

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO EM SEDE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**SORAIA MÔNICA FONSECA MURTA  
LUIS CLÁUDIO VIEIRA**

### **RESUMO**

Esse trabalho apresenta um estudo sobre o controle judicial de constitucionalidade vigente no Brasil e a possibilidade desse controle ocorrer em sede de ação civil pública. Em 1985, com a publicação da Lei da Ação Civil Pública, o Brasil passou a experimentar uma nova realidade no que tange à tutela dos direitos coletivos, reforçada posteriormente com a Constituição da República de 1988 e a edição do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, diante do modelo dicotômico de constitucionalidade adotado pelo Brasil, podendo ocorrer de forma concentrada ou difusa, insurgiu-se muitas discussões doutrinárias acerca da possibilidade ou não de se ter em ações civis públicas a ocorrência de tal controle. O objetivo deste estudo é apresentar a estrutura do atual modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil para, a partir daí, compreender os posicionamentos a favor e contrários acerca do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, apresentando ainda o posicionamento jurisprudencial sobre a questão. Para elaboração do presente trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica e de jurisprudência. Diante do modelo social contemporâneo complexo e frágil, a ação civil pública possui papel relevante como instrumento de equilíbrio social e, dentre outros, de defesa do meio ambiente, do patrimônio público e de direitos dos consumidores, bens jurídicos ameaçados a todo instante e que afetam a toda coletividade. O pedido nas ações civis públicas deve ser em razão da defesa dos bens jurídicos ameaçados e não puramente pela declaração de inconstitucionalidade que, se houver, estará por adentrar nas competências do Supremo Tribunal Federal. A amplitude dos limites subjetivos da coisa julgada na ação civil pública não se

sobrepõe à competência do STF em sede de controle de constitucionalidade. Trata-se de questão primordial para compreender a problemática que envolve a possibilidade de haver controle difuso de constitucionalidade nas ações civis públicas.

Palavras-chave: Modelo de Controle de constitucionalidade. Ação Civil Pública. Efeito erga omnes. Coisa julgada.

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia de se ter controle de constitucionalidade está intimamente ligada ao princípio da Supremacia da Constituição, no qual a Constituição está no topo da pirâmide que concentra todo o ordenamento jurídico. O fundamento do controle de constitucionalidade é o de que nenhum ato normativo possa modificar ou suprimir a Constituição Federal (MORAES, 2014). Tratando-se do controle de constitucionalidade judiciário brasileiro, que é o foco deste estudo, tem-se o modelo concentrado e o difuso.

O controle concentrado, criado pelo ilustre Hans Kelsen, determina a competência para exercer o controle de constitucionalidade a um único órgão, que no caso do Brasil é o Supremo Tribunal Federal. É também conhecido como controle abstrato, considerando que para se declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo não há a necessidade de um caso concreto (MORAES, 2014).

Por outro lado, o controle difuso, que teve a sua origem vinculada ao famoso caso *Madison versus Marbury* (1803), é aquele em que qualquer juiz ou tribunal analisa, em razão de determinado caso concreto, ou seja, em caráter incidental, a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição.

Este artigo busca analisar a possibilidade do controle difuso, portanto, incidental, da constitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública. Para ALMEIDA (2007, pag. 706), “No caso da ação civil pública, a inconstitucionalidade da lei é discutida *incidenter tantum*, ou seja, na causa de pedir, de sorte que a decisão sobre ela não produz os efeitos decorrentes da coisa julgada”. Embora

essa seja a posição doutrinária majoritária, há argumentos contrários à tese dessa possibilidade de controle difuso que merecem uma apreciação com maior profundidade. Ademais, tem-se um posicionamento inovador no Novo Código Civil (Lei 13.105/15) que determina que a questão prejudicial possa fazer coisa julgada.

O objetivo precípua deste estudo é apresentar as diversas teses a favor e contrárias ao controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, a partir do modelo de controle de constitucionalidade que é adotado no Brasil. De forma complementar, apresentar-se-á a posição jurisprudencial a respeito do tema.

