

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN CLASS ACTIONS

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC/SP. Professor do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

SUMÁRIO: 1. Ponderações propedêuticas – 2. Do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos: 2.1. Surgimento no mundo; 2.2. Compreensão do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade a partir de uma retrospectiva histórica; 2.3. Sistema atual da jurisdição constitucional no Brasil; 2.4. O poder dos juízes no modelo difuso – 3. Surgimento da tutela dos direitos metaindividuais: 3.1. Tutela dos direitos metaindividuais no Brasil: 3.1.1. Do pedido; 3.1.2. Caráter concreto das ações coletivas; 3.1.3. Dos efeitos da decisão e da coisa julgada; 3.1.4. Ação coletiva ou abstrata? Considerações finais – 4. Objeções à defesa de interesses metaindividuais: o problema do controle de constitucionalidade: 4.1. Declaração prejudicial de inconstitucionalidade em sede de ação coletiva e seus efeitos *erga omnes*; 4.2. Sobreposição de instâncias e possível litispendência – 5. Posição adotada: possibilidade de controle concreto-difuso da constitucionalidade em ações coletivas: 5.1. Posição do STF: nega que haja usurpação de sua competência; 5.2. Implicações constitucional-sistêmicas; 5.3. Considerações complementares e incongruências do modelo restritivista – 6. Eficácia *ex tunc* da decisão incidental de inconstitucionalidade em ações coletivas – 7. Conclusões – 8. Bibliografia.

RESUMO: O surgimento do controle judicial de constitucionalidade ocorreu em 1803, com a sua implementação de maneira difusa nos E.U.A.. Agrega-se, posteriormente, a esse sistema, um novo modelo paradigmático, implementado pela Áustria, em 1920, o denominado controle abstrato-concentrado. A tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*), contudo, é ainda mais recente. Sua origem está atrelada às idéias reveladoras de MAURO CAPPELLETTI e, no Brasil, apenas em 1985, com a Lei da Ação Civil Pública é que se pôde falar, efetivamente, de uma tutela abrangente dos direitos coletivos, devendo-se ressaltar que seu campo de abrangência se viu ampliado pela edição do Código de Defesa do Consumidor. Uma das principais características diferenciadoras da tutela desses direitos em relação à tradicional tutela individual encontra-se nos efeitos da decisão final. Realmente, no caso de procedência da tutela pleiteada, a decisão faz coisa julgada *erga omnes*.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade, ações coletivas, direitos metaindividuais, competência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Judicial control of constitutionality arose back in 1803, with its diffuse implementation in the United States. This system was later supplemented by a new paradigmatic model implemented by Austria in 1920, the so-called abstract, concentrated control. Protection of collective rights (in a broad sense), however, is even more recent. Its origin is linked to the novel ideas of MAURO CAPPELLETTI and, in Brazil, not until 1985, with the Public Civil Action Act, has there been effective and extensive protection of collective rights, which protection was further expanded by the enactment of the Consumer Defense Code. One of the main distinguishing characteristics of the protection of these rights in relation to the traditional individual protection is found in the effects of the final decision. If the protection claimed is granted, the decision truly establishes *res judicata* in all cases.

KEY WORDS: Control of constitutionality, class actions, meta-individual rights, jurisdiction of the Federal Supreme Court.

1. Ponderações propedêuticas

O tema que se propõe aqui é extremamente *complexo*. Envolve domínio de institutos pertencentes a mais de um dos diversos setores em que se repartiram, na atualidade, o estudo e desenvolvimento do Direito. Não se pode enfrentá-lo com argumentos reducionistas ou simplistas, que comumente surgem em alguns estudos mais superficiais ou com propostas setorializadas, incapazes de apreender o Direito em sua unidade.

Sublinhe-se, ademais, que a temática é extremamente recente e assume contornos especiais no modelo jurídico brasileiro.

Assim é que o tema proposto implica na *recapitulação* da matéria atinente ao *controle da constitucionalidade*, para se fixarem algumas idéias fundamentais já assentadas nessa seara, que servirão às conclusões finais quanto à ação civil pública e, em geral, às ações coletivas.

Por isso, inicialmente, proceder-se-á a uma sintética retrospectiva histórica do controle de constitucionalidade, tanto no mundo – demonstrando seu surgimento

muito anteriormente ao da tutela dos direitos metaindividuais – como no Brasil – demonstrando a prevalência do modelo especificamente difuso.

No momento seguinte, serão analisados alguns elementos específicos referentes às ações coletivas, a saber, quanto ao seu pedido e quanto aos efeitos da decisão final. Inevitável, neste passo, proceder à comparação ilustrativa das semelhanças e dessemelhanças entre as ações de controle da constitucionalidade e as ações coletivas, no que se incluem as respectivas decisões e seus efeitos jurídicos.

Passa-se, então, à caracterização da polêmica acerca do controle de constitucionalidade por via das ações coletivas, indicando as objeções comumente apontadas pela doutrina.

Ao longo do estudo, propõe-se a realização do levantamento da posição assumida pelo STF no particular, tendo em vista a suposta (e aparente) vinculação do tema com competências constitucionais atribuídas exclusivamente a essa Corte.

Por fim, serão apresentadas algumas ponderações conclusivas sobre o tema

proposto, ressaltando os pontos positivos na admissibilidade do controle difuso da constitucionalidade em sede de ações coletivas.

2. Do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos

2.1. Surgimento no mundo

Como se sabe, é em 1803 que surge, pela primeira vez na história do Direito, o controle dos atos advindos do Legislativo pelo Judiciário, em particular, por uma Corte Constitucional. Trata-se da célebre decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, proferida pela Supreme Court dos EUA, sendo de destacar a figura do *justice Marshall*.¹ Inaugura-se, assim, o controle judicial da legitimidade constitucional das leis, com a prolação de sentença de nulidade no caso de chegar-se, ao final, a um juízo negativo daquela legitimidade.

De outra parte, apenas em 1920 é que surge o modelo dito de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade. Trata-se de sistema que vem implementado, pela primeira vez, na Constituição da Áustria, daquela data, por obra e empenho de Hans Kelsen.² Não se ignora, porém, que tal previsão era mais restrita do que aquela atualmente adotada na maioria dos países, já que se encontrava limitada a deflagração do controle ao governo federal, quanto às normas do *Länder*, e aos governos regionais, quanto às normas da federação.³

Com base nesses dois modelos alinhavados muito sinteticamente acima, distingue-se, comumente, na doutrina, entre controle abstrato e controle concreto.⁴

O controle da constitucionalidade será *concreto* quando, exercido durante um determinado processo jurisdicional, objetive-se, com ele, a resolução de algum ponto de Direito para a solução de uma controvérsia intersubjetiva. A questão constitu-

cional, contudo, deve ser solucionada apenas de maneira incidental, secundária, paralela (à questão principal da lide).

O controle pode ser, ainda, *abstrato*, quando independe da existência de um caso concreto. É, por vezes, impropriamente chamado também de controle por via direta ou, ainda, por via concentrada.⁵

É importante assinalar, para os propósitos deste trabalho, que o controle dito incidental ou concreto não surge apenas por *via de defesa*. Pode ser provocado o referido controle tanto pelo próprio autor da demanda, em sua petição inicial, como pelo réu, em sua defesa. Daí a impropriedade em denominá-lo controle por *via de defesa*. Na realidade, trata-se de controle por *via incidental*, porque não diretamente apresentado como o objetivo principal da demanda proposta. Dentro desta, trata-se de um deslinde que só se buscará se imprescindível para alcançar-se a justa solução para o caso concreto.

