

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

CLASS ACTIONS AND DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Gustavo Neroni Fernandes

Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Maringá – UEM e membro do Núcleo de Estudos Constitucionais Prof. Dr. Zulmar Fachin (NEC-UEM).

Orientador: Prof. Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1980), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2004), doutorado em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino (2011). É professor adjunto da Universidade Estadual de Maringá - UEM e do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR, e advogado - Advocacia Campos Silva.

RESUMO: A nova ordem de direitos, num contexto de Estado Social, pugna pela proteção estatal dos direitos difusos e coletivos. Dita tutela, naturalmente e ainda mais considerando o neoconstitucionalismo, compreende a atuação da jurisdição constitucional. Esta, quando se manifesta em sua modalidade difusa, enseja uma enormidade de questões aparentemente controversas em relação à ação civil pública. O que se pretende é enfrentar estas problematizações. Submeter as decisões dos tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, ao crivo da doutrina e da Teoria do Direito de modo que, em alguma medida, seja possível compatibilizar os dois institutos, indispensáveis no contexto de sociedades de massa, promovendo o acesso à justiça constitucional.

PALAVRAS CHAVE: ação civil pública; jurisdição constitucional; controle difuso; acesso à justiça.

ABSTRACT: The new order rights in the context of the welfare state, calls for the state protection of diffuse and collective rights. This tutelage, of course, and even more so considering the neoconstitutionalism, comprises practice of constitutional jurisdiction. This one, when it is manifested in its diffuse form, entails a multitude of seemingly controversial issues regarding the class actions. The aim is to address these problematizations. Submit the decisions of the courts, especially the Supreme Court, to the test of doctrine and theory of law so that, to some extent, it is possible to reconcile the two institutes, which are essential in the context of mass societies and to promote access to constitutional justice .

KEYWORDS: class actions; constitutional jurisdiction; diffuse control, access to justice.

INTRODUÇÃO

Diz-se que o Brasil adota o *Sistema Misto de Constitucionalidade*. A rigor, trata-se de uma incorreção, pois neste sistema o controle é exercido parte exclusivamente por um órgão de natureza política e parte por um órgão jurisdicional. É o que ocorre, p. ex., na Suíça, segundo José Afonso da Silva.¹ Não procede, portanto, a afirmação inicial, pois, na República Federativa do Brasil, *a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, XXXV da CF – Constituição Federal) ao que se tem necessariamente admitido no por aqui o que sob o critério exposto é chamado *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*.²

É correto dizer, por sua vez, que o ordenamento jurídico brasileiro adota o *Sistema Híbrido de Constitucionalidade*. Sob outro parâmetro, significa que na jurisdição constitucional tupiniquim se tem duas sortes de controle: perpetrado por via de exceção ou por via de ação.³

¹ *O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional* (In SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 49, 2005).

² *Idem*.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 325, 2004.

O controle de constitucionalidade somente foi introduzido no direito brasileiro com a Constituição Republicana de 1891. Esta, contudo, não iniciou as duas modalidades, mas apenas a via de exceção.⁴ Anota Paulo Bonavides que este tipo de controle seria o mais apto a prover a defesa do cidadão, pois toda demanda que suscitasse controvérsia constitucional de direitos individuais (e aqui se vislumbra a possibilidade de acrescentar os *metaindividuais*) abriria ao cidadão uma via recursal para o fim de proteger seus direitos fundamentais.⁵

Sucessivamente, as constituições brasileiras, sem afastar o controle por exceção já instituído, sedimentaram elementos que desembocariam na jurisdição constitucional tal como a conhecemos hoje. Nesse sentido a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn - Interventiva (CF/1934), a ADIn Genérica (CF/1946 – instituída pela Emenda Constitucional – EC - 16/65), a ADIn por Omissão (CF/1988), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF (CF/1988) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (CF/1988 – EC 03/93). Deste modo, pode-se concluir com José Afonso da Silva que *à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.*⁶

E por falar em siglas, no que tange à ACP – Ação Civil Pública, esta surgiu num contexto social muito peculiar, impulsionada pela terceira geração de direitos fundamentais e seguidamente à segunda onda renovatória do direito processual. Muito há que se falar sobre estes eventos, mas cumpre aqui fazer apenas uma menção propedêutica.