Como resultado da pesquisa acerca de estudos anteriores, optou-se pelo estudo de Tavares (2003), em que se demonstraram de forma bem fundamentada as justificativas que possibilitam a apreciação da inconstitucionalidade de leis e atos normativos nas ações coletivas, destacando a força que a tutela dos direitos metaindividuais ganhou no Brasil, com os adventos da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Constituição da República de 1988 e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Enfatiza-se que as ações coletivas tratam da tutela de bens jurídicos da maior importância no atual contexto da sociedade brasileira, não pretendendo ser um instrumento de discussão, em tese, de normas jurídicas, a não ser de forma prejudicial (causa de pedir).

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 O OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Toda ação judicial é composta pelos seguintes elementos: partes, objeto e causa de pedir. As partes são os sujeitos envolvidos na discussão pelo bem. O objeto é o pedido, ou seja, a providência pretendida, que pode ser imediato (manifestação pleiteada ao juiz) ou mediato (bem da vida pretendido). A causa de pedir são os fundamentos fáticos e jurídicos que motivam a causa e amparam o pedido.

No caso das ações civis públicas, o objeto representa o pedido. Está disposto no art. 3º da Lei 7.347/85: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. O objeto é uma pretensão que

visa uma obrigação de fazer ou de não fazer, cujo interesse objetivado pode ser o meio ambiente, os consumidores ou o patrimônio público (MANCUSO, 2014).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 117, que inclui o seu Título III na aplicabilidade da Lei 7.347/85, os pedidos em ação civil pública, que antes se limitavam em ressarcimento e cominação, passaram a admitir ações cautelares, desconstitutivas, mandamentais e declaratórias, englobando, portanto, todos os pedidos possíveis.

Contudo, conforme salientado por Almeida (2007), o pedido formulado em sede de ação civil pública visa à tutela do direito coletivo ameaçado ou lesado, e não à declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

A possibilidade de controle difuso de inconstitucionalidade apenas é possível se a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, venha a qualificar-se como simples questão prejudicial necessária à resolução da lide (LENZA, 2008).

Portanto, não se pode formular, em sede de ação civil pública, pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por ser esta competência originária do STF. Tal declaração é apenas possível no processo para atingir os objetivos principais da ação civil pública, delineados pelo seu objeto (OLIVEIRA; STARLING, 2001).

## **2.2 DOS EFEITOS DA DECISÃO E DA COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA REPERCUSSÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O principal objetivo da coisa julgada é preservar a estabilidade nas relações jurídicas. A Lei 7.347/85, em seu art. 16, determina que a sentença civil faça coisa julgada *erga omnes*, nos limites territoriais do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Conforme Almeida (2009), a publicação da Lei 9.494/97, que limitou os efeitos da ação civil pública aos limites territoriais do órgão prolator, se deu em razão da preocupação da União com as liminares de caráter nacional em ações civis públicas. Todavia, a alteração não foi completa porque o art. 103 do Código de Defesa do

Consumidor, incorporado à Lei 7.347/85, não foi contemplado com a mesma restrição, podendo ser utilizado para afastar a limitação imposta. Grinover (2009 apud ALMEIDA) considera que o executivo foi infeliz na imposição dessa limitação, pois isso contraria toda a filosofia dos processos coletivos, que se destinam justamente a resolver de forma geral os conflitos de interesse, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los.

O art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, incorporado pela Lei 7.347/85, dispõe que nas ações coletivas a sentença poderá fazer coisa julgada *erga omnes*, no caso dos interesses difusos e individuais homogêneos, ou *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe afetado pela decisão.

O efeito *erga omnes* da decisão tem como propósito resolver uma multiplicidade de problemas, aliando a efetividade do princípio da igualdade com o da economia processual (MILARÉ, 2015).

Considerando os efeitos *erga omnes* da ação civil pública, Alexandre de Moraes tem o seguinte posicionamento:

“.....o que se veda é a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importa se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido *incidenter tantum*, pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos nas decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei nº 7.347 de 1985.”(MORAES, 2014, pag. 752).

Com relação ao posicionamento de Alexandre de Moraes, tem-se manifestação divergente de Almeida (2007), “... a inconstitucionalidade da lei é discutida *incidenter tantum*, ou seja, na causa de pedir, de sorte que a decisão sobre ela não produz os efeitos decorrentes da coisa julgada”.

