

OS LIMITES ENTRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Sistema de controle de constitucionalidade pátrio – 1.1 Controle de constitucionalidade preventivo – 1.2 Controle de constitucionalidade repressivo – 1.2.1 Controle de constitucionalidade repressivo reservado ou concentrado – 1.2.2 Controle de constitucionalidade repressivo difuso ou aberto – 2 Ação civil pública e interesses metaindividuais ou transindividuais – 3 Limites entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública – 4 Conclusão

1 SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PÁTRIO

No Brasil, em relação ao momento de realização do controle de constitucionalidade, podemos observar um binômio: controle de constitucionalidade preventivo e controle de constitucionalidade repressivo.

1.1 Controle de constitucionalidade preventivo

O controle preventivo de constitucionalidade visa impedir que a espécie normativa maculada ingresse no ordenamento jurídico. É realizado pelo Poder Legislativo, por meio das comissões de constituição e justiça (art. 58 da Constituição Federal de 1988 – CF/88) e pelo Poder Executivo, por meio do veto jurídico (art. 66, § 1º, da CF/88).

Conclui-se, no Brasil, que o controle preventivo de constitucionalidade é realizado dentro do processo legislativo.

Conclui-se, também, que o Poder Judiciário não participa desse controle preventivo, em face do princípio da inércia da jurisdição, ficando os Poderes (na acepção do termo, o poder é uno, suas funções é que são tripartidas) Legislativo e Executivo com o comando desse controle.

1.2 Controle de constitucionalidade repressivo

O controle repressivo de constitucionalidade busca expurgar a norma

maculada já editada. É realizado, de forma excepcional, pelo Poder Legislativo, em três hipóteses: arts. 49, V, 52, X e 62, todos da CF/88. Também é realizado, excepcionalmente, pelo Poder Executivo, pelo seu chefe máximo, nos respectivos entes da Federação. Consiste em negar obediência à lei, por entendê-la inconstitucional, provocando/instigando ou induzindo o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade, para visar à pacificação da presunção relativa (*juris tantum*) de que *toda lei é constitucional*. Essa inclusão dos Poderes (funções) Executivo e Legislativo no controle repressivo de constitucionalidade se justifica pelo sistema do *check and balance* (art. 2º da Carta Magna – independência e harmonia entre os poderes/funções estatais).

A regra impõe que o Poder Judiciário deve se incumbir da missão do controle repressivo de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88), como guardião da Constituição Federal, fator esse consagrado pelo Poder Constituinte Originário de 05.10.1988. Desta forma, somente as exceções alhures citadas, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo (sistema de freios e contrapesos) são passíveis, no sistema jurídico-constitucional pátrio, de exercer o controle repressivo de constitucionalidade, sem que isso represente a quebra da *viga mestra* do sistema.

O controle repressivo, feito de regra pelo Poder Judiciário, é realizado de duas formas no Brasil, razão por que rotula de controle de constitucionalidade repressivo judiciário misto.

No prisma dessa conclusão, a tese se justifica.

1.2.1 Controle de constitucionalidade repressivo reservado ou concentrado

O controle reservado ou concentrado é aquele que busca a declaração de inconstitucionalidade em tese, independentemente da existência de um caso concreto. É operacionalizado via ação, de 5 espécies:

- Ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, “a”, da CF/88) – legitimidade: art. 103 da CF/88;
- Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, da CF/88) – legitimidade: art. 36, III, da CF/88;
- Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) – legitimidade: art. 103, § 2º, da CF/88;
- Ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88) – legitimidade: art. 103, § 4º, da CF/88;
- Atualmente, existe uma nova espécie de ação, em relação ao controle reservado ou concentrado de constitucionalidade, criada pela Lei nº 9.882, de 03.12.1999, podendo ser rotulada como ação, processo e julgamento

de *arguição de descumprimento de preceito fundamental* pelo Poder Público, nos termos do § 1º do art. 102 da CF/88.

Trata-se de um controle de constitucionalidade específico para o Poder Público que descumprir um preceito fundamental, tendo algumas peculiaridades distintas das ações já mencionadas. Senão, vejamos o próprio texto legal:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Como vimos alhures, o Poder Executivo, por seu representante máximo em cada ente da Federação, pode negar vigência a uma lei por entendê-la inconstitucional (controle repressivo feito pelo Poder Executivo), provocando, assim, o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade ou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou seja, com a prática do ato, o Poder Judiciário, pelo princípio do *check and balance* (art. 2º da CF/88) analisará se o descumprimento tem justo motivo ou não, na medida em que o STF tem a missão constitucional de velar pela constitucionalidade das leis. Assim, um poder fiscaliza o outro, sem invasão de competências.

Portanto, o que difere a arguição de descumprimento de preceito fundamental da ação declaratória de constitucionalidade é que a primeira visa fiscalizar atos do Poder Público, seja por seu chefe máximo ou por subordinados, enquanto que a segunda é genérica, não somente para coibir atos do Poder Público, como também para dar efeito vinculante a decisões judiciais em controle difuso de constitucionalidade.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (Vetado).

O descumprimento de preceito fundamental anterior à Constituição deve ser solucionado pelo fenômeno jurídico da *recepção*, e não pela declaração de inconstitucionalidade, que pressupõe preceito descumprido após sua vigência.

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II – (Vetado).

§ 1º *Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.*

§ 2º (Vetado). (grifo nosso).

Mesmo sendo vetado o inciso II, encaminhados os fatos ao Procurador-Geral da República, este, legitimado pelo art. 103 da Carta Magna, diante de sua independência funcional, analisará a possibilidade de ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II – a indicação do ato questionado;

III – a prova da violação do preceito fundamental;

IV – o pedido, com suas especificações;

V – *se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.*

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. (grifo nosso).

Pela redação do artigo, constata-se que *petição inicial* denota que a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem natureza jurídica de ação, esta, visando, inclusive, ao controle de constitucionalidade repressivo concentrado, mas específica aos atos do Poder Público.

Além dos requisitos previstos neste artigo, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil-CPC, art. 282, no que for compatível (indicação do Tribunal a que é dirigida, no caso, o STF; fato com suas especificações; etc.).

