99. Nesse caso, parece que se trata de retirar do jurisdicionado a possibilidade de não sofrer a incidência no caso concreto de lei inconstitucional, caso o juiz não entenda haver relevância da questão constitucional para levá-la ao Supremo.

Contrariamente, se for um mecanismo paralelo, parece que vai possibilitar maior celeridade e segurança jurídica, evitando a ocorrência de decisões conflitantes, devido ao efeito vinculante da ADPF. Ademais, proporcionará à sistemática mista brasileira, composta pelo controle difuso e pelo concentrado, interligação mais harmônica, como um amálgama de possibilidades para maior efetividade do sistema de controle de constitucionalidade.



## CONCLUSÃO

Durante o desenvolver do trabalho, houve conceituação de institutos básicos e subsequente enfrentamento das questões intrincadas, com fins a possibilitar a resposta à problemática apresentada na introdução deste estudo. A princípio, de forma sucinta e panorâmica, é possível firmar a integral legitimidade do exercício do controle difuso incidental no bojo das ações civis públicas *lato sensu* pelo juiz competente, independentemente do grau de jurisdição que se insere.

Por certo, este entendimento supra firmado depende de premissas advindas de certas conclusões preliminares, que àquele dão sustentação. O elemento conclusivo mais significativo deste trabalho é o posicionamento adotado no sentido da natureza irrefutavelmente concreta subjetiva da ação civil coletiva e ação civil pública *stricto sensu*.

Quanto à ação civil coletiva, na generalidade, incontroverso, doutrinário e jurisprudencialmente, tratar-se de processo concreto, por conseguinte, tecnicamente, não há de se cogitar aproximação entre ação civil coletiva e processo objetivo. A incontestada característica subjetiva do direito tutelado (direitos individuais homogêneos), cumulada com o consequente procedimento partitivo da cognição da ação civil coletiva, não ensejam espaço para a referida aproximação. As situações individuais especificadas na sentença genérica serão apuradas em liquidação por artigos, sendo este provimento concreto integrado ao patrimônio jurídico de cada um dos indivíduos titulares especificamente.

Diz-se genérica a sentença incompleta na definição da norma jurídica individualizada ou concreta, ou seja, faz juízo parcial sobre alguns elementos da relação jurídica concreta (*an debeat, quis debeat e quid debeat*). Todavia, o fato de não ser individualizado não impugna a concretude do provimento jurisdicional incompleto, porquanto o juízo acerca do núcleo de homogeneidade pressupõe estabilização de elementos concretos comuns da lide. As sentenças genéricas simplesmente necessitam de posterior complementação dos elementos da prestação (*cui debeat e quantum debeat*) em ação de cumprimento, por conseguinte, não são sentenças pronunciadas em abstrato, não obstante genéricas.

Conquanto indubitavelmente tutele direitos individuais, em ação civil coletiva é possível se observar amplitude subjetiva dos desdobramentos da declaração da inconstitucionalidade incidente, assemelhados à fiscalização de constitucionalidade em ação civil pública, cujo objeto engloba direitos coletivos *lato sensu* de imensa amplitude.

Observa-se tal peculiaridade quando as pretensões individuais homogêneas concretas fundarem-se em matérias de natureza institucional, consubstanciadas em normas disciplinadoras de relações com o Estado, entendido de forma ampla. Por conseguinte, por serem relações bastante uniformes, praticamente todos os destinatários da norma poderiam vir a não sofrer sua incidência na demanda em que a declaração de inconstitucionalidade for prejudicial.

Nestas hipóteses, a controvérsia acerca da possibilidade de fiscalização incidente de inconstitucionalidade no bojo da ação civil coletiva seria análoga à da ação civil pública *stricto sensu*. Destarte, conquanto possuam causas diversas, ambas possuem características propícias para serem trasladadas dissimuladamente em ação direta. No caso da ação civil pública, é a própria natureza intrínseca ao direito transindividual que implica a dilatada abrangência subjetiva; na ação civil coletiva, não é a natureza do direito em si que causa o observado resultado, sim as peculiaridades dos direitos individuais homogêneos de natureza institucional.