Embora tenha humanizado a ideia estatal na medida em que *democratizou* a Teoria do Estado Moderno, o Estado Liberal viu-se condenado à morte por tratar-se de um Estado de uma classe – a burguesia. Fundado no liberalismo, este postulado houve de dar espaço às novas teorias. Inspirado, dentre outros, por Rousseau, Hegel e Marx, *o Estado*

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit. p. 50. Conforme preceitua Gilmar Ferreira Mendes, uma figura prévia ao controle abstrato de constitucionalidade a ser instituído no Brasil, a partir da CF/1934, foi a representação interventiva. V. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 193, 2004.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 325.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit. p. 51.

*Social é, sob certo aspecto, decorrência do dirigismo que a tecnologia e o adiantamento das ideias de colaboração humana e social impuseram ao século.*⁷

Não se faz dispendioso trazer à baila o Estado Social, pois há uma ligação necessária entre este e a terceira geração de direitos fundamentais, como categoria de Estado que poderia coroar esses direitos. Argumenta Norberto Bobbio que esta dimensão de direitos compreende uma categoria ainda muito heterogênea. Os direitos de liberdade demandam um não agir do Estado, os direitos sociais uma atitude positiva por parte daquele. Nos direitos de terceira geração, por seu turno, assim como nos de quarta, pode-se estar diante de uma exigência tanto de um quanto de outro.⁸ Isto talvez porque a relação jurídica que se estabelece não é entre indivíduo e Estado como ocorre geralmente nas duas primeiras categorias.

Aduz Bonavides que a Revolução Francesa teria preconizado a evolução dos direitos do homem em seu lema histórico: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*. Corresponderia a esta última os direitos de terceira geração, que poderiam mais adequadamente ser expressos por *solidariedade*. Tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo.⁹ Está-se aqui a falar de direitos metaindividuais ou transindividuais, objeto da ACP.

Esta ordem de direitos está umbilicalmente associada à Revolução Industrial. Em verdade, argumenta a doutrina majoritária que o surgimento dos direitos transindividuais seria mais propriamente dito uma *evidenciação*, posto que sempre existiram.¹⁰ Sói estranho

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, p. 145, 2001. O autor se refere ao século XX.

⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 5-6, 2004. Contudo, sob outra ótica, principalmente considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – algo posterior a Bobbio, é possível dizer que os direitos de primeira e segunda geração também podem demandar um comportamento tanto positivo quanto negativo por parte do Estado. Anota Ingo Wolfgang Sarlet: [...] *também os direitos sociais (sendo ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão positiva (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da Sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas negativas, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares* (In SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: seu Conteúdo, Eficácia e Efetividade no atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro*. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.s). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J.J. Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 218, 2009).

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 562-569.

¹⁰ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 32, 2003.

então que somente na segunda metade do século XX tenham despertado o interesse dos juristas, não por acaso contemporaneamente à sociedade de massa e todos problemas a ela inerentes. Nessa esteira observa Mancuso: *na sociedade globalizada não há lugar para o indivíduo; ele é tragado pela roda viva dos grupos e corporações [...] indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados.*¹¹

Do exposto no parágrafo anterior pode-se depreender a dimensão da importância da defesa desses interesses em juízo. Historicamente, no direito brasileiro, já existiam maneiras de, mesmo que de forma rudimentar, efetuar a sua tutela, tais como a ação popular (presente em quase todas as Constituições que vigoraram no país).¹² Mas apenas isto seria assaz insuficiente¹³ para resguardar os *novos direitos*.¹⁴

A tutela dos direitos difusos constitui um esforço no aperfeiçoamento do acesso à justiça. Mais especificamente, para Capelletti e Garth, a representação dos interesses difusos perfaz a segunda solução prática para os problemas de acesso à justiça. Vencida a questão do acesso dos pobres (não que ela pudesse ser superada amiúde) far-se-ia necessário criar mecanismos para tutelar direitos os quais os titulares não podem comparecer em juízo para defender.¹⁵ *A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a*

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 90, 2004.