No inciso V, comprova-se que pode acontecer o controle repressivo difuso ou aberto, em partes do País; por exemplo, juízes declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, razão pela qual deverão ser anexados na petição inicial as decisões judiciais para os casos concretos em que foi feito o controle difuso, visando dar pleno conhecimento da questão ao órgão de cúpula.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.¹

Portanto, se não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo, por se tratar a matéria de ato de controle difuso de constitucionalidade que autorizou o Poder Público a agir daquela forma, a hipótese será de ação direta de constitucionalidade e não de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltando condição de ação (interesse de agir/adequação).

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias.

Trata-se de condição de ação (interesse de agir/necessidade, ou, para outros doutrinadores, falta de possibilidade jurídica do pedido).

¹ Os casos de *inépcia*: art. 295, parágrafo único, do CPC, por analogia.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (Vetado).

A liminar tem efeito vinculante sobre a matéria em todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que haja uma determinação do STF, por seu relator, nesse sentido, o que difere da conhecida *súmula vinculante*, cuja obediência é geral e independe de determinação.

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por

requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 2/3 (dois terços) dos Ministros.²

§ 1º (Vetado).

§ 2º (Vetado).

Art. 9º (Vetado).

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

O acórdão, portanto, na arguição de descumprimento de preceito fundamental tem efeito *erga omnes* e efeito vinculante.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, res-

² Trata-se da chamada *cláusula de reserva de plenário*, que exige quórum para decisão.

tringir 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.

Esse artigo é de suma importância, pois cria exceções aos efeitos do controle repressivo concentrado de constitucionalidade.

Assim, a regra nesse controle é que os efeitos sejam *erga omnes* e *ex tunc*.

Todavia, como a questão envolve atos do Poder Público, que muitas vezes, ainda que inconstitucional, for dado o efeito-regra, poderá causar uma moratória em Estados-Membros e/ou grande prejuízo socioeconômico, razão pela qual andou bem a lei em deixar ao arbítrio do STF a decisão sobre os efeitos, podendo conferir efeito *intra partem* ou ainda *erga omnes* limitado a um setor/categoria, bem como efeito *ex nunc* (daí para frente).

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

A princípio poderia parecer inconstitucional a presente Lei, no tocante à violação do princípio do duplo grau de jurisdição. Todavia, não se pode olvidar de que o STF é o guardião da Constituição Federal e órgão de cúpula do Poder Judiciário, não se justificando recurso, diante da competência originária e completa. Ademais, o dogma constitucional da inafastabilidade da jurisdição estará plenamente satisfeito (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Com a reclamação, o STF oficiará a quem de direito, no sentido de aplicar sanções nas searas penal, civil e administrativa, velando pelo instituto da coisa julgada.

Portanto, no controle reservado, em todas as cinco espécies de ação, os efeitos são *ex tunc* (uma vez declarada a inconstitucionalidade, os efeitos retroagem desde a propositura da ação ou desde a origem do ato expurgado) e *erga omnes* (para todos os que se encontram na mesma situação jurídica, sendo que, se for ação direta de inconstitucionalidade — ADIn em nível estadual, vale para todo o Estado-Membro respectivo), e salvo se a critério do STF, que visando à segurança jurídica ou interesse social, poderá estabelecer que seja *intra partem* ou ainda *erga omnes* limitado a um setor/categoria, bem como efeito *ex nunc* (daí para frente).

O controle de constitucionalidade repressivo, na espécie de controle reservado ou concentrado, é julgado pelo STF, se houver lei estadual ou federal contrária aos ditames da Constituição Federal, e, em nível estadual, pelo Tribunal de Justiça, se houver inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. Ressalva-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente pode ser julgada no STF e não nos Tribunais dos Estados-Membros (art. 101, § 1º, da CF/88). Ambas exigem legitimidade pré-definida na Constituição Federal ou Constituição Estadual. Nesse caso, a pronúncia do Judiciário é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide (pedido), logo, incidindo o instituto da coisa julgada.

A grande falha do legislador repousa na seguinte questão: E se lei municipal for contrária à Constituição Federal e não contrária à Constituição Estadual ?

Nesse caso, por omissão do legislador, que não previu tal hipótese na Carta Suprema, somente será possível o controle de constitucionalidade repressivo na espécie-via difuso, ou seja, o controle concentrado não pode ser exercido.

A grande questão que surge modernamente é: Com o advento da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cujo objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, é possível o ajuizamento de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, visando declarar a inconstitucionalidade de uma lei municipal em face da Constituição Federal ?

Essa questão será objeto de decisão pelo STF, mas, em posição pessoal, entendo que a resposta seja positiva, pois o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é justamente evitar ou reparar lesão a preceito fundamental.

Assim,

- a) se existir projeto de lei municipal contrário à Constituição Federal, a parte legitimada poderá ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental visando evitar lesão a preceito fundamental, caso em que o con-

trole de constitucionalidade das leis será preventivo e feito pelo Poder Judiciário, o que seria uma hipótese inédita do controle de constitucionalidade das leis no sentido preventivo, pois sabemos que o Poder Judiciário não participa no âmbito preventivo, e sim repressivo, em face da inércia da Jurisdição;

- b) se houver publicação de lei municipal contrária à Constituição Federal, nesse caso a parte legitimada poderá ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental visando declarar inconstitucional a lei municipal e ainda reparar a lesão causada (controle de constitucionalidade repressivo de lei municipal em face da Constituição Federal, o que seria uma hipótese inédita, suprimindo lacuna do legislador), julgada no STF.

