

TESE 41

OS LIMITES ENTRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN) E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA CARÊNCIA DE AÇÃO QUANDO A AÇÃO CIVIL PÚBLICA FOR USADA COMO FORMA PARALELA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, APÓS ANÁLISE DA EXTENSÃO DO EFEITO *ERGA OMNES*

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira
Promotor de Justiça - Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 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. INTRODUÇÃO.

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 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, através das comissões de constituição e justiça (artigo 58 da CF/88) e pelo Poder Executivo, através do veto jurídico (artigo 66, parágrafo primeiro 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 deste controle preventivo, face o princípio da inércia da jurisdição, ficando os "poderes" (na acepção do termo, poder é uno, as funções deste Poder é que são tripartidas) Legislativo e Executivo com o comando deste 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: artigo 49, V, artigo 52, X e artigo 62, todos da CF/88. Também é realizado, excepcionalmente, pelo Poder Executivo, pelo seu chefe Máximo, nos respectivos entes da Federação, consistente em negar obediência à lei, por entendê-la inconstitucional, provocando/instigando ou induzindo o surgimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, para visar a pacificação da presunção relativa (*juris tantum*) de que "toda lei é constitucional". Estas inclusões dos "Poderes"(funções) Executivo e Legislativo no controle repressivo de constitucionalidade se justificam pelo sistema do *check and balance*(artigo 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(artigo 102, I, "a" da CF/88), como guardião da Constituição Federal, fator este consagrado pelo Poder Constituinte Originário de 05.10.1988. Desta forma, somente as exceções alhures citadas, através 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 isto represente a quebra da "viga mestre" do sistema.

O controle repressivo, feito de regra pelo Poder Judiciário, é realizado de duas formas no Brasil, o que rotula o mesmo de "Controle de Constitucionalidade Repressivo Judiciário Misto":

No prisma desta conclusão, a tese se justifica.

O controle repressivo, feito de regra pelo Poder Judiciário, é realizado de duas formas no Brasil, o que rotula o mesmo de "Controle de Constitucionalidade Repressivo Judiciário Misto":

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 4 espécies:

- ADIN Genérica(artigo 102, I, "a" da CF/88)-legitimidade:artigo 103 da CF/88;
- ADIN Interventiva(artigo 36, III da Carta Magna)-legitimidade: artigo 36, III da CF/88;
- ADIN por omissão(artigo 103, parágrafo segundo da CF/88)-legitimidade: artigo 103, parágrafo segundo da CF/88;
- Ação Declaratória de Constitucionalidade(artigo 102, I, "a", 2ª parte da CF/88)-legitimidade:artigo 103, parágrafo quarto da CF/88.

No controle reservado, 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 que se encontram na mesma situação jurídica, sendo que, se for ADIN a nível Estadual, vale para todo o Estado-membro respectivo).

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 CF/88, e, a nível estadual, pelo Tribunal de Justiça, se e somente se, houver inconstitucionalidade de lei municipal face à Constituição Estadual. Ambas exigem legitimidade pré-definida na Constituição Federal ou Constituição Estadual. Neste 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 indagação:

? E se lei municipal for contrária à CF/88 e não contrária à Constituição Estadual ?

Neste 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 é possível ser exercido.

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

- 1) lei estadual ou federal, contrária a CF/88, incumbe ao STF(artigo 102, I, "a" da CF/88);
- 2) de lei municipal ou estadual, contrária a Constituição Estadual, incumbe ao Tribunal de Justiça(artigo 125, parágrafo segundo da CF/88);
- 3) lei municipal contrária a CF/88, não é possível o controle concentrado no STF ou no TJ e sim, somente o controle difuso, por falta de previsão constitucional; resta apenas, repito, o controle difuso. O STF entende não ser possível o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, apesar do artigo 125, parágrafo segundo da CF/88, visto que tais 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 CF¹. Logo o Tribunal de Justiça respectivo somente tem competência para as ADINs de lei municipal ou estadual face à Constituição Estadual. Neste particular, diante da minha independência funcional, *data venia*, ousou discordar do entendimento de alguns colegas de carreira, pois lei municipal contrária à Constituição Federal NÃO CABE CONTROLE CONCENTRADO(às vezes, usados em Ação Civil Pública) E SIM, TÃO SOMENTE CONTROLE DIFUSO OU ABERTO, em qualquer espécie de ação, o que será analisado nesta tese;
- 4) lei distrital contrária a CF/88. O artigo 102, I, "a" da CF/88 não previu esta hipótese; mas, pela análise do artigo 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, neste caso, a CF/88 autoriza o controle concentrado e a ADIN será julgada pelo Tribunal de Justiça(artigo 125, parágrafo segundo da CF/88).

