CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

LUIZ FELIPE DOS ANJOS DE MELO COSTA

RESUMO

Dentro de uma sociedade de massas, permeada por conflitos igualmente multiplicados, faz-se necessário a proteção de uma tutela jurisdicional coletiva, com efeitos, muitas vezes, gerais, para todos, podendo haver a necessidade, em alguns casos, do uso do controle de constitucionalidade, o que poderia trazer o efeito *erga omnes,* característico do controle concentrado, para o controle difuso por meio de ações coletivas.

Palavras-chave:
Tutela coletiva, efeito *erga omnes*, controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

Within a mass society, full of multiple conflicts, it is necessary to protect a collective jurisdictional responsibility, with effects oftentimes felt by society in general, but in some cases it might be necessary to use constitutional control which could produce the erga omnes effect, which is a characteristic of concentrated control, to achieve diffuse control through collective actions.

Key words: collective review, erga omnes effect, judicial review

INTRODUÇÃO

Em atenção ao princípio da supremacia da constituição, as demais leis e atos normativos, devem ser com ela compatíveis, podendo haver nas mais diversas ações judiciais o controle de compatibilidade das leis com o texto constitucional.

Neste passo, quando em uma dada ação coletiva, tão cara nos dias atuais, caracterizado por grandes conflitos, tornar-se indispensável o uso do controle incidental de constitucionalidade por juízes ou tribunais, tais efeitos, aparentemente, poderão ser semelhantes ao controle de constitucionalidade concentrado, exercido, exclusivamente, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, o que poderia provocar, a primeira vista, uma usurpação de competência desta suprema corte.

No processo civil tradicional, voltado para a solução de conflitos individuais, a sentença, faz coisa julgada, somente entre as partes do processo, não prejudicando ou beneficiando terceiros, conforme os termos do artigo 472, do Código de Processo Civil, no entanto, de acordo com o artigo 16 da Lei n. 7347/85, que rege a Ação civil pública, a coisa julgada nesta ação tem efeitos *erga omnes.*

Quanto ao controle por exceção, os efeitos da decisão *incidenter tantum* pelo controle difuso, são restritas as partes do processo e pode ser argüida por qualquer interessado ou acolhida de oficio.

Já na forma do controle concentrado somente os legitimados previstos na Constituição Federal podem impetrar as ações previstas e somente podem fazê-lo perante a corte constitucional.

Em tais ações os efeitos são para fora do processo atingindo a todas as pessoas que se sujeitam aos ditames legais tidos por inconstitucionais.

No caso da Ação civil pública, tem-se a um só tempo o controle incidental, mas com efeitos para outras pessoas que não somente as partes do processo o que provoca grande celeuma quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade neste modelo de ação.

1 CONTROLE DE COSTITUCIONALIDADE

A supremacia da constituição é uma conseqüência direta da rigidez constitucional, uma vez que, ao exigir um procedimento especial e mais dificultoso para a modificação da Carta Magna, a rigidez acaba protegendo o texto constitucional da legislação ordinária, tornando-o hierarquicamente superior e conferindo-lhe a supremacia no sentido formal ou jurídico.

Estando a Constituição no vértice do ordenamento jurídico, entende-se que todas as demais normas somente são válidas, se compatíveis com o texto esculpido na Lei Maior.

O controle de constitucionalidade nada mais é do que a fiscalização da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Carta Suprema.

Na atual Constituição brasileira o nosso sistema de controle constitucional das leis e atos normativos cabe ao Poder Judiciário, e pode ser classificado de duas formas, sendo uma pelo critério subjetivo, quando pode ser de forma difusa ou concentrada, sendo a primeira realizada por qualquer juízo ou tribunal. Pelo critério formal, que se dá pela via incidental ou pela via principal, ou seja, a ação visa à própria lei taxada de inconstitucional.

1.1 DO SISTEMA DIFUSO

No sistema difuso, como dito, há a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, realizar o controle de constitucionalidade. É o chamado controle pela via de exceção ou defesa, devendo ser observadas as regras de competência processual.

Neste caso dá-se a verificação de constitucionalidade em um dado caso concreto, o que é feito de forma incidental, prejudicial ao exame de mérito, mas necessário ao julgamento da pretensão.

Seus efeitos são limitados somente as partes, produzindo efeitos normalmente desde a edição da lei, o que faz concluir serem os efeitos, em geral, *inter partes* e *ex tunc.*

No momento em que é declarado inconstitucional, produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito.