De qualquer forma, independente de se tratar direitos individuais institucionais, a ação civil coletiva toma para si a mesma linha conclusiva relativa à generalidade das ações civis coletivas: é um processo eminentemente concreto. No entanto, o que destaca os direitos individuais em matéria institucional da generalidade dos direitos individuais é o fato de abrir espaço para possível desvirtuamento do instrumento pelos jurisdicionados, em virtude de suas peculiaridades apontadas, igualmente à ação civil pública.

Todavia, ressalta-se, para fins de ação civil coletiva, a abordagem acerca da problemática do trabalho terá fins meramente acadêmicos, porquanto o legislador, como foi atentado, já cuidou de limitar a amplitude da eficácia subjetiva da sentença em ação civil coletiva (Lei 7347/85, art. 16) e excluir do âmbito do procedimento as matérias institucionais (Lei 7347/85, art. 1º, parágrafo único).

No caso da ação civil pública, não obstante haja oposição de pequena parcela da doutrina, a conclusão não pode ser diferente da ação civil coletiva, pois também se trata de um procedimento especial concreto. Tanto como na ação civil coletiva, o substituto processual, atua como parte processual, em nome próprio, possuindo prerrogativas processuais de pretender tutela jurisdicional de direitos que pertencem a outrem.

Todavia, em função das dessemelhanças dos direitos objetos destes procedimentos, a tutela jurisdicional advinda do procedimento de ação civil pública *stricto sensu* somente pode ser legitimamente gozada indivisivelmente pelo grupo indeterminado de titulares desses direitos transindividuais, cujas prerrogativas processuais serão exercidas pelo

substituto processual. Distingue-se da ação civil coletiva, pois a fruição da tutela ocorre de maneira individualizada por cada um dos substituídos processuais.

Sem embargo da apontada divergência, em ambos os procedimentos, os titulares do direito, substituídos processualmente, são partes materiais na relação processual. O fato de haver esta relação jurídica material defendida por outrem na causa afasta peremptoriamente essa figura dos substitutos processuais legitimados nas ações civis públicas *lato sensu* dos deflagradores legitimados do controle concentrado principal de constitucionalidade, como já demonstrado. Esta é o primeiro alicerce que contribui para o entendimento da ação civil pública como um processo concreto, premissa básica deste trabalho.

Ademais, como a relação jurídica deduzida em juízo pertence indivisivelmente a um plexo de indivíduos indeterminados na sociedade que sejam titulares do direito transindividual respectivo, portanto, obviamente, a coisa julgada recairá sobre eles, que virão a ser os substituídos processuais. A indigitada característica traduz-se no alcance subjetivo ampliativo da *auctoritas rei iudicatae*, incidente sobre dispositivo da sentença em ação civil pública, previsto no artigo 103, I e II, do CDC. Este dispositivo designa aos direitos difusos e aos coletivos *stricto sensu*, respectivamente, extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à coisa julgada material.

Não obstante a indigitada denominação atribuída à extensão subjetiva da coisa julgada, a imutabilidade abarca unicamente o bloco uno de titulares indeterminados do direito transindividual alcançados pelo dispositivo da sentença, independentemente do grau de indeterminabilidade desses titulares. Por conta dessa realidade, somente é viável o entendimento segundo o qual o CDC não intuiu alastrar a coisa julgada para toda a coletividade indistintamente, como ocorre nas ações diretas (CF, art. 102, §2º c/c Lei 9868, art. 28, parágrafo único). Neste caso, os efeitos *erga omnes* previstos para o processo objetivo alcançam todos os submetidos ao ordenamento jurídico, porquanto não se cuida da tutela de uma situação jurídica concreta, mas da idoneidade do ordenamento jurídico, abstratamente considerado.

O fato de haver titulares indeterminados, tendo a coisa julgada abrangência “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” sobre eles, não retira do procedimento da ação civil pública seu caráter concreto. Este é o segundo alicerce do entendimento da ação civil pública como processo concreto. Inegavelmente há tutela de situações jurídicas concretas inerentes à respectiva massa subjetiva indivisível de titulares. Esta massa, grosso modo, abarcaria o conjunto indeterminado de titulares, como se fosse um só ser, pois representa o complexo dos

interesses transindividuais respectivos, de fruição impartível. Este ser coletivo é que realmente teria em seu patrimônio jurídico a norma jurídica concreta produzida na sentença da ação civil pública, com fins a proteger o patrimônio difuso ou coletivo *stricto sensu* tutelado.