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, a saber, depende da existência de um caso concreto.

A idéia deste 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.

¹ Moraes, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. Editora Atlas/pg. 444, 1ª edição.

É conhecido como via de defesa, sugerindo que seja feita em contestação. Contudo pode ser utilizada também, nas ações constitucionais do *Habeas Corpus Act* e Mandado de Segurança, além das ações ordinárias.

O controle difuso, previsto no artigo 97 da Carta Cidadã, não proíbe que o juízo monocrático a realize, inclusive de ofício, pois trata-se de matéria de ordem pública. No entanto, sendo Tribunal, o artigo exige a cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CF/88).

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

A exceção a esta regra surge no controle difuso do artigo 52, X da CF/88, feito pelo Poder Legislativo (Senado Federal), onde 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 usada como via oblíqua, como rótulo ou paralelo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, como será minuciosamente exposto *infra*).

Como descrito *sus*, o controle difuso é julgado pelo Tribunal (ações de competência originária) ou pelo magistrado, caso haja lei municipal, estadual ou federal contrárias à Constituição Federal ou Estadual.

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

- não se exige legitimidade pré-determinada, podendo qualquer pessoa prejudicada exercê-la por si mesmo ou por seu substituto processual, se previsto em lei, desde que satisfaça os pressupostos processuais e as condições da ação;
- 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 CAPPELLETTI ² “que o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países do common law, denominando-os de descentralizado ou difuso, é confiado a todos Tribunais do país. Esses Tribunais, em qualquer processo, tem a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais”.

Esse controle, segundo o excelente professor e autor Alexandre de Moraes³, “*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 para o concentrado, reside no fato de que, no primeiro, a pronúncia do Judiciário não é feita no 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

² Mauro, C., Tribunais constitucionais europeus, pg. 601.

³ Direito Constitucional, editora Atlas, 1ª edição, pg. 444.

julgada e assim, não vinculando o STF ao decidido, permitindo, assim, em ADIN, julgar de forma diferente e com a força do instituto da coisa julgada.

Portanto, o controle difuso não expurga a lei do ordenamento jurídico e sim, somente o controle concentrado.

Este é o raciocínio sistemático.

A questão da inconstitucionalidade declarada na Ação Civil, portanto, não faz efeito *erga omnes* e nem coisa julgada, pois atinge a PARTE FUNDAMENTADORA da sentença.

Dá, no PEDIDO sim, o efeito é *erga omnes*, por trata-se de Ação Civil Pública e faz coisa julgada. Ora, para se chegar no pedido, a saber, no mérito, é pressuposto lógico que o magistrado supere a inconstitucionalidade na parte fundamentadora, mas sem dá-la efeito *erga omnes*, pois senão estaria usurpando função do S.T.F.

Neste sentido, o festejado autor e profundo conhecedor do tema, o eminente Hugo Nigro Mazzilli⁴ 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 caberia 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 nº 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”.

Todavia, *data maxima venia*, devemos lembrar que, apesar da 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 desta 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 do Estado-membro).

Nesta linha de raciocínio, *data maxima venia*, este efeito *erga omnes* na Ação Civil Pública deve ser restrito/limitado, por ter esta 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 e falta de técnica e observância do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, em prejuízo do protetor nato da CF: o STF.

⁴ Mazzilli, Hugo Nigro. in A defesa dos interesses difusos em juízo, São Paulo, editora Saraiva, 1996, 8ª edição, pgs. 163/164.

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) VS. efeito *erga omnes* no pedido.

Desta forma, é preciso analisar a extensão dos efeitos *erga omnes* da Ação Civil Pública, quando esta cuida de controle difuso de constitucionalidade das leis, para evitar usurpação de função e decisões judiciais contraditórias, em prejuízo do Poder Judiciário. Neste particular, assume relevante importância, conhecer qual espécie de interesse metaindividual(difuso, coletivo ou individual homogêneo) está em foco, pois deste, se conhecerá 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) 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(patrimônio cultural), bem como controle popular sobre os atos dos poderes públicos que causem prejuízo ao patrimônio público⁵ por improbidade administrativa, visando a reparação e aplicação das sanções do artigo 37, §4º da Constituição Federal.