A competência no controle de constitucionalidade repressivo, espécie concentrada ou reservada, feita pelo Poder Judiciário, é a seguinte:

- 1) de lei estadual ou de lei federal contrárias à Constituição Federal, incumbe ao STF (art. 102, I, “a”, da CF/88);
- 2) de lei municipal ou de lei estadual contrárias à Constituição Estadual, incumbe ao Tribunal de Justiça (art. 125, § 2º, da CF/88);
- 3) de lei municipal contrária à Constituição Federal não é possível o controle concentrado no STF ou no TJ, e sim o controle difuso somente, por falta de previsão constitucional. Resta apenas, repito, o controle difuso. Todavia, se o STF entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, trazida pela Lei nº 9.882/99, pode ser instrumento jurídico para coibir atos abusivos dos Poderes Públicos (Legislativo e Executivo), será possível o controle de constitucionalidade repressivo de lei municipal contrária à Constituição Federal. O STF entende não ser possível o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, apesar do art. 125, § 2º, da CF/88, visto que as decisões no controle concentrado possuem efeito *erga omnes*, no âmbito estadual, e isto vincularia o próprio STF, que deixaria de exercer sua missão constitucional de guardião da Constituição Federal (MORAES, 2000, p. 444). Logo o Tribunal de Justiça respectivo somente tem competência para as ADIns de lei municipal ou estadual em face da Constituição Estadual. Neste particular, diante da minha independência funcional, *data venia*, ousou discordar do entendimento de alguns colegas de carreira, pois em lei municipal contrária à Constituição Federal não cabe controle concentrado (às vezes, usados em ação civil pública), e sim o controle difuso ou aberto, em qualquer espécie de ação, o que será analisado nesta tese, sem prejuízo de o STF analisar se a arguição de descumprimento de preceito fundamental, trazida pela Lei nº 9.882, pode ser instrumento jurídico para coibir atos abusivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o que poderá redundar no controle de

constitucionalidade repressivo de lei municipal contrária à Constituição Federal;

- 4) de lei distrital contrária à Constituição Federal. O art. 102, I, "a", da CF/88, não previu essa hipótese; mas, pela análise do art. 32 da CF/88, como o Distrito Federal possui as mesmas competências legislativas de Estado e Município, por interpretação lógica, quando o Distrito Federal estiver no exercício de sua competência legislativa estadual, a ADIn deverá ser proposta no STF; todavia, estando no exercício de sua competência municipal, somente restará o controle difuso e não concentrado, salvo se for lei distrital contrária à Constituição Estadual, pois, nesse caso, a Constituição Federal autoriza o controle concentrado e a ADIn será julgada pelo Tribunal de Justiça (art. 125, § 2º, da CF/88).

Por fim, a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, trazendo, pois, normas de caráter processual/instrumental das citadas ações.

Ressalve-se que foram regulamentados por essa lei os arts. 102 e 103 da Carta Magna.

1.2.2 Controle de constitucionalidade repressivo difuso ou aberto

O controle difuso ou aberto é aquele que busca a declaração de inconstitucionalidade em concreto, ou seja, depende da existência de um caso concreto.

A idéia desse controle, exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o juiz Marshal, da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei.

É conhecido como via de defesa, sugerindo que seja feito em contestação. Contudo, pode ser utilizado também nas ações constitucionais do *habeas corpus act* e de mandado de segurança e nas ações ordinárias.

O art. 97 da Carta Cidadã não proíbe que o juízo monocrático realize o controle difuso, inclusive de ofício, pois trata-se de matéria de ordem pública. No entanto, sendo Tribunal, o artigo exige a cláusula de reserva de plenário.

No controle difuso, a regra é que os seus efeitos sejam: *ex tunc*, porém, *intra partem*, ou seja, somente para as partes processuais, e não para terceiros na mesma situação jurídica.

A exceção a essa regra surge no controle difuso do art. 52, X, da CF/88 feito pelo Poder Legislativo (Senado Federal), em que o efeito será *erga*

omnes, porém, *ex nunc* (somente a partir da publicação da resolução do Senado Federal), por expressa previsão constitucional.

Por fim, segundo entendimento pessoal deste Promotor de Justiça, o controle difuso também poderá ter como exceção a seus efeitos conhecidos (*ex tunc* e *intra partem*), via ação civil pública, os efeitos *ex tunc* e *erga omnes* (este último, com análise apurada, ou seja, somente se o instrumento jurídico — ação civil pública — não for usado como via oblíqua, como rótulo ou paralelo de ação direta de inconstitucionalidade, como será minuciosamente exposto *infra*).

Como descrito *suso*, o controle difuso é feito pelo Tribunal (ações de competência originária) ou pelo Magistrado, caso haja lei municipal, estadual ou federal contrária à Constituição Federal ou Constituição Estadual.

As diferenças básicas do controle difuso para o controle reservado ou concentrado são:

- a) no controle difuso não se exige legitimidade predeterminada, podendo qualquer pessoa prejudicada exercê-lo por si mesma ou por seu substituto processual, se previsto em lei, desde que satisfaça os pressupostos processuais e as condições da ação;
- b) é possível ser analisada a inconstitucionalidade de lei municipal ou distrital (com competência legislativa municipal) em face da Constituição Federal, o que, no controle concentrado, não é possível.

Preleciona Cappelletti³ “[...]que o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países do *common law*, denominando-os de *descentralizado* ou *difuso*, é confiado a todos os Tribunais do país. Esses Tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais.” E continua: “Este controle não acarreta a anulação da lei ou ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.”

A diferença essencial ou substancial entre o controle difuso e o concentrado reside no fato de que, no primeiro, a pronúncia do Judiciário não é feita sobre o pedido da petição inicial, e sim sobre questão prévia (questão prejudicial), indispensável ao julgamento do mérito.

Logo, é prevista na causa de pedir e não no pedido, sendo, repito, uma decisão *incidenter tantum*, decidida como prejudicial ao mérito, não fazendo, por conseguinte, coisa julgada. Assim, não vinculando o STF ao decidido, permite-se, em ADIn, julgar de forma diferente e com a força do instituir da coisa julgada.

³ CAPPELLETTI, Mauro (apud MORAES, 2000, p. 444).

Portanto, o controle difuso não expurga a lei do ordenamento jurídico, mas somente o controle concentrado. Esse é o raciocínio sistemático.

A questão da inconstitucionalidade declarada na ação civil, portanto, não faz efeito *erga omnes* nem coisa julgada, pois atinge a parte fundamentadora da sentença.