Desta forma, no controle difuso de constitucionalidade os efeitos são inter partes e ex tunc.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha entendido (RE 197.017) a possibilidade de dar-se efeito *ex nunc ou pro futuro*.

Para que possa produzir efeitos além dos limites do processo é necessário seguir o determinado pelo artigo 52, X da Magna Carta, que dispõe ser de competência do Senado Federal, de modo exclusivo e facultativo, por meio de resolução, a suspensão no todo em parte da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo tais efeitos expandidos para todos de modo *ex tunc*.

Como regra geral os controles pela via difusa são exercidos de forma incidental, enquanto que o controle concentrado é exercido pela via principal, tendo a lei como objeto da ação principal.

Esta regra comporta exceções, quanto a julgamentos de competência originária pelo Supremo Tribunal Federal, quando é possível haver controle concentrado e incidental, como se dá nos julgamentos de mandado de segurança preventivo por ausência do devido processo legislativo.

1.2 DO CONTROLE CONCENTRADO

No controle concentrado há a concentração em um único órgão, sendo de competência originária do referido órgão, podendo dar-se em ação direta de inconstitucionalidade genérica, interventiva ou por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na argüição de preceito fundamental.

Na ação direta de inconstitucionalidade genérica, o que se busca é o controle do ato normativo em abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.

O que se busca é saber se uma dada lei é ou não inconstitucional, manifestando-se o judiciário de modo específico no objeto.

Os objetos de tal demanda são leis ou atos normativos abstratamente considerados.

Sendo considerada lei em sentido amplo incluindo as emendas à Constituição, decretos legislativos, resoluções, medidas provisórias, assim como as leis complementares, leis ordinárias e leis delegadas.

Quanto aos atos normativos podem ser resoluções administrativas de tribunais ou atos estatais de caráter normativo.

Os efeitos gerais da Ação de declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado são erga omnes, ex tunc e vinculante em relação aos órgão do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual municipal e distrital.

1.3 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL X INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

A inconstitucionalidade formal ocorre quando as regras de processo legislativo previstas na Constituição Federal não foram observadas na elaboração da lei ou ato normativo impugnado.

Assim seria inconstitucional quando fosse elaborada por um órgão incompetente que seria a chamada inconstitucionalidade orgânica. Por exemplo, uma lei estadual invadindo competência de uma lei federal.

Já a inconstitucionalidade formal propriamente dita dá-se quando a elaboração da norma desrespeita as demais regras de processo legislativo prevista na Constituição Federal

Já a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo da lei ou ato normativo é incompatível como conteúdo da Constituição. Não seria permitida no Brasil uma lei que permitisse, por exemplo, penas cruéis e trabalhos forçados, por violação do artigo 5°, inciso XLVII da Constituição Federal.

2 DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Nos novos tempos, não se pode conceber um sistema de tutela jurisdicional, sem a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico de todo o ordenamento jurídico, irradiando efeitos para toda miríade de relações sócias.

Com isso, há uma necessidade de superação dos esquemas tradicionais impregnados do individualismo jurídico, através de um sistema processual ortodoxo, idealizado e vocacionado para a solução de lides intersubjetivas.

É imperiosa a adoção de um processo social adequado à sociedade contemporânea.

Tal processo é imprescindível para que sejam realmente observados os princípios do amplo acesso à justiça, o da efetividade e o da instrumentalidade do processo.

Tem como escopo social promover a pacificação com justiça e político a forma democrática de participação popular.

A tutela coletiva atende ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsão contida no artigo 5°, XXXV da Constituição Federal, uma vez que a maior parte da população não tem meio para acionar o poder judiciário, ou mesmo não dispõe de instrução suficiente para ir buscar aquilo que lhe é de direito.

Também é importante no que tange o principio do devido processo legal previsto contida no artigo 5°, LV da Carta Política, o qual exige um processo equânime, justo.

Ademais, evita-se o risco de decisões conflitantes perante o poder judiciário.

As decisões no processo coletivo possuem envergadura social, política e econômica reconhecida aos efeitos de uma decisão nesse universo, à vista da importância, da complexidade e da amplitude dos direitos tutelados.

Através delas busca-se a garantia de padrões mínimos, de serviços sociais básicos, tornando-se uma questão de realização dos interesses transindividuais.

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm sua origem no Estado moderno de direito, quando diante da opressão reinante no Estado absolutista e dos privilégios da nobreza, é que, imbuídos no ideal de liberdade e igualdade formal, através de valores universalmente reconhecidos, surgiram os historicamente denominados direitos de primeira dimensão.