Por fim, há outra classificação importante para o presente estudo. É que o controle pode ser exercido por um único órgão, caso em que se denomina controle *concentrado*, ou por diversos órgãos, caso em que se denomina *difuso*. Este último é o modelo norte-americano e o primeiro é o modelo europeu.

No Brasil, o controle concreto da constitucionalidade é realizado de maneira difusa⁶ e o controle abstrato só pode ser exercido pelo STF, sendo, portanto, concentrado. Em suma, no Brasil, o controle é tanto concreto-difuso como abstrato-concentrado.

2.2. Compreensão do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade a partir de uma retrospectiva histórica

A história constitucional brasileira, que teve início mais sensível com a Constitui-

ção do Império, datada de 1824, não conheceu, em sua origem, qualquer controle judicial da constitucionalidade. Aliás, consoante o art. 15, n. 8.º, daquela Carta Constitucional, restou expresso que seria atribuição do Poder Legislativo, representado pela Assembléia Geral, “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e, ainda, “Velar na guarda da Constituição (...)” (n. 9.º).

Havia, naquela época, é certo, o Supremo Tribunal de Justiça, composto pelos Conselheiros (art. 163). Mas, ao lado dos (tradicional) poderes, havia, ainda, o denominado *Poder Moderador*, cuja direção era atribuída ao próprio Imperador. Assim, além do referido art. 15, também este quarto poder revelava uma nítida impossibilidade de permitir ao Judiciário exercer qualquer controle sobre os atos emanados do legislador.

Considere-se, ainda, que a Constituição de 1824 continha preceito bastante peculiar, já que instituía uma rigidez apenas para determinadas normas constitucionais. Consoante o art. 178 consideravam-se constitucionais apenas os limites e atribuições dos poderes políticos e direitos dos cidadãos.

A partir do Decreto 1, de 1889, denominado *Constituição provisória*, e mais especificamente com o Decreto 510, de 1890, passou a ser prevista a competência do STF para exercer o controle da constitucionalidade, nos seguintes termos: “quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis”.

Na Constituição de 1934 foram implantadas algumas novidades no sistema de controle da constitucionalidade. Algumas delas, contudo, lamentavelmente, persistem até os dias de hoje.⁷

Em primeiro lugar, é preciso sublinhar que tal Constituição estabeleceu o denominado “*quorum* especial” para a declaração, pelos Tribunais, da inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Pelo art. 179 daquela Constituição ficou criada regra que permanece até hoje, qual seja a exigência da maioria absoluta, vale dizer, da totalidade dos membros dos tribunais, para que se reconheça a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

De outra parte, a mesma Constituição passou a prever a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato, quando for declarada a sua inconstitucionalidade. Vinha estabelecido no art. 91 que, contudo, continha grande imprecisão, já que não havia referência sobre qual decisão do Judiciário o Senado poderia embasar sua decisão de proceder à suspensão da lei. Tratava-se, contudo, de solução engenhosa, encontrada para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em um caso concreto, sem se instaurar qualquer atrito entre os poderes e sem se permitir a continuidade da existência de leis inconstitucionais dentro do sistema pátrio. À época, portanto, em que não se vislumbrava atribuir poderes com essa extensão ao Supremo Tribunal, a norma era aceitável.

Por fim, como terceira novidade, ainda dentro da Constituição de 1934, foi prevista a ação direta interventiva, cuja análise extravasa dos limites propostos pelo presente estudo.

A Carta de 1937, em seu art. 96, manteve a previsão encartada na Constituição anterior, acerca da necessidade de manifestação da maioria absoluta dos membros do tribunal sobre a inconstitucionalidade.

Na Emenda 16, de 1965, à Constituição de 1946, foi introduzida, no ordenamento

pátrio, a representação de inconstitucionalidade, objetivando a inaplicação da lei. O Procurador-Geral da República, único legitimado para intentar a ação, era considerado substituto processual de toda a coletividade, diferentemente da representação interventiva, na qual era titular a União, figurando no pólo passivo o Estado-membro, ficando latente, pois, tratar-se de ação concreta (caso concreto de determinado Estado-membro e seu particular interesse no desfecho do processo).

Com a Emenda Constitucional 7, de 1977, apresentada à Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 1969, passou a ser possível propor a representação com o intuito de obter a interpretação de lei ou do ato normativo, federal ou estadual. O art. 119, inc. I, alínea I, tratava da competência do STF para: “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou *interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual*”.

Foi também a partir desta emenda que passa a haver uma referência expressa ao órgão especial dos Tribunais de Justiça do Estados, com atribuições do Tribunal Pleno, para fins de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei, observado o *quorum* especial, já mencionado desde 1934.

O modelo, portanto, nasceu apenas com o controle concreto-difuso da constitucionalidade, exercitável por todos os magistrados em processos nos quais a questão constitucional se apresentasse como uma preliminar para a solução final da lide.

Foi apenas em 1965 que, com a representação (ou seja, ação direta) de inconstitucionalidade, se introduz no Brasil a possibilidade de um controle abstrato-concentrado, sem abandonar o modelo anterior.

2.3. Sistema atual da jurisdição constitucional no Brasil

Com o advento da Constituição Federal de 1988, formou-se um complexo sistema de controle da constitucionalidade no Brasil. Manteve-se a ação direta de inconstitucionalidade (no controle concentrado), bem como a ação direta de inconstitucionalidade (representação) interventiva, sem abandonar a já tradicional *fiscalização difusa da constitucionalidade*, realizada por todos os juízes em todos os graus jurisdicionais e tipos de processos.

No controle difuso realizado pelo STF, a sua decisão desconhece a eficácia *erga omnes*, necessitando de “complementação” do Senado Federal para alcançá-la, consoante a competência que lhe é atribuída no art. 52, X, da CF (reminiscência da Constituição de 1934) para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Mas a Constituição de 1988 inovou, trazendo a previsão de uma ação direta de inconstitucionalidade *por omissão*, bem como o que denominou de “arguição de descumprimento de preceito fundamental” – ADPF, instrumento para o qual não forneceu senão os contornos mais genéricos.

Com a Emenda Constitucional 3, de 1993, introduziu-se mais uma novidade, a saber, a denominada “ação declaratória de constitucionalidade”, à qual foram atribuídos efeito *erga omnes* e eficácia vinculante.

Muitos autores, diante desse panorama, passaram a vislumbrar que o sistema brasileiro caminha para o controle concentrado da constitucionalidade das leis, sem que isso implique no aniquilamento do controle difuso já existente desde longa data.⁸

2.4. O poder dos juízes no modelo difuso

No modelo difuso de constitucionalidade, portanto, permite-se a qualquer magistrado, em qualquer grau de jurisdição, realizar o controle de constitucionalidade das leis e, a seu critério, deixar de aplicar uma lei vigente, sob o argumento de que a mesma é incompatível com a Constituição.