Considerando que o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) é aplicado subsidiariamente à Lei 7347/85, em seu art. 469, inciso III, determina que não faz coisa julgada a decisão sobre questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Conforme os arts. 325 e 470 do mesmo Codex, caso uma das partes tenha interesse em fazer com que pese coisa julgada sobre a questão da resolução da questão prejudicial, deverá valer-se de ação declaratória incidental.

Contudo, a questão é tratada de forma diferente no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15):

Art. 503 – A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

& 1º - O disposto no caput aplica-se à resolução da questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juiz tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

& 2º - A hipótese do & 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Nery Junior (2003 apud TAVARES) entende que o pedido da ação civil pública é a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor ou pela própria Lei da Ação Civil Pública, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei, sendo que em uma ADIn o pedido seria a própria declaração de inconstitucionalidade. Isso não gera sobreposição de decisões, pois os objetos são diferentes, mesmo com o efeito *erga omnes*.

Conforme salienta Tavares (2003), o problema da repercussão no controle de constitucionalidade dos efeitos da decisão e da coisa julgada em sede de ação civil pública se dá em função do próprio modelo de controle adotado no Brasil. Se fosse o caso de impedir o uso de uma ação civil pública sempre que esta discutir preliminarmente uma inconstitucionalidade, o campo constitucional dessa ação seria consideravelmente reduzido.

### **3. O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS SEUS REFLEXOS NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS**

#### **3.1 – A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA E DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIOS NORTEADORES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.**

Os princípios são instrumentos pré-existentes a qualquer lei ou ato normativo, com utilidade inquestionável na interpretação dessas leis e atos, tendo as Constituições como ponto de partida. Os princípios são parâmetros essenciais até mesmo para a elaboração das Constituições, momento em que podem se positivar sem, contudo, significar o seu exaurimento. Há dois princípios que possuem destaque quando o tema é controle jurisdicional difuso de constitucionalidade: a Democracia e a Supremacia Constitucional.

A Democracia, conforme destaca Silva (2015), é representada por um movimento em que todos os seguimentos da sociedade participam do processo interpretativo, promovendo uma democratização da interpretação do Direito. A jurisdição constitucional difusa seria o meio mais apropriado para a implementação desse processo de interpretação democrática, pois somente em sua forma descentralizada de atuar é que se propiciaria a necessária integração da realidade. Para Bonavides (2004), a concentração do controle de constitucionalidade torna o processo menos democrático, aberto e independente, ficando mais vulnerável e sujeito às pressões de ordem política. Bonavides considera o controle difuso altamente democrático, considerando que ele nasce nas bases do sistema, na sua horizontalidade, e por ele se irradia com tal amplitude, transformando todo juiz em um juiz constitucional. O exercício da Democracia é pleno no controle difuso de constitucionalidade, pois permite aos cidadãos uma participação direta e efetiva contribuindo para a legitimação do processo constitucional. Portanto, é importante para a consolidação dos valores democráticos a possibilidade de se discutir a constitucionalidade de leis em seu momento mais precioso, que é o da defesa dos direitos subjetivos. Para Silva (2015) é impensável uma interpretação da constituição sem o cidadão ativo.

Outro princípio basilar que norteia o controle jurisdicional de constitucionalidade é o da Supremacia Constitucional. Para Bonavides (2004), “A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania.” Destaca o renomado autor que em países que ainda precisam solidificar a democracia, como é o caso do Brasil, os direitos fundamentais nem sempre encontram o respaldo necessário na legislação infraconstitucional, o que faz necessário a atuação do controle constitucional jurisdicional, fazendo com que a lei se assente em princípios, de forma a promover a justiça constitucional. Isso só é possível pela premissa de que a Constituição está no topo do ordenamento jurídico

atuando como uma bússola principiológica que rege a aplicação adequada das leis e atos normativos ao caso concreto. É a supremacia da constituição e a sua característica de unicidade que propicia uma situação favorável de discussão difusa de constitucionalidade, permitindo a aproximação do Direito à realidade social e proporcionando um ambiente mais favorável à promoção da justiça em sua essência.