No pedido, o efeito é *erga omnes*, pois trata-se de ação civil pública e faz coisa julgada. Ora, para se chegar ao pedido, ou seja, ao mérito, é pressuposto lógico que o magistrado supere a inconstitucionalidade na parte fundamentadora, mas sem dar-lhe efeito *erga omnes*, pois senão estaria usurpando função do STF.

Nesse sentido, Mazzilli (1996, p. 163-164) leciona que:

[...] não há como negar o cabimento de ações civis públicas para impedir lançamento ou cobrança de tributos com base em lei inconstitucional. A inconstitucionalidade da lei será argüida *incidenter tantum*, apenas para servir de fundamento ao eventual acolhimento do pedido, *que é de nulidade dos lançamentos feitos com base naquela lei. Inconstitucional e não de inconstitucionalidade em si da própria lei*. Da mesma forma que nesse caso caberia mandado de segurança, também caberá a ação civil pública para defesa dos interesses coletivos (no exemplo, com o objetivo de considerar nulos todos os lançamentos feitos com base na lei) ou de interesses individuais homogêneos (para determinar a restituição de quanto foi indevidamente cobrado e recolhido).

Assim, além das ações expressamente referidas na Lei n. 7.347/85 (condenatórias; cautelares e de execução), é possível aos legitimados do art. 5º ajuizar qualquer ação civil pública tendente à defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos—conclusão a que se chega a partir da interpretação integrada do art. 21 da Lei nº 7.347/85 e do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor. (grifo nosso).

Todavia, *data maxima venia*, devemos lembrar que, apesar de a inconstitucionalidade ser *incidenter tantum* (questão prejudicial — parte fundamentadora), a ação civil pública possui efeito *erga omnes* no pedido, o que constitui uma exceção no controle de constitucionalidade repressivo difuso ou aberto, cujo efeito é *intra partem*. Basta imaginar interesse metaindividual

difuso em jogo, cujos titulares são indetermináveis e o efeito *erga omnes* atinge a todos (e não as partes de um processo).

Assim, o controle difuso com efeito *erga omnes*, em tema de inconstitucionalidade, apesar dessa não fazer coisa julgada (questão prejudicial), pode servir como ADIn, na medida em que a extensão do efeito *erga omnes* é irrestrita, genérica, atingindo titulares indetermináveis (todos os municípios ou todos os cidadãos do Estado-Membro).

Nessa linha de raciocínio, *data maxima venia*, esse efeito *erga omnes* na ação civil pública deve ser restrito/limitado, por ter essa ação um efeito que é uma exceção no controle difuso, cujo efeito, de regra, é sempre *intra partem*; pois, do contrário, a ação civil pública será rótulo de uma ADIn *sui generis*, sem legitimação da parte autora e sem competência de julgamento do órgão monocrático, causadora de tumulto processual, carecedora de falta de técnica e sem observância ao sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, em prejuízo do protetor nato da Constituição Federal, o Superior Tribunal Federal.

Os efeitos *erga omnes* no controle difuso, se genéricos e irrestritos, serão, via oblíqua, forma de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn – Controle Concentrado), sob o rótulo de ação civil pública, diante da combinação perigosa: controle difuso de constitucionalidade (declaração de inconstitucionalidade) *versus* efeito *erga omnes* no pedido.

Dessa forma, é preciso analisar a extensão dos efeitos *erga omnes* da ação civil pública, quando cuida de controle difuso de constitucionalidade das leis, para evitar usurpação de função e decisões judiciais contraditórias, em prejuízo do Poder Judiciário. Nesse particular, assume relevante importância conhecer qual espécie de interesse metaindividual (difuso, coletivo ou individual homogêneo) está em foco, pois, conhecer-se-á a extensão dos efeitos *erga omnes* da ação civil pública.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E INTERESSES METAINDIVIDUAIS OU TRANSINDIVIDUAIS

A ação civil pública (ou ação coletiva, denominada pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC) define-se como toda aquela proposta pelo Ministério Público e demais legitimados ativos, com a finalidade de pleitear tutela jurisdicional a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ligados, por exemplo (rol exemplificativo), ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico/estético/histórico/turístico e paisagístico

⁴ O conceito de *patrimônio público* repousa na Lei da Ação Popular (art. 4º da Lei nº 4.717, de 29.06.1965).

(patrimônio cultural), bem como controle popular sobre os atos dos poderes públicos que causem prejuízo ao patrimônio público⁴ por improbidade administrativa, visando à reparação e aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da CF/88:

A Lei nº 7.347, de 24.07.1985, marcou época no Direito brasileiro. Além de ser pioneira na materialização dos interesses metaindividuais, serviu de base para o surgimento de outras leis similares, que especializaram tais interesses como, por exemplo:

- a) Constituição Federal de 1988, art. 129, III, consagrando a legitimidade do *Parquet* e ampliando o rol dos interesses metaindividuais previstos no art. 1º da Lei nº 7.347/85 (rol exemplificativo: “[...] e de outros interesses difusos e coletivos”);
- b) Lei nº 7.853, de 24.10.1989, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência;
- c) Lei nº 7.913, de 07.12.1989, visando à responsabilidade pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários;
- d) Lei nº 8.069, de 13.07.1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA;
- e) Lei nº 8.429, de 02.06.1992, visando à responsabilidade e sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, bem como responsabilidade pelos atos atentatórios aos princípios da administração pública (moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e outros) ou lesivos ao patrimônio público;
- f) Lei nº 8.884, de 11.06.1994, visando à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica.

Importante ressalva é no sentido de a Lei nº 7.347/85 ser norma processual geral para a tutela dos interesses supra-individuais, aplicando-se a todas as outras leis destinadas à defesa desses interesses, bem como ao Código de Processo Civil subsidiariamente.

A ação civil pública visa à tutela em juízo dos interesses metaindividuais, transindividuais ou supra-individuais.

Capez (1997, p. 5-7), com muita propriedade, distingue os diversos tipos de interesse:

Interesse é a disposição de satisfazer uma necessidade ou desejo.

Interesse privado é o que precipuamente surge e existe em função das necessidades do indivíduo, isoladamente considerado.

Interesse público, a partir dos estudos de Renato Alessi, passou a ser conhecido pela divisão conceitual de interesse público em interesse primário (interesse do bem geral) e interesse secundário (interesse do Estado enquanto administração).