Ademais, o demandante das ações civis públicas *lato sensu* (substituto processual), como em qualquer demanda concreta ordinária, tem o ônus de indicar na petição inicial necessariamente os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. Com isso, situará precisamente o fenômeno de incidência, em relação ao qual deduzirá a pretensão coletiva. Deve-se demonstrar a incidência da *fattispecie* da norma abstrata em relação ao suporte fático alegado, para que, de acordo com a *sanctio juris* estabelecida pela norma abstrata, o juiz prolate a norma jurídica concreta (dispositivo da sentença).

Com todos os esclarecimentos, incontestado é o caráter concreto das ações civis públicas *lato sensu*, porquanto são procedimentos de natureza completamente diversa das ações diretas, estas cindidas do caso concreto (abstratos). Nesse sentido, perde fulminantemente fundamento a tese da usurpação de competência do STF e dos Tribunais de Justiça dos estados, a depender do parâmetro de controle utilizado.

Não há de se cogitar a inibição, certamente, do controle incidental de constitucionalidade em seu bojo. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno de incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida.

Dessa conclusão basilar da concretude dos procedimentos em tela, pelo menos na seara do dever-ser, a consequência é a possibilidade de unicamente poder ser exercido controle de constitucionalidade via incidental, que parte de um caso concreto. Destarte, há duas possibilidades de controle incidente: por um lado, o tradicional controle de constitucionalidade difuso incidental; por outro, o controle concentrado por via incidental, que é a ADPF incidental.

Como cediço, a fiscalização da constitucionalidade difusa incidental somente pode ser realizada se atendidos alguns requisitos essenciais, que devem igualmente ser observados nas ações civis públicas *lato sensu*, por óbvio. Primeiramente, somente deve ser admitida a questão constitucional se resolução dela implicar relação de prejudicialidade à solução do litígio coletivo. Se não observado esse verdadeiro pressuposto, e não um requisito, a “questão constitucional” seria um nada jurídico, pois irrelevante na resolução do mérito da causa. Não possuindo relevância na causa prejudicada, em nenhuma outra influenciará, visto que deve integrar a motivação da sentença da demanda prejudicada.

A constância da declaração da inconstitucionalidade do ato normativo na motivação da decisão indica um grande diferencial do controle difuso incidente para o concentrado principal. Somente é possível argüir a inconstitucionalidade se esta compuser unicamente uma causa de pedir, logo, não incidindo coisa julgada, pois unicamente a parte dispositiva de uma sentença transmuta-se em coisa julgada material. Se constar a declaração de inconstitucionalidade no pedido, este será nulo, por ofensa direta à Constituição, devendo ser desde logo extinto o processo sem resolução do mérito, por carência de ação, haja vista a impossibilidade jurídica do pedido.

Por conseguinte, em sede de ação civil pública ou ação civil coletiva, o ato normativo submetido ao juízo acerca da constitucionalidade poderá ser reapreciado na motivação de outra demanda coletiva, pois não constitui pedido, logo, não compõe a parte dispositiva da sentença. Somente o dispositivo terá eficácia *erga omnes* e fará coisa julgada material, sendo alcançado, portanto, pela imutabilidade.

Diante deste cenário, inevitável é a conclusão alcançada neste trabalho, pois, muito mais do que possível, torna-se essencial a preservação da competência funcional horizontal do juiz da causa para o exercício do controle difuso incidental no bojo das ações civis públicas *lato sensu*. Se assim não fosse, haveria a esdrúxula situação de, em ação civil pública, o juiz competente estar desprovido de meios de não aplicar a norma inconstitucional. Como a Constituição é fundamento de validade de todos os demais atos normativos do ordenamento jurídico, estaria esta sistemática irremediavelmente subvertida, pois a criatura submeteria seu criador.