### **3.2 – CARACTERÍSTICAS DO MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ADOTADO NO BRASIL**

O controle de constitucionalidade na visão de Moraes (2014) é a garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição de forma a tornar possível o processo democrático no Estado de Direito. É a verificação da adequação dos requisitos formais e materiais das leis à Constituição.

No Brasil o controle judiciário é misto, exercido na forma concentrada e difusa. Adota-se um modelo complexo em que se têm as ações diretas de inconstitucionalidade, representando o modelo concentrado, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a verificação difusa, realizada por todos os juízes em todos os graus de jurisdição, englobando todos os processos.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, nos casos concretos em que o controle difuso era realizado pelo STF, permaneciam os efeitos *inter partes*, havendo a necessidade do exercício da competência, por parte do Senado, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, conforme o art. 52, inciso X, da Constituição. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, nas questões constitucionais de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, pode editar Súmula Vinculante, respeitados os requisitos do art. 103-A da Constituição da República.

Embora haja uma tendência de valorização do controle concentrado no Brasil, em virtude das inovações trazidas pela Constituição de 1988, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, com a ação declaratória de constitucionalidade, o fato é que o controle difuso ainda é um meio imprescindível de controle de constitucionalidade efetivo que visa a garantir a aplicação das normas constitucionais ao caso concreto.

Na forma difusa o efeito da declaração de inconstitucionalidade é *inter partes* e *ex tunc*. O efeito *ex tunc* se dá em razão de que uma lei considerada inconstitucional é nula. Como salientou Mello (2014 apud MORAES, pag. 750), “a lei inconstitucional nasce morta”. Contudo, esse efeito *ex tunc* não é absoluto. Moraes (2014) salienta que será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, sempre que a ordem pública ou social assim o exigir, tendo como alicerce os princípios da segurança jurídica e a boa-fé.

Na forma concentrada o efeito da declaração de inconstitucionalidade é *erga omnes* e *ex tunc*. O objeto da ação direta de inconstitucionalidade, além das espécies previstas no art. 59 da Constituição de 1988, possibilita o controle dos atos de conteúdo normativo. Moraes (2014), explica que ato normativo é todo aquele que encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários. Ao contrário do controle difuso que pode ser argüido pelas partes interessadas em qualquer processo, o controle concentrado somente poderá ser exercido pelos legitimados constantes no art. 103 da Constituição da República.

O quadro abaixo evidencia as principais características do modelo de controle judiciário de constitucionalidade adotado no Brasil, permitindo uma melhor visualização das diferenças mais relevantes entre o modelo concentrado e o difuso.

#### **Quadro 1 – Comparativo entre os modelos concentrado e difuso**

<b>Concentrado</b>	<b>Difuso</b>
Por via de ação;	Por via de exceção (o próprio cidadão fazendo o papel da autoridade);
Em tese (analisa a lei abstrata);	Em concreto (analisa a adequação da norma ao preceito constitucional, depois de ocorrido o fato concreto a ela vinculado);
Principal (o objeto da ação é a própria norma);	Incidental (ocorre um fato concreto que é um incidente, ou seja, o legislador não considerou a adequação da norma quanto ao preceito constitucional para aquele caso específico);

Legitimidade Ativa – autoridades, entidades e órgãos definidos na Constituição;	Legitimidade Ativa – qualquer pessoa;
Análise – órgão especializado;	Análise – qualquer juiz ou tribunal, de acordo com a lei de organização judiciária;
Efeito <i>erga omnes</i> .	Efeito <i>inter partes</i> .

**Fonte:** manuscritos da disciplina “Direito Constitucional I”, da Faculdade Arnaldo Janssen, em 2012, ministrada pela professora Soraia Mônica Fonseca Murta.