A Lei nº 7.347/85 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 exemplos:

- a) Constituição Federal de 1988, artigo 129, III, consagrando a legitimidade do *parquet* e ampliando o rol dos interesses metaindividuais previsto no artigo 1º da Lei nº 7.347/85(rol exemplificativo- "...e de outros interesses difusos e coletivos");
- b) Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência;
- c) Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989, visando a responsabilidade pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários;
- d) Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente;
- e) Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, visando a 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 de junho de 1994, visando a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica.

⁵ O conceito de patrimônio público repousa na Lei da Ação Popular(Lei nº 4.717/65, artigo 4º).

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

A Ação Civil Pública, visa a tutela em juízo, dos interesses metaindividuais, transindividuais ou supraindividuais.

O didático e culto professor Fernando Capez, com muita propriedade, distingue os diversos tipos de interesse⁶:

2.1 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 estas noções, o professor explica o interesse 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..."⁷.

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

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor trouxe o interesse **individual homogêneo**, permitindo que tais interesses pudessem ser defendidos coletivamente em juízo, a saber, 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(litísconsórcio), mas de uma única demanda coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação para tutela desses direitos é sempre coletiva"⁸.

⁶ Capez, Fernando. in "Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos", pg 05/07 Curso MPM- São Paulo/Capital.

⁷ Capez, Fernando. obra citada.

Assim, a maior novidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor foi a proteção em juízo dos interesses individuais homogêneos em uma só demanda, ou seja, partindo do princípio 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 artigo 81, parágrafo único da Lei nº 8.078/90, 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 supraindividual para 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 artigo 81, parágrafo único, I do Código de Defesa do Consumidor é o resultante da seguinte fórmula:

TITULARES INDETERMINADOS + LIGADOS ENTRE SI POR UMA SITUAÇÃO DE FATO + OBJETO INDIVISÍVEL.

Ex1: 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);

Ex2: Os expectadores ou eventuais adquirentes de produto cuja publicidade, enganosa ou abusiva, é veiculada pela televisão (entre os titulares há uma relação de fato, o objeto é indivisível e os titulares, indeterminados); o direito de todos de respirar ar saudável, sem poluição, etc.

2. Interesse Coletivo, segundo o artigo 81, parágrafo único, II do Código de Defesa do Consumidor é o resultante da seguinte fórmula:

TITULARES DETERMINADOS OU DETERMINÁVEIS + LIGADOS ENTRE SI POR UMA SITUAÇÃO DE DIREITO + OBJETO INDIVISÍVEL- a saber, na medida que não podem ser partilhados individualmente entre os seus titulares, pois atendido o interesse de um, satisfaz-se o de todos indiscriminadamente.

Ex1: 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.

Ex2: 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, que sejam restituídos dos valores eventualmente pagos individualmente, temos o interesse individual homogêneo (objeto divisível - dar a cada pai aquilo que é seu, ou seja, aquilo que pagou indevidamente/ o STF já se manifestou neste sentido).

3. Interesse Individual Homogêneo, segundo o artigo 81, parágrafo único, III do Código de Defesa do Consumidor é o resultante da seguinte fórmula:

TITULARES DETERMINADOS OU DETERMINÁVEIS + LIGADOS ENTRE SI POR UMA SITUAÇÃO DE FATO + OBJETO DIVISÍVEL.

Ex1: Diversos consumidores que compram um lote de produto fabricado em série, com o mesmo defeito.

⁸ Capez, Fernando. obra citada.

Ex2: Explosão do Shopping de Osasco/SP. Considerando as pessoas feridas e mortas, que por lá passeavam, entre elas havia relação de fato, eram determináveis, logo, o objeto de uma reparação de danos materiais e morais será divisível. Cada uma desses titulares teve uma tragédia pessoal (uma perdeu o pai, a mãe; outra perdeu o irmão, outra sofreu lesão corporal grave, etc); todavia, o interesse delas é idêntico: indenização por danos materiais e morais.

Ex3: Atualmente, há três interesses individuais homogêneos, ligados a 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, retirada de uma escola de um local para outro - como é cediço, o Estado e Município têm discricionariedade para tanto; o que se discute, no entanto, é que o Estado ou Município não podem limitar o acesso à Escola, pelo que deve ser observado no caso concreto;
- b) evasão escolar (a criança tem idade escolar, se matricula e não à escola) ou, ainda, não chega a ser levada à escola;
- c) O Estado e Município limitam o acesso da criança à escola, pelo critério de idade (a partir de 05 anos-Município e 07 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.