¹² Nesse sentido anota José Afonso da Silva que *a origem das ações populares perde-se no Direito Romano. O nome ação popular deriva do fato de atribuir-se ao povo ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, ut singuli, mas à coletividade. [...] O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: interesse da coletividade* (In SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit. p. 462). Ainda, segundo Hely Lopes Meirelles, *o beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto* (In MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, p. 127, 2008). Este, contudo, para o mesmo autor, não é o caso do Mandado de Segurança Coletivo: *entendemos que somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar a segurança, não se admitindo, pois, a utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública* (In MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Op. cit. p. 30).

¹³ Hugo Nigro Mazzilli, diferenciando os institutos da ação popular e da ACP, aduz que enquanto o objeto da primeira é mais limitado (*anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural - art. 5, LXXIII CF*) maior gama de interesses pode ser tutelada na ACP. V. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 150, 2011.

¹⁴ Expressão muito utilizada por Norberto Bobbio, para quem esses direitos se multiplicam e decorrem de três fatores: i) o aumento de bens a serem tutelados; ii) extensão da titularidade dos direitos a entes que não o homem e iii) a compreensão do homem não mais como ente individual e abstrato, mas na concretude de seu ser em sociedade. V. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Op. cit. p. 63.

¹⁵ Cappelletti e Garth elencam nesse sentido: i) a ação governamental, direcionada na tutela inclusive nas vias administrativas, que tem por escopo a previsão de que um departamento ligado ao Estado viabilizaria a tutela dos interesses difusos – seria, grosso modo, o Ministério Público; ii) a técnica do procurador-geral privado, a fim de permitir a propositura, por indivíduos, de ações em defesa dos interesses coletivos e iii) a técnica do advogado

proteção dos direitos difusos.¹⁶ Pode-se dizer inusitado para o juiz da época, bitolado em um conceito hermético de partes (de que tutelam seus interesses individuais), julgar o feito sem ouvi-las. E o que dizer da coisa julgada? Era necessário legitimar algo ou alguém para que representasse em juízo a coletividade, sepultando, assim, a noção individualista do processo.

Neste contexto, no Brasil surgiria, após debates doutrinários e processo legislativo com participação ampla, a festejada Lei 7.347/85.¹⁷ Em seus anos de vida e constante gestação, a ACP alimentou a doutrina com uma infinidade de assuntos suscitados desde a sua criação, tais como o alcance da coisa julgada, legitimação ativa, reparação das lesões individuais... Seria inocente imaginar que em algum momento a tutela dos direitos difusos não cruzaria com a jurisdição constitucional, pois esta deve ser levada a efeito a todo o momento. Aliás, como foi dito linhas atrás, esta se manifesta inclusive pela via de exceção, também chamada de controle difuso de constitucionalidade, que é aquele exercitável perante o caso concreto.¹⁸

Porém, a decisão em sede de ACP gera efeitos *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85 com redação dada pela Lei 9.949/97). A controvérsia giraria em torno do fato de que, ao atribuir esse efeito à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estaria o juiz de primeiro grau por usurpar a competência do STF em julgar os casos de controle concentrado de constitucionalidade.¹⁹ Seria lícito ao juízo de primeiro grau suspender a aplicação de uma dada norma ou ato normativo federal ou estadual em face da CF? Qual seria a eficácia desta decisão? Em sede de ACP a decisão que efetua controle

particular do interesse privado, que consistiria no reconhecimento de grupos e consequente legitimação para atuar enquanto associação na defesa dos interesses de seus membros (V. CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49-67).

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios* (In MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 191, 2002). Sob a liderança de Ada Pellegrini Grinover, um grupo seleto de juristas elaborou um anteprojeto de lei que foi encampado pela Câmara dos Deputados. O projeto de lei fora debatido no meio acadêmico surgindo outro anteprojeto em que se cunhou o nome *Ação Civil Pública*. Na lei, a menção que se fazia à possibilidade da tutela *de qualquer outro interesse difuso ou coletivo* (art. 1, IV Lei 7.347/85) foi vetada retornando ao microsistema somente quando da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Com a Lei 7.347/85, pode-se constatar, ainda, a notória expansão que, supervenientemente, a Constituição deu à tutela coletiva além das alterações pelas quais passou a Lei de Ação Civil Pública e outros diplomas esparsos tal como o Estatuto do Idoso, Lei Antitruste... (V. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. Op. cit. p. 191-199). Por isso dizer que a tutela coletiva, no Brasil, está em constante gestação, porém, não se exaure com a Lei 7.347/85.