O indivíduo abstrato e formal, com o caráter absenteísta do Estado, era severamente explorado e oprimido, mas dessa vez o algoz não era mais o somente o Estado, mas sim os particulares detentores do poder econômico. Surge à necessidade de intervenção do Estado, nasce o ideal de igualdade substantiva. Considera-se o individuo real.

Na trilha do século XIX até o século XX, surgem os historicamente denominados direitos de segunda dimensão, nasce o Estado do bem estar social.

Com os conflitos de massas e ameaça a paz social, surgem os direitos de terceira dimensão, direitos transindviduais.

Pois bem, inovando substancialmente em relação ao regime anterior, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se não apenas com a proteção dos direitos humanos de primeira dimensão (direitos civis e direitos políticos) e os de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), mas, concomitantemente, com a tutela dos direitos humanos de terceira dimensão, também denominados novos direitos, direitos híbridos, direitos ou interesses metaindividuais.

Tais direitos ou interesses têm por destinatários não apenas o homem singularmente considerado, mas o próprio gênero humano.

Assim, estão inseridos o direito a fraternidade, ao meio ambiente sadio, a comunicação ao patrimônio comum da humanidade, bem como os mais diversos direitos ou interesses difuso, coletivos e individuais homogêneos.

Somente a partir da Lei n. 7347, de 24.7.85, é que surgiu o primeiro instrumento de proteção dos interesses da coletividade, tendo por objetivo a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 alargou as hipóteses de cabimento da referida ação para a proteção de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Com o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei n. 8078, de 11.9.90, tal elasticidade de bens protegidos foi positivado na legislação infraconstitucional.

Como se vê, a ação civil pública, como instrumento de defesa dos interesses coletivos lato sensu, foi alçada a status constitucional, em função dôo que o intérprete há de agir com generosidade e com os olhos voltados para a realidade política e social em que atua, pois este tipo especial de ação constitucional geralmente traz em seu bojo interesses sociais da mais alta relevância.

Pode-se permitir concluir que se ação civil pública objetiva a defesa de interesses ou direitos fundamentais, deve ser considerada uma cláusula pétrea, pois constitui, inegavelmente, uma garantia fundamental a serviço da cidadania e da efetivação dos demais princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, a exemplo da ação popular, do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção.

Nas ações coletivas o microssistema formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90) afastou a tradicional regra do artigo 472 do Código de Processo Civil, reconfigurando-a para adaptá-la aos conflitos de massa.

Dentro da nova perspectiva do processo, através do reconhecimento da força normativa da constituição, tendo-se as ações coletivas a função imprescindível ao equilíbrio e desenvolvimento social, e, até mesmo, à própria preservação da vida humana e da dignidade dos indivíduos, é necessário também que este processo não fique limitado às amarras do clássico processo civil.

O Direito positivo deve respeitar o cânon da dignidade da pessoa humana, e como tal deve se adaptar as novas formas de conflito, a fim de que tal alicerce jurídico seja efetivado e respeitado.

Dentro do instrumentalismo que caracteriza a nova fase processual, cabe ao processo concretizar e efetivar o direito material.

O processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais[1].

A tutela jurisdicional coletiva se relaciona com os direitos fundamentais, dando concretização a eles, especialmente no principio da igualdade entre as partes, quando muitas vezes as pessoas que são atingidas por ações e omissões não têm condições materiais e técnicas de defender seus direitos, necessitando da presença dos legitimados nas ações coletivas, que através deste importante instrumento processual concretiza os mais diversos direitos fundamentais, podendo igualar as forças em conflito, pois quase sempre quem lesiona tem um grande poderio financeiro e sem o manejo das ações coletivas, seria quase impossível a reparação dos interesses coletivos (em sentido amplo).

4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E COISA JULGADA

O tratamento molecular dos litígios necessário para a concretização dos direitos fundamentais, em substituição ao tradicional tratamento atomizado, exigiu a adaptação de alguns instrumentos do processo civil clássico, em especial quanto à legitimação para agir e os limites da coisa julgada.

Há dificuldade reside na medida em que os interesses metaindividuais, concerne a um número mais ou menos indeterminado de pessoas, sendo ajuizada por um representante institucional, diferente do processo individual onde há a similitude entre o titular do direito material e o legitimado processual, fazendo com que a coisa julgada fique limitado a ele.