### **3.3 – POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS**

A doutrina não é unânime quanto à questão levantada, tendo diversos argumentos contrários e a favor, embora a posição majoritária entenda que o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública não provoca usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Mendes (2003 apud TAVARES), considera que é inevitável o fato de que, em sede de ação civil pública, uma simples decisão de caráter prejudicial pode retirar qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, em usurpação das competências que a Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal. Na opinião do jurista não se recomenda o controle constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual no âmbito da ação civil pública. Como contraponto à posição de Gilmar Ferreira Mendes, Pertence (2003 apud TAVARES) discorre que na ação civil pública há uma pretensão condenatória ou mandamental, que pode ser derivada da inconstitucionalidade de alguma regra jurídica, situação em que não se poderia utilizar da ação direta como via processual adequada. Portanto, realmente no campo prático poderia ser retirado o efeito útil da lei, mas de forma alguma haveria sobreposição de competências, pois o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil prevê a possibilidade difusa desse controle.

Na visão de Moraes (2014), em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade, tanto em relação às leis federais, quanto em relação às leis estaduais ou municipais. Contudo, o renomado autor entende que os efeitos deveriam ser somente para as partes, no caso concreto, pois, ao contrário, a ação civil pública estaria sendo utilizada na prática como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. Tavares (2003) não compartilha do posicionamento de Alexandre de Moraes, entendendo que uma decisão em ação civil pública não impediria a apreciação do tema da inconstitucionalidade em sede de ações abstratas específicas. Em não recorrendo a parte prejudicada ao Supremo Tribunal Federal, haveria uma vinculação dessa à coisa julgada que, por sua vez, em decisão posterior, por meio do modelo concentrado, poderia ter decisão contrária daquela adotada pelo juízo de instância inferior. Portanto, mesmo que haja decisão com efeitos erga omnes em sede de ação civil pública que, frisa-se, tenha julgado incidentalmente uma lei inconstitucional, não perdem o seu objeto as ações próprias de controle abstrato.

Na mesma linha de Moraes, Alvim (2014 apud MORAES), salienta que na prática há proposição de ações civis públicas desconectadas de um verdadeiro litígio, servindo-se como instrumento de insurgência contra textos legais que provocam a inaplicabilidade desses textos de forma sobreposta, ou seja, tem-se uma decisão regionalizada que gera efeitos em nível nacional. Tavares (2003) ressalva que parte da doutrina tem entendido que há um uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas, em que especificamente o Ministério Público tem transformado o instituto processual em arma para toda e qualquer situação, mas que os processualistas não concordam que a ação é apenas um instrumento de defesa do direito material que será utilizada na medida da necessidade de preservar ou reaver tal direito.

Outra posição semelhante à de Arruda Alvim é a de Dinamarco (2003 apud TAVARES), que entende haver sobreposição de instâncias inferiores à jurisdição do STF. Entende o doutrinador que o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública pode gerar conflito com outra decisão em uma ação direta de inconstitucionalidade, em que duas decisões tenham efeito *erga omnes*. Dessa forma, teria que ser admitido a possibilidade da ação civil pública gerar litispendência. Tal posicionamento não deve prosperar, pois como bem coloca Almeida (2007), a conexão que pode se estabelecer não é aquela clássica prevista

no art. 103 do Código de Processo Civil, em que se tem identidade entre as causas de pedir ou entre os pedidos. Não há existência de conexão em espécie, pois os pedidos e as causas de pedir são diferentes. O que há é uma conexão por prejudicialidade externa pelos efeitos fáticos e jurídicos contraditórios produzidos pelas decisões. O próprio Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

#### **4 – POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL (STJ e STF)**

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública. A ressalva é no sentido de que nesse processo coletivo a controvérsia constitucional deve se qualificar como simples questão prejudicial, que tenha correlação direta com litígio principal sendo indispensável a sua análise para a resolução desse litígio. A seguir, tem-se trechos de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, promovida com o objetivo de fazer preservar a competência do Supremo Tribunal Federal,

alegadamente usurpada por magistrado de primeira instância, que, ao julgar procedente ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, veio a declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Sorocaba/SP, que fixara em vinte e um (21) o número de Vereadores à Câmara Municipal (fls. 341). Em conseqüência desse ato sentencial, e em virtude do acolhimento do pedido formulado pelo autor, reduziu-se, para catorze (14) Vereadores, o número de membros que a Câmara Municipal de Sorocaba/SP poderá ter na próxima legislatura (fls. 342).