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

Importante destacar que de um mesmo evento, é possível haver mais de um interesse metaindividual a ser buscado em juízo.

Ex: Usando do exemplo da explosão do Shopping de Osasco/SP, vimos que o direito de indenização entre as vítimas que ali passeavam constitui-se em direito individual homogêneo. O interesse difuso, pré-existente a explosão, denotava-se nos vizinhos, lojistas e também do público, todos com direito a construção firme e existência de normas de segurança no Shopping. Com base neste 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, estes tinham para 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 controvertida questão, em relação a legitimidade *ad causam* do Ministério Público.

Questiona-se: ? O Ministério Público tem legitimidade para defender qualquer Interesse Individual Homogêneo, uma vez que o artigo 129, III da CF/88 apenas lhe confere ampla legitimidade para defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo ?

Corrente 01- Sim, pode proteger qualquer interesse individual homogêneo;

Corrente 02- Não, o *parquet* não tem legitimidade para defender interesse individual homogêneo;

Corrente 03- O *parquet* somente tem legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública visando a proteção de interesse individual homogêneo, se este estiver previsto em lei como uma de suas funções institucionais- é a chamada representatividade adequada ou pertinência temática.

Filho-me a esta última corrente, diante da sistemática adotada em nossa legislação para a intervenção do Ministério Público. Neste 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 segurança das pessoas em geral ou acesso de crianças e adolescentes a educação**(basta recordar o exemplo da defesa dos pais de alunos, pelo *parquet*, referente as mensalidades escolares abusivas ou ilegais e a restituição dos valores pagos);
- 2) **quando houver extraordinária dispersão dos lesados**(basta recordar o exemplo da explosão do Shopping de Osasco/SP e a indenização de danos morais e materiais das pessoas que por lá passeavam; outro exemplo, seria o desastre da empresa aérea TAM, cujo avião caiu em São Paulo, atingindo casas, ferindo e matando passageiros e vizinhos);
- 3) **quando convier a coletividade o zelo pelo funcionamento de determinado sistema social, econômico ou jurídico.**

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

"Valho-me, neste desiderato, dos escólios de Kazuo Watanabe⁹, que em obra da lavra dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, vale-se do 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 indetermináveis:

'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.

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' ¹⁰

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

Diante do sistema de controle de constitucionalidade das leis adotados 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 Egrégios 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 desta pergunta, inúmeras consequências 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 Cíveis Públicas ajuizadas visando o **CONTROLE DIFUSO DE**

⁹ Watanabe, Kazuo. in Código de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro. editora Forense Universitária, 4ª edição, pgs. 503/504.

¹⁰ obra citada. Conferir Apelação Cível 000.140.099-3/0- Comarca de Patos de Minas/MG-TJMG. Relator, Exmo. Sr. Des. Páris Peixoto Pena.

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**, a saber, 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 do STF ser o guardião da CF/88.

Neste 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 deste 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 *venia*, sem qualquer pretensão vinculante, e sim, apenas didática e provocadora de trabalhos sobre o tema, de 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 ainda, de regra, o responsável pelo controle repressivo de constitucionalidade repressivo, na espécie concentrado ou reservado, a saber, responsável pelo julgamento de lei estadual ou federal contrárias a 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 estes 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), protegidos por seus substitutos processuais e não para toda sociedade; enfim, se o efeito *erga omnes* for geral e irrestrito, não é possível o uso da Ação Civil Pública; no entanto, se visar 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.

Desta forma, usando da interpretação doutrinária, conjugada com a sistemática, tudo o que foi exposto acima para o controle difuso se aplica na Ação Civil Pública, com uma única diferença:

O CONTROLE DIFUSO REALIZADO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NÃO PODE SUBSTITUIR UMA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE(ADIN), pois do contrário vincularia o próprio Supremo Tribunal Federal, 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 de que, 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;
- b) Coletivo = de regra, é 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 pré-definida 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 mestre do sistema, a saber, a premissa maior de ser o STF o órgão responsável pelo controle repressivo de constitucionalidade concentrado. Neste 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 a **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 o 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 CF/88, o nobre magistrado aplicará a última, por ser hierarquicamente superior a qualquer lei do Poder Legislativo, usando da Hermenêutica Jurídica, ciência da interpretação das leis, própria de sua atividade, sem contanto, violentar o guardião da Constituição: o Egrégio STF.