Não é necessário grande esforço, portanto, para concluir que nessa sistemática os magistrados gozam de grande poder. Especialmente considerando-se que, para anular uma lei com base na sua incompatibilidade com a Constituição, é necessário, preliminarmente, interpretar esta última.⁹

Certamente, uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo é permitir que um órgão constituído por elementos não eleitos democraticamente possa invalidar as decisões assumidas pelos representantes do povo, por este escolhidos direta e democraticamente. De qualquer sorte, esse é o sistema implantado pela Constituição brasileira e por inúmeras outras. Há, no mínimo, uma legitimidade constitucional que, em última instância (indiretamente, pois) não deixa de ser uma legitimidade democrática da função desses magistrados.¹⁰

É, pois, necessário fixar esta idéia, já que, teoricamente, muito mais preocupante é a possibilidade de um único magistrado nulificar a obra resultante da vontade de inúmeros representantes do povo reunidos, do que a possibilidade de que suas decisões tenham eficácia geral.¹¹

3. Surgimento da tutela dos direitos metaindividuais

Iniciou-se apenas em 1974 – portanto décadas após o surgimento do segundo

modelo de controle da constitucionalidade e mais de um século após o surgimento do primeiro –, com a tese pioneira de Mauro Cappelletti,¹² a crítica à tradicional dicotomia entre *interesse público* e *interesse privado*, surgindo uma categoria “intermediária” de interesses metaindividuais, coletivos, para os quais, em momento posterior ao seu reconhecimento, são instituídas ações próprias à sua tutela.

Na aguda observação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os direitos fragmentados ou coletivos, tal como os direitos do consumidor, apresentam um problema crucial, que é a razão de sua natureza difusa: “é que ninguém tem o direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.¹³

Com a legitimação conferida à sociedade civil organizada, este problema passa a ser, ao menos, amenizado, permitindo-se, assim, que grupos de pessoas ou pessoas jurídicas, ou mesmo instituições públicas, como o Ministério Público, possam promover a defesa específica desses direitos que aproveitaram a uma gama ampla de indivíduos.

3.1. Tutela dos direitos metaindividuais no Brasil

Com o surgimento da Lei 7.347, no ano de 1985, a ação civil pública passa a ser o mecanismo adequado para controle do respeito aos direitos coletivos em sentido amplo.

Como bem lembra Hugo Nigro Mazzilli: “Nessa época que antecedeu a legislação sobre a ação civil pública (Lei n. 7.347/85), tentou-se, por meio de construção doutrinária e jurisprudencial, alargar as hipóteses de legitimação extraordinária. Sustentou-se que sindicatos e associações

civis poderiam defender em juízo interesses da respectiva coletividade que as constituía (o que hoje acabou sendo reconhecido na Constituição de 1988, cf. arts. 5.º, XXI, e 8.º, III). Foram, porém, soluções excepcionais e apenas paliativas”.¹⁴

Não se deve olvidar, por fim, a proteção dos direitos difusos e coletivos promovida pela própria Constituição de 1988, que em inúmeras passagens e institutos impõe ao Estado, sob as mais diversas formas, a defesa ampla dos direitos coletivos e difusos.¹⁵ Nesse sentido, conclui Newton De Lucca: “Como se percebe, não apenas o Código de Defesa do Consumidor tem base constitucional (art. 48 do ADCT, *supra*) como, mais amplamente, todo o princípio da proteção acha-se constitucionalmente assegurado”.¹⁶

3.1.1. Do pedido

Em seu surgimento, a ação civil pública apenas admitia *pedido ressarcitório ou cominatório* (arts. 1.º e 11). Atualmente, por força do art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o art. 21 à Lei da Ação Civil Pública, o sistema processual do Código, vale dizer, seu Título III, aplica-se integralmente à ação civil pública.

Segundo dispõe o art. 83 deste *Codex*, as ações coletivas podem ser de variadas espécies, o que engloba, portanto, ações condenatórias, cominatórias, cautelares, desconstitutivas, mandamentais e, inclusive, declaratórias. Referidas ações, portanto, comportam *todos os pedidos possíveis*.

Podem ser coletivas, ainda, as seguintes ações constitucionais específicas: mandado de segurança, ação popular, dentre outras. Incluem-se, por fim, as ações cautelares, consoante dispõe o § 5.º do art. 84 e art. 5.º da Lei da Ação Civil Pública.

Para Nelson Nery, a pedra de toque do método classificatório das ações em coleti-

vas ou não “é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”, pois, “da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas coletivas e individuais”.¹⁷

De outra parte, poder-se-ia sustentar que a defesa do consumidor e do meio ambiente, exigida que é constitucionalmente, só poderia efetivar-se com a amplitude de instrumentais reconhecidos com o CDC, de maneira que eventual falta de previsão expressa e específica, ou mesmo a previsão restritiva (como a da LACP em sua origem), não poderia impedir o Judiciário de receber as ações necessárias à promoção dessa tutela específica. Quando a Constituição dá o fim (tutela de direitos coletivos), ela reconhece e legitima os meios necessários para alcançá-lo (ações adequadas).

É comum que, no caso da sustentação e reconhecimento de inconstitucionalidade no seio de uma ação coletiva, o pedido seja a condenação em obrigação de fazer ou de não fazer, justamente como decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo.

Evidentemente que na ação coletiva o pedido jamais poderá ser pela declaração de inconstitucionalidade. Esta, a inconstitucionalidade, encontra-se nos fundamentos, na causa de pedir, da ação.

Sendo assim, a questão da inconstitucionalidade é prejudicial, a ser decidida incidentalmente. Rege a hipótese a regulamentação processual comum, não surgindo a coisa julgada relativamente à “questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo” (art. 469, III, do CPC).

3.1.2. Caráter concreto das ações coletivas

Argumenta-se, na sustentação da impossibilidade do uso das ações coletivas, que

só se admite o controle difuso quando houver um caso concreto a ser dirimido judicialmente. E se presume que em certas ações coletivas não há qualquer interesse concreto a ser solucionado. Entende-se que na ação civil pública há apenas um interesse genérico, amplo, público, a ser defendido, e não um interesse concreto. É incisivo nesse particular Gilmar Ferreira Mendes, anotando que “a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público”.¹⁸ E, ainda: “Não se trataria de discussão sobre a aplicação de lei a *caso concreto*, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma”.¹⁹

Assim, trilhando essa idéia, apenas nas ações coletivas que tutelassem direitos individuais homogêneos é que estaria autorizada a declaração de inconstitucionalidade incidental, já que a decisão, em tais circunstâncias, apenas alcança um grupo determinado de maneira precisa.²⁰

É importante frisar, portanto, que as ações, por serem coletivas, não perdem a natureza de ações concretas, vale dizer, referentes a situações fáticas identificadas ou identificáveis, rebatendo as críticas levantadas por parcela da doutrina.

Não se trata de ações que pretendam a discussão apenas em tese de normas jurídicas, ainda quando há referência à inconstitucionalidade (de forma prejudicial).

É possível confirmar o acerto da assertiva pela verificação do pedido. Realmente,

no sistema jurídico pátrio, é por meio do pedido realizado em cada petição apresentada ao Judiciário que se pode verificar, em havendo questão constitucional envolvida, se a ação é abstrata ou concreta, vale dizer, preocupada apenas com o Direito objetivo ou, ao contrário, se se trata de fazer prevalecerem direitos subjetivos. Ora, o que revela ser um processo objetivo, sem partes, independente de casos concretos, é o pedido. Veda-se, sim, o pedido abstrato de declaração de inconstitucionalidade.