Interesse público primário é o interesse do bem geral, ou seja, o interesse da sociedade ou coletividade como um todo.

Interesse público secundário é o interesse público visto pelos órgãos da Administração, ou melhor, o modo pelo qual os órgãos administrativos vêem o interesse público.

Após essas noções, o professor explica os interesses metaindividuais ou transindividuais:

A partir de 1974, com os estudos de Mauro Cappelletti, sofreu pesada crítica a tradicional dicotomia (divisão lógica de um conceito) de interesse, que reunia, como únicas modalidades, o interesse privado, entendido como interesse individual (surgido nas relações entre as pessoas), e o interesse público secundário (titularizado pelo Estado enquanto Administração Pública).

Cappelletti propugnava a existência de uma zona intermediária de interesse, em que o titular não seria o cidadão, individualmente considerado, nem o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público.

Ao lado de um interesse meramente privado e do interesse público secundário, existe uma categoria intermediária ...

Um interesse é metaindividual quando, além de ultrapassar o círculo individual, corresponde aos anseios de todo um segmento ou categoria social [...] (CAPEZ, 1997, p. 5-7).

Repousa, aí, a origem dos interesses coletivos e difusos.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor – CDC trouxe proteção aos interesses individuais homogêneos, permitindo que tais interesses pudessem ser defendidos coletivamente em juízo, ou seja, transformou direitos similares numa categoria especial de direitos metaindividuais.

O citado professor prossegue, em relação aos interesses individuais homogêneos: “Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas

(litisconsórcio), mas de uma única demanda coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação para tutela desses direitos é sempre coletiva.” (CAPEZ, 1997, p. 5-7).

Assim, a maior novidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor foi a proteção em juízo dos interesses individuais homogêneos em uma só demanda, pois, partindo do princípio de que os interesses são idênticos, uma única solução em uma singular demanda representa economia processual e afasta a possibilidade de decisões judiciais contraditórias.

Para facilitar o conceito de cada um dos direitos metaindividuais, uso de uma fórmula extraída do art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11.09.1990, considerando que, para analisar se a relação entre os titulares é de fato ou de direito (importante para descobrir qual interesse metaindividual está em jogo), a regra é analisar a situação de um titular do direito supra-individual em relação ao outro, enfim, se entre eles há alguma relação jurídica (contrato de compra e venda, contrato de adesão etc). Senão, vejamos:

- 1) *Interesse difuso*, segundo o art. 81, parágrafo único, I, do CDC é o resultante da seguinte fórmula: titulares indeterminados + ligados entre si por uma situação de fato + objeto indivisível.

Ex.1: os vizinhos que estão interessados no fechamento de uma casa noturna que funciona irregularmente e perturba o sossego da vizinhança (situação de fato: residirem nas imediações);

Ex.2: os expectadores ou eventuais adquirentes de produto cuja publicidade, enganosa ou abusiva, é veiculada pela televisão (os titulares são indeterminados, entre eles há uma relação de fato e o objeto é indivisível); o direito de todos de respirar ar saudável, sem poluição etc.

- 2) *Interesse coletivo*, segundo o art. 81, parágrafo único, II, do CDC, é o resultante da seguinte fórmula: titulares determinados ou determináveis + ligados entre si por uma situação de direito — objeto indivisível — ou seja, na medida em que não podem ser partilhados individualmente entre os seus titulares, pois, atendido o interesse de um, satisfaz-se o de todos indiscriminadamente.

Ex.1: os associados/filiados estão ligados por um vínculo jurídico (sindicalizados/associados/filiados) e titularizam o interesse coletivo de combater cobrança de taxa de iluminação pública.

Ex.2: pais de alunos de escola particular (ligados por contrato de adesão-matrícula) visando combater aumentos ilegais e abusivos da mensalidade. Caso os pais queiram, além de combater preventivamente os aumentos de mensalidade, exigir que sejam restituídos os valores eventualmente pagos individualmente, temos o interesse individual homogêneo (objeto divisível).

vel – dar a cada pai aquilo que é seu, ou seja, aquilo que pagou indevidamente. O STF já se manifestou nesse sentido).

- 3) *Interesse individual homogêneo*, segundo o art. 81, parágrafo único, III, do CDC, é o resultante da seguinte fórmula: titulares determinados ou determináveis + ligados entre si por uma situação de fato + objeto divisível.

Ex.1: diversos consumidores que comprem um lote de produtos fabricados em série, com o mesmo defeito.

Ex.2: explosão do Shopping de Osasco/SP. Entre as pessoas feridas e mortas, que por lá passeavam, havia relação de fato, eram titulares determináveis; logo, o objeto de uma reparação de danos materiais e morais será divisível. Cada um desses titulares sofre uma tragédia pessoal (um perdeu o pai, a mãe; outro perdeu o irmão; outra sofreu lesão corporal grave etc); todavia, o interesse deles é idêntico: indenização por danos materiais e morais.

Ex.3: atualmente, há três interesses individuais homogêneos, ligados à função institucional do *Parquet*, de grande relevância em juízo, muito controvertidos, no tocante ao tema *Acesso à Educação* (ECA): a) transferência, pelas redes de ensino do Município ou Estado, de um aluno de uma escola para outra, com grande ônus financeiro; ou, ainda, transferência de uma escola de um local para outro – como é cediço, o Estado e o Município têm discricionariedade para tanto; o que se discute, no entanto, é que o Estado e Município não podem limitar o acesso à Escola, pelo que deve ser observado no caso concreto; b) evasão escolar (a criança tem idade escolar, matricula-se e não vai à escola) ou, ainda, não chega a ser levada à escola; c) o Estado e o Município limitam o acesso da criança à escola, pelo critério de idade (a partir de 5 anos – Município e, de 7 anos – Estado, ou outras faixas, dependendo da região brasileira), sem que tal critério mínimo esteja previsto no ECA. O ECA apenas estipula o dever de educação.

Os alunos e o direito de acesso à educação são ligados entre si por uma situação de fato; os titulares são determináveis e o objeto é divisível (retorno à escola pioneira, entrada no ensino, afastamento, a idade mínima etc).