Assim, a título de esclarecimento, vejamos um exemplo:

A Constituição Federal, no seu artigo 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 artigo 5º, I, permite que associação ajufze a presente ação, desde que presentes dois requisitos:

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

Noutro giro, esse requisito da pré-constituição da pessoa jurídica poderá ser dispensada 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 esta 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.

Suponhamos que:

- 1) 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**-a saber, relação jurídica com as associações respectivas- **+ OBJETO INDIVISÍVEL**- a saber, na medida 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.

- 2) Mas, anote-se o seguinte: caso o Ministério Público ou outro legitimado ajuizasse a Ação Civil Pública visando interesse metaindividual **DIFUSO(TITULARES INDETERMINADOS + LIGADOS ENTRE SI POR UMA SITUAÇÃO DE FATO + OBJETO INDIVISÍVEL)**, apesar da 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 neste caso, repito, apesar do controle de constitucionalidade ser difuso e não concentrado e não fazer coisa julgada (a decisão sobre a inconstitucionalidade), claramente se observaria que, via oblíqua, a Ação Civil Pública estaria rotulada como tal, mas na verdade estaria sendo instrumentalizada, via oblíqua, 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 CF/88 é o STF.

Assim, apesar de ser o mecanismo processual ideal, visto que seria instrumento hábil para controlar inconstitucionalidades de leis municipais, dando a 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, nestes casos, deve valorizar o maior instrumento posto a sua disposição (Ação Civil Pública) e não usar dele para outros fins (ADIN), pois acima de qualquer outra finalidade, o *parquet* é o eterno *custus legis*, devendo velar pelo regime jurídico e sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil.

Assim, o Ministério Público brasileiro, que,

"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 resquício de poder participar da política partidária, ainda que hipótese 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 juizes, 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..."¹¹,

deve usar, de regra, a Ação Civil Pública de forma irrestrita e ilimitada como maior instrumento conferido ao Ministério Público de todos 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.

¹¹ Slaibi Filho, Nagib. in Ação Declaratória de Constitucionalidade/Rio de Janeiro, editora Forense, 1994, pg.152.

4. CONCLUSÃO

A regra impõe que o Poder Judiciário deve se incumbir da missão do **controle repressivo de constitucionalidade**(artigo 102, I, "a" da CF/88), como **guardião da Constituição Federal**, fator este consagrado pelo Poder Constituinte Originário de 05.10.1988. Desta forma, somente as exceções alhures citadas, através 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 isto represente a quebra da "viga mestre" 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(artigo 49, V, artigo 52, X e artigo 62, todos da CF/88) e Executivo(por seu chefe máximo ao negar vigência a lei por entendê-la inconstitucional), diante do sistema de freios e contrapesos(independência e harmonia entre os "Poderes"(artigo 2º da CF/88), conclui-se que há limites entre a Ação Civil Pública e a ADIN, 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), a inconstitucionalidade de lei; b) **coletivo** = de regra, é possível o uso da Ação Civil Pública,visando, na parte fundamentadora(questão prejudicial), a inconstitucionalidade de lei e, c) **Individual Homogêneo** = sempre será possível o uso da Ação Civil Pública, visando, na parte fundamentadora(questão prejudicial), a inconstitucionalidade de lei.

Neste caso de uso inadequado, percebendo isto, 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 defendo), exercer sua função de defensor da sociedade e da ordem jurídica e não ficar limitado nos casos que o controle difuso de constitucionalidade feitos 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 contrárias a 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 a Constituição Estadual, a ser feito no Egrégio Tribunal de Justiça respectivo;

2- no caso de lei estadual contrária a Constituição Federal: oficiar ao Procurador-Geral da República e demais legitimados do artigo 103 da CF/88, extraindo-se cópia de seu Parecer, a fim de que os legitimados, caso entendam ser inconstitucional a Emenda Constitucional nº 20/98, promovam a ADIN prevista no artigo 102, I, a da CF/88, eis que os mesmos possuem legitimidade para tanto(artigo 103 da Carta Máxima).

3- no caso de lei municipal ou distrital(na competência de Município) contrária a CF/88: como não é possível o controle concentrado, 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) orientar a associações, sindicatos etc, que ajufze 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;

b) orientar a própria sociedade que ajufze ações individuais visando o controle difuso com efeitos *intra partem e ex tunc*, caso em que, o *parquet* atuará como *custus legis*;

c) Oficiar a Câmara de Vereadores(no caso de leis municipais) ou a 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;

Estes, s. m.j, são os caminhos jurídicos-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.