Na Reclamação 434-SP, julgada em 10 de dezembro de 1993, sendo relator o Min. Francisco Rezek, foi reclamante o Procurador-Geral da República e reclamados os juízes das 2.^a e 3.^a varas da Fazenda Pública de São Paulo, em ação civil pública proposta por Penha Cinematográfica Ltda. e outras vinte e sete empresas e pelo sindicato das empresas cinematográficas de São Paulo. O STF reconheceu, em tribunal pleno, tratar-se de ação civil pública que objetivava declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 7.844/92, do Estado de São Paulo. Com isso, declarou a nulidade *ab initio* das ações, determinando seu arquivamento. Configurava-se, em tal hipótese, como se nota, verdadeira ação abstrata, cujo próprio pedido vinha a ser o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação atacada. Ora, com isso, transfiguravam-se os contornos precisos e constitucionais da ação civil pública, violando-a em sua natureza de ação concreta, destinada a tutelar posições subjetivas coletivas.

Da mesma forma, e com retidão técnica, pronunciou-se o STF no Agravo 189601/GO, julgado em 26 de agosto de 1997. Ali, deixou claro o Tribunal que “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”. Com este precedente, o STF estabeleceu, de maneira cabal, a distinção, para fins de cabimento da ação civil pública em tema de controle de constitucionalidade: o pedido.

Por fim, na Reclamação 1.519-0, contra o trâmite de ação civil pública na seção judiciária do Estado do Ceará, que objetivava a invalidação dos atos de enquadramento dos censores federais nos cargos de delegado da polícia federal e perito criminal federal, admitiu-se que a ação, no caso, era verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, concedendo-se a liminar para suspendê-la.

Nesse sentido é que se pode adotar a lição de Arruda Alvim: “A ação civil pública, em que não se define um litígio concreto, com os elementos essenciais de um litígio (fatos concretamente acontecidos, atribuídos ou relacionados com o réu ou os réus), senão onde se objetive fundamentalmente só a declaração de inconstitucionalidade, não pode comportar um tal pedido, ainda que de *incidenter tantum* venha nominado”.²¹

Em síntese, em nada importará o *nomen iuris* “ação civil pública” se, em realidade, pretende-se encobrir ou escamotear uma ação de controle abstrato da constitucionalidade, o que se revela no respectivo pedido, quando este circunscreve-se ao reconhecimento da ilegitimidade constitucional de ato normativo impugnado. Ação coletiva, em realidade, será apenas aquela cuja tutela, apresentando-se como concreta, objetive assegurar direitos de índole e pela forma coletiva.

Portanto, não resta qualquer dúvida em rejeitar, veementemente, as ações coletivas e a ação civil pública em especial quando qualquer delas pretenda apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade de ato normativo. É que, com isso, transformar-

se-ia o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, que não contempla a possibilidade de controle abstrato-difuso da constitucionalidade, como visto anteriormente. Essa situação, contudo, não guarda semelhança nem deve ser confundida com outras, em que a declaração de inconstitucionalidade é apenas uma prejudicial do pedido principal (concreto).

3.1.3. Dos efeitos da decisão e da coisa julgada

A coisa julgada é instituto constitucional-processual destinado à preservação da estabilidade nas relações jurídicas.

A norma tradicional, quanto à coisa julgada, é aquela constante da primeira parte do art. 472 do CPC, consoante o qual “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Esta regra está fundamentada, basicamente, na necessidade de garantir o contraditório e a ampla defesa, direitos constitucionalmente preservados na ordem jurídica brasileira.

Vige, pois, como imperativo processual-constitucional, que a imutabilidade do julgado alcança apenas quem foi parte do processo, jamais os terceiros, ainda quando alcançados (reflexamente) pelos *efeitos práticos* da decisão.

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

benefício. Assim já ocorria, anteriormente, com a ação popular.

Determina a Lei 7.347/85, art. 16, primeira parte: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”. É certo que se pretendeu reduzir essa eficácia, com a Lei 9.494/97, que acrescentou “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Parte-se do pressuposto de que a regra é juridicamente impossível, inconstitucional e não revogou o disposto no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, sobre competência, que continua aplicável. O julgamento de procedência de ação civil pública (art. 103, § 3.º, do CDC) alcança a todos os interessados.

O suposto problema que se pretendeu suprimir com a mencionada alteração não é de competência, mas de limites subjetivos da decisão. Ora, esta, necessariamente, alcança todos aqueles que se ajustam ou se encontram sob sua hipótese. A analogia, que costuma ser feita, é com a decisão que decreta o divórcio, cujo “âmbito espacial” é certamente todo o território nacional. Ademais, a regra apenas exigiria que se propusessem inúmeras ações idênticas em todas as seções judiciárias do País, multiplicando o trabalho do Ministério Público e da magistratura, sem qualquer motivo razoável.

Consoante o § 1.º do art. 103 do CDC, a coisa julgada, quanto a direito metaindividual, quando negativa a decisão, impede apenas a renovação da ação coletiva, mas não impede eventual ação individual indenizatória baseada no mesmo fato indicado anteriormente na ação de índole coletiva.

3.1.4. Ação coletiva ou abstrata?

Considerações finais

O tratamento coletivo do *decisum* é decorrência da natureza coletiva do direito.

É uma resposta satisfatória que se engendrou para os conflitos de massa. O objetivo é evitar ou amenizar a necessidade de tutela fragmentária, com inúmeras ações idênticas sendo propostas. Tratar de saúde, de educação, de prestação da seguridade social, de proteção do consumidor, de meio ambiente, com alcance social, é tratar de direitos coletivos.

Caso se impeça o uso de ação coletiva quando esta tenha como preliminar uma questão constitucional, estar-se-á reduzindo indevidamente o campo constitucional dessa ação.

Ação coletiva não se confunde com as ações que promovem o controle abstrato da constitucionalidade, especialmente porque nestas últimas a preocupação exclusiva é com a tutela da ordem jurídica objetiva (em abstrato).

4. Objeções à defesa de interesses metaindividuais: o problema do controle de constitucionalidade

Basicamente, constata-se uma barreira de ordem política levantada contra a tutela dos interesses metaindividuais. Costuma-se objetar essa permissibilidade com o enfraquecimento do Estado, já que os interesses metaindividuais seriam lançados diretamente ao Judiciário, sem a interposição do órgão representativo do povo, que é o Legislativo,²² com o que aquele receberia função incompatível dentro de uma democracia.