Importante destacar que, num mesmo evento, é possível haver mais de um interesse metaindividual a ser buscado em juízo. No caso da explosão do Shopping de Osasco/SP, já referido, vimos que o direito de indenização entre as vítimas que ali passeavam constitui direito individual homogêneo. O interesse difuso, preexistente à explosão, denotava-se nos vizinhos, lojistas e também no público, todos com direito à construção firme e existência de normas de segurança no Shopping. Com base nesse direito difuso e se fosse conhecido o risco da explosão, poderiam ser defendidos coletivamente em juízo.

Após a explosão, com as consequências, surge o direito individual homogêneo. Todavia, se considerarmos os lojistas, eles tinham com o Shopping uma relação de direito (contrato), eram determináveis e perderam suas lojas na explosão (interesse coletivo).

Em relação ao interesse individual homogêneo, surge uma controversa questão, que é a legitimidade *ad causam* do Ministério Público.

Questiona-se: o Ministério Público tem legitimidade para defender qualquer interesse individual homogêneo, uma vez que o art. 129, III, da CF/88, apenas lhe confere ampla legitimidade para defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo?

Corrente 1: sim, pode proteger qualquer interesse individual homogêneo;

Corrente 2: não, o *Parquet* não tem legitimidade para defender interesse individual homogêneo;

Corrente 3: o *Parquet* somente tem legitimidade para a propositura da ação civil pública visando à proteção de interesse individual homogêneo se estiver previsto em lei como uma de suas funções institucionais — é a chamada representatividade adequada ou pertinência temática.

Filho-me à última corrente, diante da sistemática adotada em nossa legislação para a intervenção do Ministério Público. Nesse sentido, andou bem o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo ao sumular a representatividade adequada do *Parquet*, na defesa de interesses individuais homogêneos, nos seguintes casos:

- 1) quando disser respeito à saúde e à segurança das pessoas em geral ou ao acesso de crianças e adolescentes à educação (basta recordar o exemplo da defesa dos pais de alunos, pelo *Parquet*, referente às mensalidades escolares abusivas ou ilegais e à restituição dos valores pagos);
- 2) quando houver extraordinária dispersão dos lesados (basta recordar o exemplo da explosão do Shopping de Osasco/SP ocasionando a indenização de danos morais e materiais das pessoas que por lá passeavam. Outro exemplo seria o desastre com o avião da empresa aérea TAM, que caiu em São Paulo, atingindo casas, ferindo e matando passageiros e vizinhos);
- 3) quando convier à coletividade o zelo pelo funcionamento de determinado sistema social, econômico ou jurídico.

De forma clara, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais explica as espécies de interesses supra-individuais, no acórdão da lavra do Exmo. Sr. Des. Páris Peixoto Pena:

Valho-me, neste desiderato, dos escólios de

Kazuo Watanabe, que, em obra da lavra dos autores do anteprojeto da Lei nº 8.078/90, utiliza o exemplo dos contribuintes do imposto de renda para demonstrar o que é direito coletivo e diferenciar seu conceito do de direito difuso, no qual seus titulares são indeterminados: 'Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida.' [...]

E o autor usa o mesmo exemplo para diferenciar direito coletivo de interesse individual homogêneo: 'Não se pode confundir essa relação jurídica-base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão.' [...] (MINAS GERAIS, 1999).

3 LIMITES ENTRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Diante do sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado pela nossa Constituição Federal e, ainda, da natureza da ação civil pública e de seus efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, uma grande questão deve ser discutida e pensada pelos nossos Pretórios, principalmente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o guardião da Constituição: É possível o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública?

Da resposta a essa pergunta, inúmeras conseqüências serão trazidas à baila, e a principal delas, caso a resposta seja negativa, será a declaração pelos tribunais brasileiros e do próprio STF, nas diversas ações civis públicas ajuizadas visando ao controle difuso de constitucionalidade, de carência de ação (falta de condição da ação), consistente na ausência de interesse de agir/adequação, a saber, uso equivocado de instrumento processual ou, para outros, dependendo do enfoque dado, de ausência de possibilidade jurídica do pedido, pois, a ação civil pública não pode ser forma paralela de controle de constitucionalidade difuso geral e irrestrito, por fazer papel de ADIn e vincular o próprio STF, quebrando o sistema pátrio de o STF ser o guardião da Constituição Federal.

Nesse ponto, muito cuidado é preciso, pois a matéria é polêmica e envolve o raciocínio jurídico extraído da Hermenêutica Jurídica, consistente na conjugação da interpretação doutrinária/jurisprudencial, com a interpretação sistemática (análise da compatibilidade da ação civil pública com efeito *erga omnes*, com o controle repressivo de constitucionalidade via exceção ou defesa/controlado difuso). A questão que surge é: é possível o controle difuso de

constitucionalidade na ação civil pública? E se a ação civil pública, apesar desse rótulo, for usada como ADIn?

A questão é nova e não se encontra pacificada em nenhum tribunal do nosso País.

Diante da ausência de obras e julgados aprofundados sobre o tema, de forma sedimentada e explicativa, peço vênica, sem qualquer pretensão vinculante, mas apenas didática e provocadora de trabalhos sobre o tema, para apresentar tese sobre a questão, com base no sistema de controle de constitucionalidade de leis adotado no Brasil, e ainda, diante do princípio (quase dogma) de ser o STF o guardião da Constituição Federal e, de regra, o responsável pelo controle repressivo de constitucionalidade, na espécie concentrada ou reservada, ou seja, responsável pelo julgamento de lei estadual ou federal contrária à Constituição Federal, apenas admitindo como exceções as ingerências *sus*o arroladas dos Poderes (funções) Legislativo e Executivo, diante do sistema do *check and balance*.

Adotando todos esses parâmetros, é possível ação civil pública pleiteando controle difuso de constitucionalidade, desde que os efeitos *erga omnes* sejam para uma categoria limitada de protegidos (associados, legitimados), defendidos por seus substitutos processuais, e não para toda a sociedade. Enfim, se o efeito *erga omnes* for geral e irrestrito, não é possível o uso da ação civil pública; no entanto, se visar a grupos ou categorias de pessoas, de forma restrita, entendo ser possível.