Já no regime da coisa julgada coletiva, onde esta identificação não ocorre, pois o titular do direito material difere do legitimado processual que é a parte ideológica (Ministério Público, associação etc.), a constituição e a extensão da coisa julgada dependerão da natureza do direito material tutelado e do resultado da demanda.

[1] MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do processo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p.63 e segs.

Desta forma, a disciplina geral da coisa julgada nas ações coletivas vem traçada, de modo diferenciado, nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:
>
> I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
>
> II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
>
> III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
>
> § 1° Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.
>
> § 2° Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
>
> § 3° 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, nos termos dos arts. 96 a 99.
>
> § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.
>
> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no

> prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor propõe uma nova disciplina da coisa julgada, tendo como objetivo solucionar os conflitos de massa tão característicos da sociedade de massas, ampliando- a *erga omnes* ou *ultra partes*, com o fim de beneficiar pessoas que se encontrem numa mesma situação jurídica, mesmo que não tenham sido partes formais do processo.

4.1 A AMPLITUDE SUBJETIVA E OBJETIVA

Para delimitação dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, e a sua amplitude é necessário verificar a natureza transindividual do direito tutelado(difuso, coletivo ou individual homogêneo) e o resultado da demanda (extinção sem julgamento de mérito, procedência, improcedência, improcedência por insuficiência de provas) diferenciando-se a extensão dos seus efeitos perante terceiros alheios à lide, em relação aos autores legitimados para a propositura da demanda coletiva e aqueles que participaram do contraditório coletivo.

4.1.1 INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS

Os interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, tendo como titulares pessoas juridicamente indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (Lei n. 80278/90, art. 81, I).

A coisa julgada terá efeito *erga omnes*, salvo na hipótese de ser julgado improcedente por insuficiência de provas, quando qualquer outro legitimado poderá, valendo-se de nova prova, intentar outra ação.

Tal fundamentação justifica-se na medida em que os titulares de tal direito encontram-se dispersos na sociedade, pois são juridicamente indeterminados, ligados apenas por questões de fato.

Todavia, em relação às outras partes ideológicas a coisa julgada é plenamente aplicável, salvo quando for improcedente por insuficiência de provas, não podendo intentar nova ação, ficando coberta pelo manto da coisa julgada material.

4.1.2 INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS

No que tange os interesses ou direitos coletivos, estes são transindividuais, de natureza indivisível, tendo como titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado.

A coisa julgada neste caso faz coisa julgada ultra partes, pois os titulares são juridicamente determinados, cabendo de resto as mesmas observações já descritas quanto à parte ideológica, também fazendo coisa julgada *secundum eventum probationis.*

4.1.3 INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos ou interesses individuais homogêneos são a luz do artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, os decorrentes de origem comum.

Apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos seguimentos sociais, que lhes confere coesão, aglutinação suficiente para destacá-los da massa de interesses isoladamente considerados.

Com relação aos direitos individuais homogêneos, o tratamento é distinto dos dados aos interesses difusos e coletivos.

Os direitos individuais homogêneos são individuais por natureza, merecendo um tratamento coletivizado, quando for verificado homogeneidade quanto a questões comuns de fato e de direito e tal tratamento for mais bem realizado coletivamente.

Às vezes uma lesão pode parecer pequena e não despertar o interesse de sua reparação, até mesmo diante de dificuldades técnicas e econômicas, portanto um feixe de demandas pode ser mais bem utilizado pela via coletiva, evitando, inclusive decisões contraditórias e gerando economia processual.

Os direitos individuais homogêneos, assim, são individuais em sua essência (com titulares determinados, divisíveis, de fruição singular e disponíveis), sendo que somente adquire feição coletiva a forma processual pela qual podem ser tratados, dada a sua homogeneidade decorrente da origem comum e a expressão social que adquirem [2].

Neste caso os interesses individuais homogêneos podem ser tutelados tanto pela via individual, como pela via coletiva, o que torna peculiar os efeitos da coisa julgada.

Previu-se que nas demandas coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos que a sentença fará coisa julgada "*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores" (artigo 103, inciso III, da Lei n. 8078/90).

Assim, só atingirá os titulares dos interesses individuais na hipótese de procedência da demanda.

No caso de improcedência da ação, em relação aos titulares singulares, eles poderão ingressar com novas ações, desde que não tenham integrado a demanda coletiva como litisconsorte do autor da demanda coletiva, pois neste caso estariam abrangidos pela coisa julgada, não podendo intentar nova ação, tendo em vista o disposto no artigo 103,§2°, da Lei n. 8078/90.