Outra objeção, de ordem técnica, refere-se à declaração incidental de inconstitucionalidade como antecedente para a defesa de interesses metaindividuais em ações coletivas. Discute-se acerca da legitimidade da ação coletiva para reconhecer, ainda que em caráter incidental (preliminar de uma ação concreta),²³ a inconstitucionalidade de

qualquer ato normativo-abstrato, em face da existência da ação direta de inconstitucionalidade, de competência do STF.²⁴

Inúmeros são os argumentos apontados por parcela da doutrina brasileira para sustentar a impossibilidade de praticar controle da constitucionalidade, ainda que em caráter incidental ao pedido principal, no seio das ações coletivas, chegando a se falar de uma verdadeira “patologia”, sendo o “uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas, como outrora do *habeas corpus* (...) séria ameaça à ordem jurídica”, gerando um clima “nocivo ao desenvolvimento do país”.²⁵ Referindo-se, ainda, à suposta “multiplicação de proposituras de ação civil pública, pelo MP, que parece pretender transformar o importante instituto jurídico numa autêntica ‘panacéia geral para toda e qualquer situação’”.²⁶ Basta observar que não se conhece, até o momento presente, ação cuja propositura seja limitada a um número máximo, ou ação cujo ideal seja um uso discreto, quase imperceptível. Qualquer processualista concordará que a ação, sendo apenas um instrumento para a defesa do direito material, será proposta na medida da necessidade de preservá-lo ou reavê-lo.

4.1. Declaração prejudicial de inconstitucionalidade em sede de ação coletiva e seus efeitos erga omnes

Já que a decisão, na ação coletiva, conta com eficácia *erga omnes*, a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, alcançaria a mesma eficácia geral e irrestrita.²⁷ Nessas circunstâncias, fala-se que haveria usurpação de *competência*²⁸ originária exclusiva do STF (art. 102, I, a, c.c. art. 102, I, l), porque só o Tribunal Constitucional poderia reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos gerais.

Para Gilmar Ferreira Mendes, “(...) não se pode negar que a abrangência que se empresta – e que se há de emprestar à decisão proferida em ação civil pública – permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao STF.

“(...) tudo leva a se não recomendar o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública”.²⁹

Não é outro o entendimento de Arnaldo Wald, para quem “ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão-somente na área de competência do Juiz (...) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado e primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo Juiz, da função do STF”.³⁰

De acordo com esse entendimento “o controle difuso da inconstitucionalidade se estaria convertendo, de forma oblíqua e indevida, em controle concentrado. A conversão é oblíqua porque efetivada de forma implícita, e indevida porque o controle concentrado é realizado através da ação direta de inconstitucionalidade”, nas palavras do Promotor José dos Santos Carvalho Filho³¹ que, neste passo, representa parcela ponderável da doutrina. Conclui-se, assim, pelo “não ajuizamento de ação civil pública com decisão condenatória calcada na inconstitucionalidade *incidenter tantum*”.³²

Ademais, costuma-se relembrar que a decisão final do STF, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei, incidentemente, não teria eficácia *erga omnes*, necessitando de complementação por via senatorial.³³ Assim, reconhecer-se-iam maiores poderes às decisões judiciais proferidas em ação civil pública do que à decisão do

próprio STF, quando se trata de declaração incidental de inconstitucionalidade.

O último argumento invocado é falacioso. No caso de decisão, pelo STF, em sede de recurso extraordinário em ação coletiva, também a sua decisão terá eficácia *erga omnes*, pela natureza da tutela, independentemente da manifestação senatorial. Nem por isso o STF estará usurpando competência do Senado, já que a decisão de cada um desses poderes é ontologicamente díspar, atendendo a finalidades distintas.

4.2. Sobreposição de instâncias e possível litispendência

Em quarto lugar, poderia haver sobreposição das instâncias inferiores à jurisdição do STF. Nesse sentido é o entendimento encaminhado por Pedro Dinamarco, para quem “admitir a propositura de ação civil pública para o fim ora tratado poderia eventualmente gerar conflito com outra decisão em uma ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, haveria conflito entre duas decisões com efeito *erga omnes*! Para evitar essa situação, ter-se-ia de admitir que a ação civil pública teria o condão de gerar litispendência, ou mesmo coisa julgada, a impedir a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, o que parece ser um grande absurdo”.³⁴

A dificuldade só existe porque o Brasil adota ambos os modelos de controle da constitucionalidade. No modelo italiano, tudo seria facilmente resolvido na medida em que com o incidente as questões constitucionais necessariamente devem ascender ao Tribunal Constitucional. Há, naquele sistema, o que se denomina “auto-remissão”, consistente em um controle autônomo da constitucionalidade. Como efeito, tem-se, em referido modelo, a suspensão automática e imediata do processo no seio

do qual surge o incidente de constitucionalidade, que apenas poderá ser dirimido pela Corte Suprema.

A Lei italiana de 11 de março de 1953, em seu art. 23, n. 87, contém “normas sobre constituição e funcionamento da Corte constitucional”, dispondo que “a autoridade jurisdicional, toda vez que o processo não possa ser definido independentemente da resolução da questão de legitimidade constitucional ou não julgue que a questão levantada seja manifestamente infundada, emite ordem com a qual, referindo os termos e motivos da instância pela qual foi levantada a questão, determina a imediata transmissão dos atos à Corte constitucional e suspende o juízo em curso”.

“O envio, isto é, a ‘transmissão dos atos’, à Corte constitucional, bem como a suspensão do processo principal, são condicionados ao resultado do juízo sobre duas premissas ou pressupostos: 1) que ‘o juízo não possa ser definido independentemente da resolução da questão de legitimidade constitucional’, e 2) que o juízo (civil, penal ou administrativo) ‘não julgue que a questão levantada seja manifestamente infundada’”.

A primeira condicionante seria de todo supérflua se não demonstrasse expressamente que se trata de um caso de suspensão necessária. A doutrina italiana tem falado, a propósito, de uma “prejudicialidade constitucional”, aplicando à hipótese de que aqui se trata da categoria, clássica do processo civil, referente à “prejudicial”.

Sendo uma prejudicial, e, em vista do exposto, verifica-se que no modelo italiano o controle é concentrado mas concreto, ou seja, a partir de ações individuais cujo deslinde depende (atendidas as condições enunciadas acima) da solução a ser dada ao problema constitucional invocado por alguma das partes do processo.

Ora, o modelo brasileiro não conta com tal sistema de “incidentes” e de sobreposição do feito, de maneira que, não se admitindo o julgamento da questão prejudicial de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública (ou outra ação coletiva), a questão simplesmente não poderá ser “remetida” para o STF. Em outras palavras, a questão remanescerá sem solução, salvo se algum dos poucos legitimados do art. 103 da Constituição Federal propuser ação direta que coincida com a problemática que se pretendeu enfrentar em sede de ação coletiva.

Para superar o problema da possível sobreposição de instâncias, mister se faz analisar a posição que o STF ocupa na estrutura judiciária brasileira, para bem aquilatar se haveria interferência indevida nessa sua posição e em suas funções caso se admitisse o controle de constitucionalidade em ação coletiva.

Na Reclamação 1.017, proposta contra decisão proferida em ação popular, o Min. Sepúlveda Pertence admitiu que no sistema difuso “a questão de inconstitucionalidade possa traduzir o fundamento principal, quicá o único, de uma demanda, sem que, no entanto, essa se confunda por isso com ação direta: basta que nela se veicule pretensão que, na via do controle abstrato, seria inadmissível.” Assim: “uma pretensão condenatória ou mandamental, malgrado derivada da inconstitucionalidade de determinada regra jurídica – não será a da ação direta a via processual adequada”.

Como acentuam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “o *pedido* da ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como *causa de pedir* a inconstitucionalidade da lei, enquanto o *pedido* da ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei”.³⁵ Isto bastaria para acentuar que

uma decisão, tecnicamente falando, não interfere na outra, nem gera sobreposição de decisões com o mesmo objeto e com efeitos *erga omnes*.