.....É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais - inclusive o do Supremo Tribunal Federal (Rcl 554-MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - Rcl 611-PE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) - tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal, como corretamente assinalado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 722/139):

Assentadas tais premissas, entendo que a espécie ora em exame não configura situação caracterizadora de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, pois a controvérsia pertinente à validade jurídico-constitucional do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Sorocaba/SP foi suscitada, incidentalmente, no processo de ação civil pública, como típica questão prejudicial, necessária ao julgamento da causa principal, cujo objeto identifica-se com o pedido de redução, para catorze (14), do número de Vereadores à Câmara Municipal (fls. 117). Cabe referir, neste ponto, que, além de revelar-se plenamente cabível o controle incidental de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República (RTJ 164/832, Rel. Min. PAULO BROSSARD), assiste, ao magistrado singular, irrecusável competência, para, após resolução de questão prejudicial, declarar, monocraticamente, a inconstitucionalidade de quaisquer atos do Poder Público:

"Ação declaratória. Declaração 'incidenter tantum' de inconstitucionalidade. Questão prejudicial. O controle da constitucionalidade por via incidental se impõe toda vez

que a decisão da causa o reclame, não podendo o juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial, para ir ao objeto do pedido. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RTJ 97/1191, Rel. Min. RAFAEL MAYER - grifei)

Tendo-se presente o contexto em que proferida a sentença que julgou procedente a ação civil pública promovida pelo Ministério Público da comarca de Sorocaba/SP, constata-se que o objeto principal desse processo coletivo não era a declaração de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município. Ao contrário, a alegação de inconstitucionalidade da norma legal em referência foi invocada como fundamento jurídico (causa petendi) do pedido, qualificando-se como elemento causal da ação civil pública, destinado a provocar a instauração de questão prejudicial, que, decidida incidentalmente pelo magistrado local, viabilizou o acolhimento da postulação principal deduzida pelo Ministério Público, consistente na redução do número de Vereadores à Câmara Municipal (fls. 117). Nem se diga, de outro lado, que a sentença proferida pelo magistrado local poderia vincular, no que se refere à questionada declaração de inconstitucionalidade, todas as pessoas e instituições, impedindo fosse renovada a discussão da controvérsia constitucional em outras ações, ajuizadas com pedidos diversos ou promovidas entre partes distintas.

É que, como se sabe, não faz coisa julgada, em sentido material, "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo" (CPC, art. 469, III). Na realidade, os elementos de individualização da ação civil pública em causa não permitem que venha ela, na espécie ora em exame, a ser qualificada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, pois, ao contrário das conseqüências que derivam do processo de controle normativo abstrato (RTJ 146/461, Rel. Min. CELSO DE MELLO), não se operará, por efeito da autoridade da sentença proferida pelo magistrado local, a exclusão definitiva, do sistema de direito positivo, da regra legal mencionada, pelo fato de esta, no caso ora em análise, haver sido declarada inconstitucional, em sede de controle meramente difuso. Mais do que isso, o ato sentencial em causa também estará sujeito, em momento procedimentalmente oportuno, ao controle recursal extraordinário do Supremo Tribunal Federal, cuja atividade jurisdicional, por isso mesmo, em momento algum, ficará bloqueada pela existência da ora questionada declaração incidental de inconstitucionalidade.

"Na ação civil pública, o objeto principal, conforme já ressaltado, é o interesse público, enquanto que, na ação direta de inconstitucionalidade, o objeto principal e único é a declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada material e com eficácia erga omnes. Na ação civil pública, a inconstitucionalidade é invocada como fundamento, como causa de pedir, constituindo questão prejudicial ao julgamento do mérito. Na ação civil pública, a constitucionalidade é questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi (prejudica) na decisão sobre o pedido referente à tutela do interesse público. É decidida incidenter tantum, como premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença. Uma vez que a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre os motivos, sobre a fundamentação da sentença, nada obsta que a questão constitucional volte a ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversos. Nesse sentido, é cristalina a legislação processual civil em seu art. 469, verbis:

'Art. 469. Não fazem coisa julgada:

(...)

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo'.