Parece que sobre esse ponto há inarredável certeza quanto ao controle difuso incidente nas ações coletivas *lato sensu*. A grande problemática recai sobre os limites e condições das possibilidades de sua utilização, haja vista a provocação de situações teratológicas à sistemática constitucional pelo manuseio desvirtuado. Assim ocorre quando, em vez de constar unicamente na *causae petendi*, a declaração de inconstitucionalidade é camuflada no pedido da demanda coletiva, culminado em julgamento *principaliter tantum*, como ocorre nas ações diretas. Essa patologia pode se agravar ainda mais, se não houver vinculação da questão constitucional à solução da demanda concreta, pois estaria ainda mais moldado ao processo abstrato.

Conclui-se que essa atuação artilosa é apta a ocorrer em ação civil pública e ação civil coletiva em matéria institucional, pois, em situação de normalidade, praticamente todos os destinatários da norma poderiam vir a não sofrer sua incidência na demanda em que a houver a declaração de inconstitucionalidade na motivação da sentença. Se essa declaração,

mesmo que dissimuladamente, adentrar o pedido, mais do que ser afastada do caso concreto, a norma impugnada não poderia mais ser aplicada a nenhuma demanda futura para todos os substituídos processuais. Conclui-se que, por vias transversas, teria alcançado efeitos similares ao de uma ADI, o que não é viável.

A conclusão inevitável é que, nesses casos dissimulados, por óbvio, mais do que inaceitável o simulado controle difuso incidente, seria inadmissível a própria demanda coletiva. Em verdade, não faria nem sentido em se cogitar a existência do procedimento da ação civil pública ou ação civil coletiva. O que há é um procedimento completamente inconstitucional que pretende dissimular um processo objetivo, com fins de não submissão às imposições constitucionais das ações diretas, como o rol de legitimados e a competência exclusiva do STF ou dos Tribunais de Justiça, por exemplo.

Em função das dificuldades práticas de identificação dessas situações escamoteadoras no mundo do ser, deve ser tomado como marco distintivo os tipos de provimentos jurisdicionais pedidos. Se for condenatório, consistente em obrigação de dar ou pagar quantia, ou constitutivo, indubitavelmente, pode-se admitir a arguição incidental da inconstitucionalidade sob o argumento que sob a sentença não emanarão determinações gerais que extravasem o âmbito da demanda, mas apenas a decisão *in concreto* em relação ao réu.

Situação é diversa quando o provimento é condenatório mandamental, expresso em obrigação de fazer ou não fazer, pois são estes o sujeitos à prática da dissimulação. Havendo pedido de provimento mandamental de fazer, fundamentado em omissão inconstitucional, em face do Estado, cujo objeto seja a prática de medida administrativa necessária a tornar efetiva uma norma constitucional, bastante evidente que há dissimulação de um verdadeiro processo objetivo omissivo.

Por óbvio, a conclusão é pela impossibilidade desta prática, pois haveria implícito no pedido o pleito da declaração da inconstitucionalidade da omissão estatal. Por conseguinte, certamente, o instrumento adequado seria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na modalidade prevista na parte final do art. 103, §, 2º.

Igualmente patológico é o provimento mandamental de não fazer, constando formalmente fundamento de inconstitucionalidade, se a obrigação de não fazer obstar pressuposto objetivo da eficácia da norma. Na prática, esta será expurgada do ordenamento jurídico por meios inconstitucionais. Por isso, nestes casos, a conclusão deste trabalho aponta para inidoneidade dessa dissimulação da declaração da inconstitucionalidade por ação no dispositivo de eventual sentença em ação civil pública *lato sensu*.

Esta sentença que decide a controvérsia, com fundamento na inconstitucionalidade, irradiaria efeitos subjetivos expandidos, não só do dispositivo, mas do próprio juízo de inconstitucionalidade, este mero fundamento aparentemente. O resultado evidente dessa patologia é a obstrução da produção de efeitos futuros da norma impugnada para demais demandas, o que é incompatível com a proposta do controle incidental difuso.