Não há o risco de contradição entre essas decisões que seja insolúvel. A decisão final em sede de ação coletiva está sujeita ao recurso extraordinário, e, pois, à verificação pelo STF. E, como lembrado na Reclamação 600, em casos graves é possível emprestar efeitos suspensivos. Ademais, não é prejudicial de ação direta de inconstitucionalidade ou de qualquer outra ação da mesma natureza.

O reconhecimento meramente incidental da inconstitucionalidade não retira a lei do sistema jurídico. Portanto, não há o efeito próprio das decisões do STF em sede de controle abstrato-concentrado ou, mesmo, das decisões do Senado (com base no art. 52, X, da CF). Portanto, ainda que haja decisão com eficácia geral em sede de ação coletiva, que incidentalmente tenha julgado uma lei inconstitucional, nem por isso perdem objeto as ações próprias do controle abstrato-concentrado da constitucionalidade.

Jamais a decisão em ação civil pública, portanto, obstaculizaria a apreciação do tema da inconstitucionalidade em sede de ações abstratas específicas. No caso de a parte prejudicada não recorrer ao STF, é certo que estaria ela vinculada à obrigação por força de uma coisa julgada ocorrida sem a manifestação do STF que, por sua vez, em decisão posterior, em controle abstrato, poderia divergir do entendimento adotado pelo juízo de instância inferior. No caso prático da Reclamação 600, do Banco Sudameris, supondo que não houvesse manifestação do STF em recurso extraordinário e que a decisão de *inconstitucionalidade* de primeiro grau fizesse coisa julgada, a ela estaria, inexoravelmente, adstri-

ta, a referida instituição financeira. Desse modo, posterior decisão do STF pela *constitucionalidade* da lei questionada não a beneficiaria. Apenas alcançaria as demais instituições financeiras. Trata-se de ocorrência corriqueira no sistema jurídico pátrio, que convive com ambos os modelos de controle da constitucionalidade. Não se trata, pois, de um inconveniente próprio das ações coletivas, pelo que se pudesse obstaculizar seu uso. Se assim fosse, seria necessário impedir o controle de constitucionalidade incidental por qualquer juiz em qualquer tipo de ação.

Contudo, é preciso distinguir duas situações bastante diversas, embora ambas apresentem as mesmas conclusões. Além da hipótese aventada acima, existe outra que é ligeiramente diversa. Imagine-se, pois, que a decisão faça coisa julgada em primeira instância e, na sua fundamentação, lance a *inconstitucionalidade* de alguma lei. Suponha-se que a ação foi proposta em face de todos os destinatários possíveis da norma. Nesse caso, eventual declaração de *constitucionalidade* por parte do STF não apresentará qualquer eficácia prática para os envolvidos (embora presente eficácia dentro do sistema jurídico), já que todos os possíveis beneficiários estarão vinculados pela coisa julgada que se produziu relativamente a si (e que foi contrária à posição do STF posterior justamente porque houve inércia em recorrer extraordinariamente).

O problema, insista-se uma vez mais, existe, e o inconveniente gerado é próprio do modelo adotado, e não exatamente da ação civil pública ou das ações coletivas. Nem é ele agravado por estas. Basta imaginar o caso hipotético de ações individuais (e não coletivas) propostas por todos os possíveis prejudicados por uma lei supostamente inconstitucional. Imagine-se, ain-

da, que todos os magistrados considerem a lei inconstitucional e que a decisão transite em julgado. Imagine-se, ainda, que algum dos legitimados, após muitos anos, ingresse com ação direta. Ainda que o STF considere a lei constitucional, as partes que se beneficiariam desse julgado não serão alcançadas, já que quanto a elas existe a coisa julgada. Para que serve, então, a decisão abstrata do STF? Como referido anteriormente, ela é a única (fora a revogação por outra lei) com capacidade para extinguir o ato jurídico, tornando-o inexistente.

5. Posição adotada: possibilidade de controle concreto-difuso da constitucionalidade em ações coletivas

5.1. Posição do STF: nega que haja usurpação de sua competência

Na Reclamação 600-0/SP, julgada em 3 de setembro de 1997, tendo sido relator o Min. Néri da Silveira, o STF, por maioria de votos, afastou a alegação de que tinha uma ação de declaração de inconstitucionalidade em tese. Tratava-se de reclamação interposta pelo Banco Sudameris do Brasil contra acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que confirmara sentença prolatada em ação civil pública, na qual se reconheceu a inconstitucionalidade da Lei 8.024/90 e, com isso, determinava-se à instituição bancária pagar aos seus aplicadores em poupança a diferença de correção monetária apurada em março de 1990.

Ficou claro, como ressaltou a decisão constitucional, que a ação civil pública decorria de contratos particularizados, ou seja, um típico controle difuso, paralelo à questão principal (concreta). Ficou expressamente consignado que, “nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a

possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local”. Fixou-se, ainda, o entendimento de que em sede de reclamação é incabível discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública, o que poderá ser feito, consoante o *decisum*, em sede de recurso extraordinário. Com isso o STF negou seguimento à reclamação.

Na Reclamação 602-6-SP, julgada na mesma data da anterior, tendo sido relator o Min. Ilmar Galvão, o STF pronunciou-se no mesmo sentido. Tratava-se de reclamação interposta pelo Banco Mercantil de São Paulo contra decisão do mesmo tribunal anteriormente referido, que confirmou a decisão proferida na ação civil pública proposta pelo IDEC, e que reconhecia, como prejudicial, a inconstitucionalidade parcial da Lei 7.730/89, com efeitos em todo o território nacional. Ficou consignado pelo STF que, naquela ação civil pública, tratava-se de tutelar “bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado e sede de controle *in abstracto* de ato normativo”.

Na Reclamação 611, julgada em 15 de março de 1998, tendo sido relator o Min. Sydney Sanches, em caso de ação civil pública promovida contra o Banco Bamerindus do Brasil, e alegada a usurpação de competência do STF pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, por reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 8.024/90 (índice de correção monetária dos saldos da caderneta de poupança com aniversário entre 14 e 30 de abril de 1990), tendo em vista os precedentes, foi negado seguimento pelo Tribunal.

Na Reclamação 554-MG, alegando-se suposta usurpação de competência do STF por juiz federal da seção judiciária de

Minas Gerais, que em ação civil pública proposta pelo Ministério Público determinou a suspensão de execuções extrajudiciais oriundas de contratos de financiamento habitacional, com fundamento na inconstitucionalidade do Decreto-lei 70/66 e Lei 8.004/90. Foi negado seguimento, sob o argumento de que a decisão alcançava apenas os mutuários do sistema financeiro de habitação, perante as agências dos agentes financeiros mutuantes, ou seja, entendeu-se tratar de direitos individuais homogêneos. Na decisão, contudo, ficou reconhecido um “parentesco entre a ação civil pública e a ação direta”. Mas reconheceu que “as ações civis públicas estão sujeitas a toda a cadeia recursal”, como já se havia argumentado na Reclamação 600.