Portanto, as pretensões individuais podem se beneficiar dos efeitos positivos da coisa julgada coletiva secundum eventum litis, estando os particulares beneficiados com as vantagens advindas de tal ação, de modo que a coisa julgada faça efeito perante todos de modo *erga omnes*.

---

[2] SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicato e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, cloetivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTR, 2003, p.98-9.

As pretensões individuais dos particulares não são prejudicadas pela ação julgada desfavorável, somente são atingidos em caso favorável.

Desta forma, a existência de sentença coletiva desfavorável não obsta que os atingidos individualmente possam ingressar com suas ações individuais, pleiteando a sua reparação em concreto

Por outro lado, mesmo com a ação sendo julgada favorável, pode não se beneficiar, no caso em que o individuo já possuindo uma ação individual, ao tomar ciência de uma ação coletiva com o mesmo objeto, não requereu a suspensão da respectiva ação individual no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva (artigo 104 da Lei n. 8078/90).

Neste caso eventual sentença coletiva favorável não o beneficiará, ficando na dependência do resultado favorável, caso não suspenda sua ação, no prazo de trinta dias.

5 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Há questões que são postas como fundamento para a solução de outra e há outras que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial.

As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*. Esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada, não compondo o chamado *thema decidendum*.

O magistrado tem que resolvê-la como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter tantum*, compondo o objeto do juízo.

Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa julgada material, somente sobre elas fala-se em imutabilidade.

O controle *incidenter tantum* é feito antecedentemente a analise do mérito da demanda, exatamente para que o judiciário possa se manifestar positiva ou negativamente quanto aos pedidos formulados.

A inconstitucionalidade da lei, cuja aplicação em concreto se discute judicialmente é questão prejudicial, que pode ser examinada por qualquer órgão julgador do Poder Judiciário.

Tal controle pode se dar por um juiz de primeira instância, podendo chegar até mesmo no Supremo Tribunal Federal.

Outro é o tratamento que se dá quanto às ações que tem por objeto justamente a lei inquinada de inconstitucional, sendo ela o objeto principal da ação, o que de acordo com o sistema processual brasileiro, deve-se ser intentada apenas pelos legitimados constitucionalmente, onde a competência para julgamento cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

Nesta situação, a lei é objeto do processo, tratando-se de um processo objetivo, compondo ela o próprio *thema decidendum*.

Ocorre assim nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Portanto, todos os juízes podem conhecer da questão prejudicial, mas somente o Supremo Tribunal Federal pode decidir a questão.

Há semelhança que pode ser observada entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Civil Pública diz respeito aos efeitos da decisão proferida pelo Poder Judiciário, que são erga omnes.

Embora tenham semelhanças, posto que na Ação Direta de Inconstitucionalidade são atingidas todas as pessoas que possam algum dia se submeter aos comandos desta lei tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Na Ação Civil Pública tais efeitos *erga omnes* atingem no lado ativo da demanda, somente os demais co-legitimados em caso de improcedência do pedido. Inclusive caso tenha sido motivado por insuficiência de provas, qualquer um deles poderá intentar nova ação, não tendo, portanto, o efeito para todos.

Só atingirão os titulares dos direitos transindividuais apenas quando beneficiá-lo, ou seja, somente *in utilibus.*

No que se refere ao pólo passivo da demanda, somente aqueles réus que formaram a relação processual sofrerão os efeitos da coisa julgada. Assim a

declaração de inconstitucionalide de uma lei só servirá para aquelas empresas que participaram do contraditório

A Ação Civil Pública, como qualquer outra ação, pode ter como causa de pedir a alegação de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, sem que com isso possa querer ter o papel de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Vê-se, portanto, que há apenas semelhanças não sendo o caso de igualdade de ações, o que não é permitido é usar a Ação Civil Pública diretamente para declarar uma lei ou ato normativo como inconstitucional.

Mas, e se a tutela na Ação Civil Pública destinar-se, no caso, à proteção de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, há entendimento no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Ação Civil Pública, cuja sentença tem efeito geral, não se presta a tal fim. Assim manifestou Marcelo Ribeiro Silva:

> " Com efeito, sempre que a decisão proferida em sede de Ação Civil Pública, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo municipal, estadual ou federal em face da Constituição Federal, produzir efeitos erga omnes, alcançando uma coletividade difusa e indeterminada, suprimindo, por conseqüência, todos os efeito atuais e futuros da lei, ocorrerá usurpação da competência privativa do Supremo Tribunal Federal, por ser este o único órgão do judiciário com competência para exercer o controle concentrado da Carta da República... Ressalte-se, no entanto, que diversa será a hipótese vislumbrada pelo Pretório Excelso quando se tratar de direitos individuais homogêneos, previstos no art. 81, II, da Lei n. 8078/90, pois nesses casosa decisão só alcançará este grupo de pessoas, e não estará usurpando a finalidade constotucional das ações diretas de inconstitucionalidade, sendo permitida"[3].