Por fim, dentre os meios de controle de constitucionalidade que partem do caso concreto, analisada a problemática do controle difuso, restou ainda breve conclusão sobre o controle concentrado incidente via ADPF incidental. Parece que a cisão funcional vertical ao STF, que este instrumento proporciona, possibilitará maior celeridade e segurança jurídica na resolução das questões constitucionais, evitando a ocorrência de decisões conflitantes, devido ao efeito vinculante da ADPF. Ademais, implicará à sistemática mista brasileira de controle de constitucionalidade, composta pelo controle difuso e pelo concentrado, interligação mais harmônica, como um amálgama de possibilidades para maior efetividade do sistema de controle de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas**. In: MIRALÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 241-272;
- ALVIM, Arruda. **A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. In *Ação Civil Pública: Lei 7347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. Coordenador Édís Miralé. São Paulo: Editora. RT, 1995;
- BARROSO, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana**. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8, p. 34-55, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26860>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2011;
- \_\_\_\_\_. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009;
- \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;
- BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. **A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. In: Miralé, Édís (coord.). *Ação civil pública: lei 7347/85 – Reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação*, São Paulo: RT, 1995, p. 71-151;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007;
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, Brasília, 5 de outubro de 1988; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;
- BRASIL. **LEI Nº 12.016, DE 07 DE AGOSTO DE 2009**. Mensagem de veto Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências Brasília, 7 de agosto de 2009. Publicado no DOU de 10.8.2009; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;
- BRASIL. **LEI Nº 11.418, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 19 de dezembro de 2006. Publicado no DOU de 20.12.2006; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;
- BRASIL. **LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003. Publicado no D.O.U. de 3.10.2003; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;
- BRASIL. **LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 3 de dezembro de 1999. Publicado no D.O.U. de 6.12.1999; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;
- BRASIL. **LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 de novembro de 1999.



Publicado no DOU de 11.11.1999; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;

**BRASIL. LEI Nº 9.494, DE 10 DE SETEMBRO DE 1997.** Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, 10 de setembro, de 1997. Publicado no D.O.U. de 24.12.1997; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;

**BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Brasília, 11 de setembro de 1990. Publicado no D.O.U. de 12.9.1990 - (Edição extra) e retificado no DOU de 10.1.2007; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;

**BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 de julho de 1990. Publicado no D.O.U. de 16.7.1990 e retificado no DOU de 27.9.1990; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;

**BRASIL. LEI Nº 7.913, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1989.** Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Brasília, 7 de dezembro de 1989; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;

**BRASIL. LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1985. Publicado no D.O.U. de 25.7.1985; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;;

**BRASIL. LEI Nº 6.513, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1977.** Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Brasília, em 20 de dezembro de 1977. Publicado no DOU de 22.12.1977; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 3 de março de 2011;

**BRASIL. LEI Nº 6.014 - DE 27 DE DEZEMBRO DE 1973 (Revogado).** Adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona. Brasília, 27 de dezembro de 1973. Publicado no D.O.U. de 27.12.1973; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 11 de março de 2011;

**BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília/DF, Brasília 11 de janeiro de 1973. Publicado no D.O.U. de 17.1.1973; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 8 de março de 2011;

**BRASIL. LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965.** Regula a Ação popular. Brasília. Brasília, 29 de junho de 1965. Publicado no DOU de 5.7.1965 e republicado no DOU de 8.4.1974; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de março de 2011;

**BRASIL. STF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 732104/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento: 03/05/2011, publicado no DJe em 17/05/2011.** Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 4 de junho de 2011;

**BRASIL. STF. Reclamação 10.500/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18/10/2010, publicado no DJe de 26/10/2010.** Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 4 de junho de 2011;

**BRASIL. STF. Agravo Regimental na Reclamação 1897/AC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 18/08/2010, publicado no DJe em 01/02/2011, p. 000039).** Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 5 de junho de 2011;

- BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 472489/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 29/04/2008, publicado no DJe em 29/08/2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: Acesso em 6 de junho de 2011;
- BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 559985/DF. Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgamento: 04/12/2007, publicado no DJe em 01/02/2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: Acesso em 6 de junho de 2011;
- BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 424993/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 12/09/2007, publicado no DJe em 19/10/2007, p. 000547. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 6 de junho de 2011;
- BRASIL. STF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 375. 011/RS. Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 05/10/2004, publicado no DJe em 28/10/2004. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: Acesso em 6 de junho de 2011;
- BRASIL. STF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 189.601/GO. Primeira Turma. Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 26/08/1997, DJU de 03/10/97. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: Acesso em 5 de junho de 2011;
- BRASIL. STF. Reclamação 383/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21/05/93. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 5 de junho de 2011;
- BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial 1106972/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento: 23/06/2009, publicado no DJe em 06/08/2009). Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 6 de junho de 2011;.
- BRASIL. STJ. Recurso Especial 760.034/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento: 05/03/2009, publicado no DJe em 18/03/2009). Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 3 de junho de 2011;
- BRASIL. STJ. Recurso Especial 828.106/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento: 02/05/2006, publicado no DJe em 15/05/2009. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 4 de junho de 2011;
- BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso especial 401955/DF. Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado. Julgamento em 23/04/2002, publicado no DJU em 27/05/2002. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 6 de junho de 2011;
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública. Comentários por artigo (Lei 7.347/85, de 24/7/85)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;
- \_\_\_\_\_. **Ação civil pública e inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo**. Revista do ministério Público, nº 12, PP. Jul./dez. 2000;
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3202>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2011;
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol.1, 13ª edição - Salvador: Editora Podivm, 2011
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol.2, 6ª edição - Salvador: Editora Podivm, 2011;
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol.3, 8ª edição - Salvador: Editora Podivm, 2010;
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol.4 - Salvador: Editora Podivm, 2008;

- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual**. Vol. I, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009;
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual**. Vol. II, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009;
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual**. Vol. III, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009;
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual**. Vol. IV, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009;
- FURLAN, Alessandra Cristina. **O instituto da coisa julgada nas ações coletivas**. Unopar científica : ciências jurídicas e empresariais, Londrina, v.3, n. 1, p. 25-31, mar. 2002. Disponível em: [www13.unopar.br/unopar/pesquisa/getArtigo.action?arquivo=00000404](http://www13.unopar.br/unopar/pesquisa/getArtigo.action?arquivo=00000404) Acesso em: 15 de janeiro de 2011;
- GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor**. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 162, abr/1991;
- \_\_\_\_\_. **O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas**. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXVI, Dez. 2006, nº 89;
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003;
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011;
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Processo Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985;
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública** - 11ª edição. São Paulo: RT, 2009;
- \_\_\_\_\_. **Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do Código de defesa do consumidor e ação popular**. *Justitia*, São Paulo, v. 54, n. 160, p. 181-203, out./dez. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23374>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2011;
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos**. *Justitia*, São Paulo, v. 54, n. 157, p. 41-54, jan./mar. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23377>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2011;
- \_\_\_\_\_. **Questões polêmicas sobre a ação civil pública**. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, v. 1, n. 1, pp. 53-67 abr. 2006;
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 35ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009;
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade: Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**, In: *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*, Coord. Arnoldo Wald. Saraiva, 2ª ed., 2007, pp. 151-165
- \_\_\_\_\_. **A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei**. *Revista de informação legislativa*, v.32, nº 126, p. 87-102,

abr./jun. de 1995 <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176316>> Acesso em: 15 de janeiro de 2011;

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 3ª edição, rev. e ampliada, 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva: 2007;

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

\_\_\_\_\_. **Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Data de publicação: Jan-1994. Revista de informação legislativa, v.31, nº 121, p. 185-188, jan./mar. de 1994 <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176231>> Acesso em: 15 de janeiro de 2011;

\_\_\_\_\_. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004 <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>> Acesso em: 15 de janeiro de 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2008;

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 4ª edição, rev. e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2008;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Teoria da constituição.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol.5, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

\_\_\_\_\_. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada.**

**Ajuris:** Porto Alegre, v. 28, jul/1983.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 11ª ed. São Paulo: RT. 2010;

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade.** *Revista dialética de direito processual*, n. 55, pp. 51-68, out. 2007;

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

SCHÄFER, Gilberto. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª edição São Paulo: Malheiros, 2009;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008;

TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. **Class action e mandado de segurança coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990;

ZAVASCKI, Teori. Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.** 1ª edição. São Paulo: RT, 2001;

\_\_\_\_\_. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

WALD, Arnaldo. **A recente evolução da ação civil pública: usos e abusos; análise de sua patológica.** Data de publicação: Jul-1994. Revista de informação legislativa, v.31, nº 123, p. 85-98, jul./set. de 1994. <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176252>> Acesso em: 15 de janeiro de 2011;

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil.** São Paulo: RT, 2005.