A distinção, promovida pelo STF, entre ações que tutelam direitos difusos e coletivos e ações que tutelam direitos individuais homogêneos não deve prosperar. Nas ações de interesses difusos e de interesses individuais homogêneos, a decisão faz coisa julgada *erga omnes*. Nas ações de interesses coletivos, a decisão faz coisa julgada *ultra partes*. Contudo, não há diferença substantiva entre essas duas situações, ambas se resumindo à eficácia geral, no sentido de que alcança todos os que se enquadrem na situação apreciada judicialmente. É esse o sentido de “todos”, como bem lembra Gidi.³⁶

Na Reclamação 1.733-8-SP, em que foi relator o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática de 24 de novembro de 2000, manteve-se o entendimento de que incorre usurpação de competência, observando-se: “O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando

contestado em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controversa constitucional, longe de identificar-se como objetivo único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução o litígio principal”.

5.2. Implicações constitucional-sistêmicas

As posições contrárias, reducionistas, pretendem concentrar o poder nos tribunais de cúpula da federação. Isso vai contra princípios constitucionais, como o de acesso ao Judiciário, de democratização (de todos poderes) e de efetivação dos direitos fundamentais por meio de mecanismos adequados.

Ademais, o Brasil ainda adota o sistema duplo de controle da constitucionalidade, tanto o concentrado como o difuso, e, concordando-se ou não com os seus inconvenientes, passível ou não de críticas, só pode se impedir o controle difuso introduzindo-se uma modificação expressa no sistema constitucional. Não se pode nem presumi-la nem realizá-la por meio de legislação infraconstitucional.

5.3. Considerações complementares e incongruências do modelo restritivista

O argumento invocado por Arnaldo Wald³⁷ de que o STF considera o controle de constitucionalidade *in abstracto* como excepcional (RTJ 93/461-2) é verdadeiro, mas não desautoriza a posição favorável ao uso da ação civil pública no controle incidental da constitucionalidade, justamente porque não se pretende transformá-la em sucedâneo do controle abstrato-concentrado.

O problema também não é de usurpação de competência do STF, como restou evi-

dente, já que as funções do Tribunal Constitucional são próprias e transcendem a mera declaração da inconstitucionalidade de uma lei. Verifica-se, contudo, que o incômodo gerado pelas ações coletivas em alguns setores da doutrina refere-se, na realidade, aos limites subjetivos da coisa julgada. Ora, esta ocorrência, no que interessa para este estudo, não menospreza nem se sobrepõe à competência própria e exclusiva do STF em sede de controle de constitucionalidade.

Ademais, o argumento contrário ao uso da ação coletiva enfrenta séria dificuldade quando se trata de ação que apenas reconhece a não-recepção de ato normativo anterior à Constituição. É que, em tais circunstâncias, não havia competência própria do STF para apreciar, em ação direta, tal situação.³⁸ Assim, ter-se-ia a seguinte situação: 1.º) lei anterior à atual Constituição poderia ter declarada sua incompatibilidade com esta em sede de controle difuso nas ações coletivas, com eficácia *erga omnes* e 2.º) lei igualmente incompatível com a atual Constituição, mas editada posteriormente a esta, não poderia ser apreciada nesses termos, sendo vedado o uso de qualquer ação coletiva. Absolutamente flagrante a incoerência que seria gerada na adoção dessa linha doutrinária.

Nessa mesma linha, há de se admitir a declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo de efeitos concretos (para usar a expressão consagrada na doutrina). José dos Santos Carvalho Filho, concordando com o cabimento da ação civil pública nessas situações, oferece um exemplo: “*lei municipal autoriza a Prefeitura a demolir um bem do patrimônio histórico. Para proteger o patrimônio, pode o Ministério Público, ou outro legitimado, ajuizar ação civil pública para obrigar o Município a não fazê-lo, seja no caso de*

haver ato administrativo calcado na referida lei, seja na hipótese em que, não havendo ato, a conduta estatal persiga o objetivo ilegalmente autorizado na lei”.³⁹ Isso ocorre porque o STF não admite a possibilidade de controle abstrato-concentrado de ato normativo com efeitos concretos. Não se poderia, pois, falar em usurpação de competência do STF que não se inscreve em sua seara.

6. Eficácia *ex tunc* da decisão incidental de inconstitucionalidade em ações coletivas

Outro ponto que deve ser esclarecido refere-se à eficácia retroativa, ou não, da decisão que reconhece a inconstitucionalidade como prejudicial em processo coletivo.

Há de valer, para tais situações, a diretriz geralmente adotada para o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade. Em outras palavras, esta há de ser *ex tunc*, retroagindo a decisão até a data da edição da lei ou até a data da lesão que esta lei tenha imposto às partes envolvidas.

Poder-se-ia, de outra parte, pretender que a eficácia fosse apenas *ex nunc*, e, com isso, houvesse uma diferenciação relativamente à decisão proferida em sede de controle abstrato-concentrado da constitucionalidade. Aqui, há dois aspectos a serem observados. Em primeiro lugar, a diferenciação já existe, independentemente da eficácia de uma e de outra decisão. Em segundo lugar, atualmente, tem-se que nem sempre a decisão proferida em controle abstrato-concentrado será *ex nunc*. Isso se deve, basicamente, à referência, atualmente constante da Lei 9.868/99, em seu art. 27, no sentido de que: “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”. Basicamente, isso significa que a decisão do STF em sede de controle concentrado poderá ter eficácia *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro* a partir de data a ser indicada pela própria Corte. Esta “novidade” revelada pela legislação apontada acaba impondo, para o presente estudo, mais uma indagação, exatamente sobre saber se será aplicável também para o controle difuso referida possibilidade.

A resposta à indagação é negativa. O modelo proposto pelo legislador pressupõe a concentração, ou seja, um único órgão poderá utilizar-se de referidas “opções”. Isso evita a possibilidade de inúmeras decisões diferentes sobre o momento em que uma lei pode ser considerada inconstitucional. Aplicar-se o modelo ao controle difuso apenas teria como conseqüência um aumento da discricionariedade do juiz no reconhecimento da inconstitucionalidade e, pela quantidade de possíveis decisões divergentes, haveria um prejuízo sério para a segurança jurídica.

Por fim, verifica-se, assim, mais uma distinção entre a decisão proferida em ação coletiva e aquela que poderá vir a ser proferida em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade.

7. Conclusões

Resta claro, portanto, que a comparação entre os objetos das ações de controle abstrato (como a ação direta de inconstitucionalidade), de uma parte, e das ações coletivas (como a ação civil pública) de outra, revela uma profunda distinção técnica entre ambos. No caso das ações coletivas há um

bem da vida específico, a ser tutelado, cuja natureza determina os efeitos da decisão final de mérito. Nas demais ações mencionadas há um processo abstrato, chamado processo objetivo, sem uma causa concreta subjacente, e com pedido de declaração em tese de inconstitucionalidade.

Ada Pellegrini Grinover chega a falar, com toda propriedade, da ação civil pública como “refém do autoritarismo”, observando que “investidas do Poder Executivo – acompanhado por um Legislativo complacente ou no mínimo desatento – têm atacado a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia por intermédio da limitação do acesso à justiça, da compreensão do momento associativo, da redução do papel do Poder Judiciário”.⁴⁰

Não se pode pretender limitar o uso da ação coletiva às demandas nas quais não se controverta sobre a constitucionalidade de uma determinada legislação. Em outras palavras, o controle difuso pode ser exercido validamente nestas ações e não representará qualquer usurpação de competência própria do STF.