Portanto, imprescindível conhecer qual interesse metaindividual está sendo protegido (difuso, coletivo ou individual homogêneo) e analisar a extensão que o efeito *erga omnes* da ação civil pública provocará.

Dessa forma, usando a interpretação doutrinária, conjugada com a sistemática, tudo o que foi exposto acima para o controle difuso aplica-se na ação civil pública, com uma única diferença: o controle difuso realizado na ação civil pública não pode substituir uma ADIn, pois, do contrário, vincularia o próprio STF, nos limites da competência do juiz prolator da ação civil pública, usurpando competência constitucional reservada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Por conseguinte, a minha conclusão é a de que o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, se tiver como objeto interesse metaindividual:

- a) difuso – de regra, não será possível o uso da ação civil pública;
- b) coletivo – de regra, será possível o uso da ação civil pública;
- c) individual homogêneo – sempre será possível o uso da ação civil pública.

Portanto, o que é autorizado aos autores da ação civil pública, seja qual legitimado for, é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-los, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato

inconstitucional.

Todavia, como a ação civil pública possui efeito *erga omnes* em seu pedido, é preciso analisar se tal efeito será restrito a um grupo ou categoria de pessoas, ou irrestrito.

Se for irrestrito, a ação civil pública é instrumento processual *camaleão*, pois visa fazer papel de ADIn, sem legitimidade predefinida e sem competência do órgão julgador.

Se o efeito da ação civil pública *erga omnes* for restrito, o instrumento processual será válido e eficaz, sem quebrar a viga mestra do sistema, qual seja, a premissa maior de ser o STF o órgão responsável pelo controle repressivo de constitucionalidade concentrado. Nesse caso, por exemplo, o controle difuso feito na ação civil pública fará com que a lei municipal permaneça válida, vigente e eficaz para todos (pois somente pelo controle concentrado é que se poderia expurgar a presente lei do cenário jurídico), salvo no tocante à forma como é feita, que terá vigência, mas não eficácia, para as partes processuais defendidas na ação civil pública. Nessa hipótese, o Ministério Público ou outro legitimado estará respeitando o sistema pátrio, e o magistrado, ao fazer o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, sucederá ao Juiz Marshal, da Suprema Corte Americana (1803), no sentido de usar de sua atividade jurisdicional para aplicar e interpretar a lei. Assim, percebendo contradição entre a lei municipal e a Constituição Federal, o nobre magistrado aplicará a última, por ser hierarquicamente superior a qualquer lei do Poder Legislativo, usando a Hermenêutica Jurídica, ciência da interpretação das leis, própria de sua atividade, sem, contudo, violentar o STF.

Assim, a título de esclarecimento, vejamos um exemplo:

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 8º, III, permite ao sindicato a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, funcionando como verdadeiro substituto processual expressamente previsto em lei.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), no seu art. 5º, I e II, permite que associação ajuíze a presente ação, desde que presentes dois requisitos:

- a) seja constituída há pelo menos 1 ano, nos termos da lei civil;
- b) tenha finalidade institucional compatível com os interesses individuais homogêneos defendidos. Trata-se, a meu ver, de pertinência temática, de relação de adequação.

Noutro giro, esse requisito da pré-constituição da pessoa jurídica poderá ser dispensado pelo juiz quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou, ainda, pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Por essa previsão, surge corrente jurídica que

entende que a sociedade de fato pode proteger interesse transindividual. O mesmo se diga para quem não possui personalidade jurídica.

Se uma ação civil pública proposta por uma associação, na defesa de seus associados, apenas produzir efeitos *erga omnes* para os substitutos processuais, diante, por exemplo, de um interesse coletivo (titulares determinados ou determináveis + ligados entre si por uma situação de direito, ou seja, relação jurídica com as associações respectivas + objeto indivisível, isto é, na medida em que não podem ser partilhados individualmente entre os seus titulares, pois, atendido o interesse de um, satisfaz-se o de todos indiscriminadamente), nada impede a aplicação do controle difuso de constitucionalidade como *incidenter tantum* na presente ação.

Mas, anote-se o seguinte: caso o Ministério Público ou outro legitimado ajuizasse a ação civil pública visando a interesse metaindividual difuso (titulares indeterminados + ligados entre si por uma situação de fato + objeto indivisível), apesar de a declaração de inconstitucionalidade ser questão prejudicial no controle difuso, sem operar coisa julgada (atinge a parte fundamentadora), o efeito *erga omnes* da ação civil pública atingiria toda sociedade municipal ou estadual e, nesse caso, repito, apesar de o controle de constitucionalidade ser difuso e não concentrado e, ainda, não fazer coisa julgada (a decisão sobre a inconstitucionalidade), claramente observar-se-ia que, via oblíqua, a ação civil pública estaria rotulada como tal, mas, na verdade, estaria sendo instrumentalizada, como uma ADIn Municipal ou Estadual, sem que houvesse legitimidade do autor para tanto e competência do magistrado para tal decisão, na medida em que o guardião da Constituição Federal é o STF.

Assim, apesar de ser o mecanismo processual ideal, visto que seria instrumento hábil para controlar inconstitucionalidade de leis municipais, dando à ação efeito *erga omnes*, o que não é possível via controle concentrado, pois não é possível o controle concentrado de lei municipal contrária à Constituição Federal, constataríamos que a ação civil pública estaria substituindo a ADIn, o que é inadmissível.

O Ministério Público, nesses casos, deve valorizar o maior instrumento posto a sua disposição (ação civil pública) e não usá-lo para outros fins (ADIn), pois acima de qualquer outra finalidade, o *Parquet* é o eterno *custos legis*, devendo velar pelo regime jurídico e sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil.

Para Slaib Filho (1994, p. 152), o Ministério Público brasileiro:

a) *dos Estados Unidos*, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação

de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resqúcio de poder participar da política partidária, ainda que hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127);

b) *da Europa Continental*, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vazo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor de advogado no patrocínio da causa [...] desenvolvendo sob a influência do Novo e Velho Mundo e da simbiose a sua força [...] (grifo nosso).