Observe-se, ainda, que, na ação civil pública, a eficácia erga omnes da coisa julgada material não alcança a questão prejudicial da inconstitucionalidade, é de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano. Na ação direta, a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada material erga omnes no âmbito de vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado (nacional ou estadual). Ademais, as ações civis públicas estão sujeitas a toda cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto que as ações diretas são julgadas em grau único de jurisdição. Portanto, a decisão proferida na ação civil pública no que se refere ao controle de constitucionalidade, como qualquer ação, se submete, sempre, ao crivo do egrégio Supremo Tribunal, guardião final da Constituição Federal. Finalmente, a ação civil pública atua no plano dos fatos e litígios concretos, através, notadamente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe

assegurem eficácia prático-material. A ação direta de inconstitucionalidade, de natureza meramente declaratória, limita-se a suspender a eficácia da lei ou ato normativo em tese.

Não se confundem, pois, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública, não ocorrendo, in casu, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal." (grifei)

Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.032 - SP (2014/0198449-3) RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECORRIDO : UNIÃO RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF RELATÓRIO O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator): RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 2 de 9 Superior Tribunal de Justiça "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURIDADE SOCIAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL.ART. 203, V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTRANGEIROS E REFUGIADOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO Nº 1.744/95. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º DA LEI Nº 7.347/85; 5º, III, "B" E 6º, VII, "B", DA LC Nº 75/93; E 267, IV, DO CPC. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CONTROLE DIFUSO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CAUSA DE PEDIR. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA ENTRE A DECISÃO RECORRIDA E O PARADIGMA. - Art. 105, III, "a", da CF. Violação aos arts. 1º da Lei nº 7.347/85; 5º, III, "b", e 6º, VII, "b", da LC nº 75/93; e 267, IV, do CPC. Não há que se falar em carência da ação civil pública e incompetência do juízo sentenciante, pois o pedido dos autos é a concessão do benefício assistencial a estrangeiros. Ainda que tenha se mostrado necessária a declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivo legal, a causa de pedir não pode ser confundida com o pedido principal. - Art. 105, III, "c", da CF. Divergência jurisprudencial. As decisões confrontadas foram proferidas em cenários fáticos que as assemelham. Demonstrado o dissídio. - Parecer pelo provimento do recurso especial, com o retorno dos autos à instância de origem para apreciação do mérito da ação." É, no essencial, o relatório. Documento: 44662386 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 3 de 9 Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº

1.487.032 - SP (2014/0198449-3) EMENTA PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURIDADE SOCIAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTRANGEIROS E REFUGIADOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO Nº 1.744/95. POSSIBILIDADE. CONTROLE DIFUSO. CAUSA DE PEDIR. RETORNOS DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO DA LIDE. 3. É firme o entendimento do STJ no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir – e não de pedido –, como no caso em análise, pois, nessa hipótese, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes: REsp 1.326.437/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/08/2013; REsp 1.207.799/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011. 4. Não há falar em carência da ação ou incompetência do órgão sentenciante, porquanto é cabível a ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Retorno dos autos à instância de origem para apreciação do mérito da demanda. Recurso especial provido. Documento: 44662386 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 9 Superior Tribunal de Justiça constitucionalidade terá caráter incidental. Nesse sentido: "PROCESSUAL ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DE ESPÉCIE NORMATIVA. CABIMENTO. 1. O acórdão recorrido acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois entendeu que a Ação Civil Pública está sendo utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. 2. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais defende o direito de discutir incidentalmente a inconstitucionalidade de espécie normativa no âmbito da Ação Civil Pública, no caso como na espécie em análise. É que a ação teria sido proposta com o objetivo de condenar o requerido na obrigação de fazer consistente em restabelecer na Comarca de Governador Valadares a assistência médica hospitalar e odontológica de modo integral e eficiente incluindo os atendimentos médico-hospitalares, os exames clínicos, exames de mamografia e raio-X, serviços farmacêuticos e programa IPSEMG-Família. Essa pretensão apenas será obtida se forem reconhecidas as ilegalidades dos decretos ou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das normas em questão. 3. Na trilha da jurisprudência do STF, o STJ admite que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada

em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, como na espécie em tela, pois, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental.