8. BIBLIOGRAFIA

- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*. São Paulo: Edipro, 2000.
- GEORGE, Robert P. (Org.). *Great cases in constitutional law*. New Jersey: Princeton, 2000.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1993.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental: Lei n. 9868/99 e Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1999.

NOTAS

1. Observa Mark Tushnet: “Why would anyone think that judicial supremacy was the right way to understand our Constitution? It would not be surprising to find judges supporting judicial supremacy; it makes their job more important and interesting. But there is more to the position than self-interest” (Marbury v. Madison and the theory of judicial supremacy, *Great cases in constitutional law*, p. 22).
2. Mauro Cappelletti lembra, a respeito, a tentativa efêmera de adotar o controle concentrado pela Tchecoslováquia, consoante os arts. 1.º a 3.º da Lei de 29 de fevereiro de 1920, preliminar a sua Constituição, também de 1920, e que também fora influenciada pelo projeto de Hans Kelsen (cf. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 72, nota 14).
3. Cf. André Ramos Tavares, *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 15.
4. Sobre o desenvolvimento dessa classificação e de outras, consulte-se: Rodrigo Lopes Lourenço, *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*, p. 3-6.
5. A nota característica desse controle é o seu completo “descolamento” da realidade, de um caso concreto, ou seja, sua abstratividade absoluta. Já a designação “controle direto” é

imprecisa, por não fornecer qual o tipo específico de controle (se abstrato ou concreto). Veja-se que nos Estados Unidos criam-se ações verdadeiramente fictícias (demandas simuladas) para provocar a manifestação da Corte Suprema sobre uma questão constitucional, já que naquele país não se pode alcançar diretamente o Tribunal, embora seu trabalho seja de controle abstrato. Da mesma forma “controle concentrado”, que apenas diz respeito ao número de órgãos capazes de efetuar o controle de constitucionalidade (seja o concreto ou o abstrato).

6. Na hipótese de controle difuso, o STF também está inserido no contexto dos diversos órgãos que são habilitados a reconhecerem a inconstitucionalidade. Isto ocorre mediante a propositura de recurso extraordinário. Em tal situação, as decisões do STF são apenas operantes entre as partes envolvidas diretamente no litígio, não apresentando eficácia *erga omnes*, própria do controle abstrato-concentrado exercido por esse mesmo Tribunal.

7. Trata-se, em especial, da necessidade de resolução do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* a algumas das decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de leis (precisamente aquelas decisões proferidas em controle concreto-difuso).

8. Nesse sentido: André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 272; Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Brasil*, p. 91; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 256; José Afonso da Silva, *Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina*, p. 123, n. 13.

9. Uma ampla e profunda análise do tema, com especial preocupação sobre a ampliação dos poderes dos juízes nos EUA, desde a célebre decisão de Marshall, consulte-se a obra de Christopher Wolfe, que assinala: “la aparición del derecho constitucional hecho por el juez há sido la característica más llamativa de nuestros tribunales federales desde finales del siglo pasado” (*La transformación de la interpretación constitucional*, p. 15).

10. Este estudo não comporta uma ampla análise dessa problemática da legitimidade democrática do Judiciário. Sobre o tema, em especial sobre a legitimidade democrática dos

Tribunais Constitucionais, com argumentos válidos para a questão mais ampla da legitimidade democrática do próprio Judiciário exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis: André Ramos Tavares, *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 71-121.

11. É que, como se verá a seu tempo, um dos problemas cruciais do tema que se propõe analisar é justamente a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de ações coletivas.

12. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão, 1976, apud Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 6. ed. p. 20.

13. Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *Acesso à justiça*, p. 26.

14. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 26.

15. Bastaria recordar o já referido mandado de segurança coletivo, a previsão, ainda, da ação civil pública, além da vetusta ação popular, e a expressa menção à necessidade de lei para a defesa do consumidor.

16. *Direito do consumidor*, p. 34.

17. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 623.

18. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed., p. 397.

19. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed., p. 398, original grifado.

20. Aliás, a doutrina é unânime em afirmar que a tutela de direitos individuais homogêneos é tutela de direitos individuais, sendo coletiva apenas a forma utilizada.

21. Edis Milaré (Coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e aplicações após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, p. 152.

22. A respeito do possível conflito entre os diversos poderes, consulte-se: Mancuso, *Interesses difusos*, p. 194-197.

23. Quanto à impossibilidade de maneira abstrata, não resta qualquer dúvida sobre o não-cabimento, como acentuado acima.

24. O inverso também poderá ocorrer, ou seja, o não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por ser o caso de ação civil pública, como já admitiu o próprio STF no

juízo da ADIn 2.007-2-DF (DJ de 24 setembro de 1999), tendo sido relator o Min. Sepúlveda Pertence. Nesse julgamento foi reconhecido o caráter reflexo da inconstitucionalidade e, assim, a inadequação da via eleita (*Lex, JSTF*, v. 255, p. 60), fazendo-se menção expressa ao cabimento, na espécie, da ação civil pública como medida mais adequada ao propósito apresentado.

25. Arnoldo Wald, Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia), *Revista Forense*, v. 329, p. 5. O mesmo título, Usos e abusos. Análise de sua patologia, vem repetido na atualização que o autor promove à obra de Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data'*, 17. ed., p. 142). Ora, a conclusão resultante da comparação com o *habeas corpus* é absolutamente descabida. A história daquele instituto demonstra que o alargamento de uma ação sempre se dá quando não prevê o ordenamento um outro meio hábil de tutela dos direitos.

26. Rogério Lauria Tucci, Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público, *Ajuris*, n. 56, p. 35-55, nov. 199. Ora, o argumento invoca a importância do instituto para logo em seguida abandoná-la, oferecendo uma compreensão acanhada do mesmo.

27. Nesse sentido manifestou-se Geraldo Brindeiro (Parecer na Reclamação 611).

28. Nesse sentido, dentre outros, foi o parecer apresentado pelo Procurador-Geral da República na Reclamação 611/98.

29. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*, 1999, p. 385.

30. Usos e Abusos da ação civil pública (análise de sua patologia), *Revista Forense*, v. 329, p. 9.

31. *Ação civil pública*, 3. ed., p. 86.

32. José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública*, 3. ed., p. 87.

33. Como visto anteriormente.

34. *Ação civil pública*, p. 280-281.

35. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 5. ed., p. 1.519, 1.^a col.

36. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 108. Ressalta o autor, quanto aos dois conceitos mencionados: "O que os distingue, pois, não é a terminologia, a expressão latina eventualmente empregada, mas o que se lhe segue, o texto que a lei a esses termos faz acompanhar (...)".

37. In Hely Lopes Meirelles, op. cit., 17. ed., p. 154.

38. Atualmente, contudo, há a possibilidade de propositura de uma ação direta, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. De qualquer sorte, sua base, nesse particular, é legal (Lei 9.886/99) e, assim, não teria a força própria dos argumentos pretensamente constitucionais que pretendem impedir o uso das ações coletivas para o controle difuso da constitucionalidade.

39. *Ação civil pública*, 3. ed., p. 89, original grifado. Em idêntico sentido: Pedro Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 281.

40. A ação civil pública refém do autoritarismo, *Revista de Processo*, v. 96, p. 23, out.-dez. 1999.