Assim, deve usar, de regra, a ação civil pública de forma irrestrita e ilimitada como maior instrumento conferido ao Ministério Público entre todas as legislações do mundo. Todavia, quando esta *actio* tiver como questão prejudicial a *inconstitucionalidade de lei*, como controle difuso de constitucionalidade, o *Parquet* deve se ater ao limite que a ação civil pública deve chegar: não ser forma oblíqua de ação direta de inconstitucionalidade, sob o rótulo daquela, de acordo com a extensão do efeito *erga omnes* em relação ao interesse metaindividual em jogo.

4 CONCLUSÃO

A regra impõe que o Poder Judiciário deve se incumbir da missão do controle repressivo de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88), como guardião da Constituição Federal, fator consagrado pelo Poder Constituinte Originário de 05.10.1988. Dessa forma, somente as exceções alhures citadas, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo (sistema de freios e contrapesos) são permissíveis, no sistema jurídico-constitucional pátrio, de exercerem o controle repressivo de constitucionalidade, sem que isso represente a quebra da *viga mestra* do sistema.

De acordo com o sistema de controle de constitucionalidade repressivo das leis e do precípua guardião da Constituição (STF), exceções feitas aos Poderes (funções do Poder) Legislativo (arts. 49, V, 52, X, e 62, todos da CF/88) e Executivo (por seu chefe máximo, ao negar vigência à lei por entendê-la inconstitucional), diante do sistema de freios e contrapesos (independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF/88), conclui-se que há limites entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, o que impede o

uso indiscriminado daquela, salvo se o efeito *erga omnes* for restrito, e não amplo e ilimitado.

Assim, o controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, se tiver como objeto interesse metaindividual, a) *difuso* — de regra, não é possível o uso da ação civil pública visando, na parte fundamentadora (questão prejudicial), à inconstitucionalidade de lei; b) *coletivo* — de regra, é possível o uso da ação civil pública, visando, na parte fundamentadora (questão prejudicial), à inconstitucionalidade de lei; c) *individual homogêneo* — sempre será possível o uso da ação civil pública, visando, na parte fundamentadora (questão prejudicial), a inconstitucionalidade de lei.

No caso de uso inadequado, percebendo isso, o juiz ou tribunal deve extinguir o processo formado pela ação civil pública, sem julgamento do mérito, por carência de ação: falta de interesse de agir (adequação) ou, para outros, falta de possibilidade jurídica do pedido.

Todavia, para o Ministério Público (Instituição que com orgulho defendendo) exercer sua função de defensor da sociedade e da ordem jurídica e não ficar limitado nos casos em que o controle difuso de constitucionalidade feito por ação civil pública seja juridicamente impossível, o que representaria uma *captio diminutis*, resta, por boa técnica jurídica e sem prejuízo de sua força social e prerrogativas constitucionais invejáveis em outras legislações mundiais:

- 1) *no caso de lei municipal ou estadual contrária à Constituição Estadual*: oficiar e representar ao Procurador-Geral de Justiça do seu Estado, para informar sobre possível controle *concentrado* de constitucionalidade da lei municipal ou estadual contrária à Constituição Estadual, a ser feito no Egrégio Tribunal de Justiça respectivo;
- 2) *no caso de lei estadual contrária à Constituição Federal*: oficiar ao procurador-geral da República e demais legitimados do art. 103 da CF/88, extraindo-se cópia de seu Parecer, a fim de que os legitimados, caso entendam ser inconstitucional a Emenda Constitucional, promovam a ADIn prevista no art. 102, I, “a”, da CF/88, pois os mesmos possuem legitimidade para tanto (art. 103 da Carta Máxima);
- 3) *no caso de lei municipal ou distrital (na competência de Município) contrária à Constituição Federal*: como não é possível o controle concentrado por ADIn ou ação declaratória de constitucionalidade, pelas razões estudadas, e não sendo o caso de ação civil pública (pois, se for cabível, a questão fica resolvida de forma irrestrita e geral), resta-lhe:
 - a) oficiar aos legitimados (entre eles o Procurador-Geral da República), para efeito de promover a arguição de descumprimento de preceito fundamental, trazida pela Lei nº 9.882/99, incumbindo ao STF o entendimento de que o novo instrumento jurídico poderá ser o remédio heróico para coibir atos abusivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo Municipal, o que poderá surtir efeito no sentido do controle de constitucionalidade repressi-

- vo de lei municipal contrária à Constituição Federal;
- b) orientar associações, sindicatos etc., que ajuízem ação civil pública, com controle difuso, mas com efeito *erga omnes* restrito a seus substitutos processuais, razão pela qual não há que se falar que tal ação faz papel de ADIn, pois o resultado final ficará restrito a uma categoria e não a todo município;
 - c) orientar a própria sociedade que ajuíze ações individuais visando ao controle difuso com efeitos *intra partem* e *ex tunc*, casos em que o *Parquet* atuará como *custos legis*;
 - d) oficiar à Câmara de Vereadores (no caso de leis municipais) ou à Câmara Legislativa (no caso do Distrito Federal atuando na sua competência municipal) para, com todo respeito, expor os fatos e sugerir a revogação daquela lei, sob pena de indenização por perdas e danos aos munícipes contra o Poder Legislativo, diante da inconstitucionalidade cristalina;

Esses são os caminhos jurídico-técnicos a serem adotados, de acordo com o sistema de controle de constitucionalidade consagrado no Brasil, pelo Poder Constituinte Originário responsável pela Constituição Federal de 05.10.1988.

Referências Bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Curso MPM: Curso preparatório aos concursos de ingresso nas carreiras jurídicas, 1997. Apostila.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 000.140.099-3/00 – Comarca de Patos de Minas. Apelante (s): 1º) O juízo – 2º) Município de Patos de Minas. Apelado (s): União Sindical de Patos de Minas e outros. Relator: Des. Páris Peixoto Pena. Belo Horizonte, 11 de maio de 1999. *Minas Gerais: Órgão Oficial dos Poderes do Estado*. Diário de Justiça, 18 maio 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.