## **5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como pode ser visto neste estudo, há uma distinção técnica muito clara entre o instrumento processual das ações coletivas, mais especificamente a ação civil pública, e os instrumentos processuais de controle abstrato de constitucionalidade de normas. Ao contrário do controle concentrado de constitucionalidade cujo pedido é *in abstracto*, a ação civil pública deve estar vinculada a um verdadeiro litígio, pois caso contrário haverá uma distorção do seu propósito, o que é inaceitável juridicamente. A ação civil pública tem como objeto um bem jurídico concreto e definido, sendo dessa forma não alcançável pela via abstrata de controle constitucional e, portanto, à margem da competência privativa do STF.

Considerando a força em potencial que tem a ação civil pública como instrumento efetivo de defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, direitos esses que tiveram destaque a partir da terceira geração de direitos, não haveria dúvidas de que forças opostas tentariam aniquilar todo esse potencial processual, como foi o caso da publicação da Lei 9.494/97, que tentou limitar os seus efeitos. Nas palavras de Bonavides (2014), os direitos de terceira geração têm o ser humano como valor supremo. É o coroamento de uma evolução de trezentos anos sobre direitos fundamentais, com reflexão afluída sobre o direito ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade, dentre outros. A possibilidade de se ter o controle difuso exercido em sede de ação civil pública é um avanço na busca da efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República e, nesse ponto, a doutrina majoritária e a jurisprudência caminham no mesmo sentido.

Contudo, não se pode negar que o cerne da problemática se concentra no modelo misto de controle de constitucionalidade judiciário adotado no Brasil. Em países em que se tem a adoção apenas do controle concentrado ou do controle difuso não há a instalação dessa controvérsia, embora neste trabalho destacou-se a imprescindibilidade do controle difuso de constitucionalidade para se ter a plenitude democrática. Em jurisprudência firmada recentemente pelo STF tem-se que,

considerando que a ação civil pública também se sujeita aos recursos em geral, especialmente o extraordinário, a suprema corte entende que há a possibilidade de existência harmônica entre o modelo concentrado e o modelo difuso.

Recomendam-se como trabalhos futuros acerca deste tema, o estudo dos reflexos do novo Código de Processo Civil na possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública. Haverá uma mudança significativa trazida pela Lei 13.105/15 (novo código de processo civil) no que tange às decisões de questões prejudiciais. A argumentação de que a inconstitucionalidade na ação civil pública é causa de pedir (fundamento), e que dessa forma não faz coisa julgada não mais será suficiente, pois a partir da vigência da Lei 13.105/15, a questão incidental fará coisa julgada, conforme critérios estabelecidos. Isso certamente provocará mais discussões em torno desse tema que ainda é passível de muita divergência de posicionamento entre juristas e doutrinadores de renome no Direito brasileiro.

## 5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**. n.18, 127-150, 2004.

Código de processo civil – CPC. Lei nº 13.105 de 16/03/2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) >. Acesso em 22/09/2015.

Código de processo civil – CPC. Lei nº 5.869 de 11/01/1973. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm) > Acesso em 22/09/2015.

Código de Defesa do Consumidor – CDC. Lei nº 8.078 de 11/09/1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 26/09/2015.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em 15/10/2015.

Lei da Ação Civil Pública. Lei nº 7.347 de 24/07/1985. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm) >. Acesso em 27/09/2015.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. Controle Difuso de Constitucionalidade como salvaguarda do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em CD-Room**. 1-27, jan./mar. 1996.

STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. **Ação Civil Pública. O direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. Controle Difuso de Constitucionalidade nas ações coletivas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n.1, 107-126, jan./jun.2003.

Supremo Tribunal Federal. Informativo STF. Ação Civil Pública e Controle Difuso (Transcrições). Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo212.htm>>. Acesso em 13/10/2015.

Superior Tribunal de Justiça. Últimas Notícias de 17/03/2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/STJ-reafirma-possibilidade-de-controle-difuso-de-constitucionalidade-por-meio-de-a%C3%A7%C3%A3o-civil-p%C3%BAblica](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/STJ-reafirma-possibilidade-de-controle-difuso-de-constitucionalidade-por-meio-de-a%C3%A7%C3%A3o-civil-p%C3%BAblica)>. Acesso em 13/10/2015.