Por outro lado, o melhor entendimento, deve ser no sentido de apenas a impossibilidade de se buscar numa Ação Civil Pública para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, com efeitos abstratos para todos .Como ensina José Afonso da Silva:

> " o seu alcance, contudo, nunca será abstrato e geral para todos. A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal

[3] SILVA, Marcelo Ribeiro. A ação civil pública e o processo do trabalho. Ribeirão Preto: Nacional de direito, 2001, p.112/113.

> suspenda sua executoriedade nos termos do art.52,X"[4].

No mesmo sentido é a decisão a seguir ementada, do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: - Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da "diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liqüidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu "uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar". 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1 - SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subseqüente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência,

[4] SILVA, José Afonso da. Curso dedireito constitucional positivo.5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.52.

> também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar. (Reclamação n. 600/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJU de 5.12.2003, p.19).

6 OBJETO DO PROCESSO E OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

Para que não pairem dúvidas é necessário esclarecer que a declaração incidental constitui objeto do processo, o qual abrange a totalidade das questões postas sob apreciação judicial.

Não deve ser confundido com objeto litigioso do processo que cingi-se a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual.

Logo em sede de ação civil pública, a questão da declaração de inconstitucionalidade pode fazer parte do objeto do processo, mas nunca ser o objeto litigioso do processo.

CONCLUSÃO

A tutela jurisdicional coletiva é de suma importância diante das crescentes transformações que vem sendo passadas pela sociedade nos últimos anos.

Esta tutela não pode ser mais encarada como uma exceção no meio processual, devendo ser cada vez mais prestigiada no cotidiano processual.

Há que se sair das amarras do processo civil clássico pautado no ideal do liberalismo, onde prepondera uma igualdade abstrata, sem levar em conta o individuo real, que não tem condições de postular seus direitos em juízo, o que vai na contramão dos princípios do amplo acesso ao poder judiciário e do devido processo legal, sem levar em conta o princípio da igualdade material.

A ação civil pública proposta pelos legitimados é uma importante ferramenta na busca da concretização dos direitos fundamentais, muito bem delineados na Constituição, mas tão carente de efetivação por falta de vontade política e da grande concentração de renda existente em nosso país, sendo as ações coletivas verdadeiras garantias de efetivação destes direitos.

É certo que nos mais variados processos, há em diversas ocasiões, obstáculos trazidos por leis inconstitucionais, o que leva a necessidade de controle de constitucionalidade pelo magistrado da causa.

No manejo da ação civil pública, como de qualquer outra ação, pode ser utilizado o expediente do controle de constitucionalidade incidental, especialmente por se tratar de tão importante ação, verdadeira garantia constitucional, não poderia ficar a mercê de tamanha limitação.

Não se pode confundir o papel desta ação com o da ação direta de inconstitucionalidade, pelo que a ação civil pública não é um processo objetivo de controle de constitucionalidade, não tem como objeto litigioso a inconstitucionalidade de lei.

Observou-se ao longo do trabalho que a despeito de certas semelhanças no que tange o instituto da coisa com a ação direta de inconstitucionalidade, mas muitas são as diferenças, como já apontado, portanto o melhor entendimento é no sentido de permitir o controle de constitucionalidade no caso concreto de modo incidental quando necessário para se atingir o bem da vida pretendido em sede de ação civil pública.

REFERÊNCIAS

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicato e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, cloetivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTR, 2003.

SILVA, Marcelo Ribeiro. **A ação civil pública e o Processo do Trabalho**. Ribeirão Preto: Nacional de direito, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**.5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, .

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil Volume 1**. 12ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: LTR, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho – doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: LTR, 2010.

RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio *et al***. Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HOLTE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm 2008.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Dano Moral Coletivo. 2ª Ed. São Paulo: LTR, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais,1995.

BRASIL. Lei n° 8078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível <em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1990.htm> . Acesso em 05 de junho de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Civil Pública. Reclamação n. 600/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJU de 5.12.2003, p.19.

Envie sua monografia para publicação: editorial@conteudojuridico.com.br