¹⁸ Considerado por Paulo Bonavides o *mais apto a promover a defesa do cidadão* – vide nota n. 5 *supra*.

¹⁹ Viu-se também, com fulcro em José Afonso da Silva, que o controle concentrado é de competência do Supremo – vide nota n. 6 *supra*.

meramente incidental de constitucionalidade teria a eficácia limitada às partes envolvidas na controvérsia ou, nestes casos, reveste-se de objetividade similar a de um controle concentrado? São essas as questões que se passa a enfrentar.

1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO

O que se pretende vedar é a utilização da ACP como sucedâneo da ADIn que se preste a burlar o sistema constitucional, retirando da Suprema Corte a competência para o controle abstrato de constitucionalidade. Isto, contudo, sem desprever a ação de sua finalidade precípua que é a tutela dos direitos difusos ou retirando-lhe a eficácia.

O controle difuso de constitucionalidade tem por característica o fato de que *a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão somente à sua não aplicação ao caso particular objeto da demanda.*²⁰ Por isso diz-se que o julgado não ataca a lei em tese (ou *in abstracto*), a coisa julgada sobre esse aspecto é relativa, isto é, gera efeitos *endoprocessuais* de modo que a eficácia é *intra partes*. *Nada obsta, pois a que outro processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada.*²¹

A ACP, por sua vez, fará coisa julgada *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85 com redação dada pela Lei 9.949/97), o que é característico das decisões de mérito proferidas pelo Supremo na ADIn ou ADC (art. 102, par. 2º CF – com redação dada pela EC 45/04).²² Assim, haveria objetivação,²³ *prima facie*, do controle difuso quando exercido em sede de

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 302-303.

²¹ *Idem*.

²² Diferente não poderia ser. Isto porque, é de se lembrar, as decisões proferidas nesses casos são *ambivalentes* – art. 24 Lei 9.868/99.

²³ Objetivação esta já por demais inculcada. Observa Gilmar Ferreira Mendes que *a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas* (In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 1104, 2009). Somem-se a isso os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, ambos introduzidos pela EC 45/04. Importante destacar, contudo, com Gilberto Schafer, que a ACP não é um processo objetivo. Isto porque, na ACP, *existem partes e que não são apenas formais. No polo passivo, há um (ou vários) réu, conforme for a relação de direito material em jogo. Há uma vasta possibilidade conforme seja a alegação das mais diversas. São réus causadores de danos, responsáveis por situações ou fatos ensejadores de uma ação danosa. Pode ser réu qualquer pessoa física ou jurídica, a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, inclusive as estatais, entidades autárquicas ou paraestatais, porque tanto estas quanto aquelas podem infringir normas de direito*

ACP, pois esta lhe acrescenta o componente caracterizador do controle concentrado. Entendendo dessa forma, decidiu o STF, num dos primeiros casos a bater às portas do Pretório, em reclamação constitucional de relatoria do Min. Francisco Rezek:

RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. As ações em curso na 2ª e 3ª varas da Fazenda Pública da comarca de São Paulo – objeto da presente reclamação – não visam o julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, de competência exclusiva do Supremo Tribunal (art. 102, I, a da CF). Configurada a usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado, declara-se a nulidade *ab initio* das referidas ações, determinando o seu arquivamento, por não possuírem as autoras legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.²⁴

No julgado, 27 empresas cinematográficas do Estado de São Paulo ajuizaram ação ordinária distribuída à 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca paulistana, pedindo para que fosse julgada procedente suspendendo, deste modo, a aplicação da Lei 7.844/92²⁵ do estado paulista regulamentada pelo Dec. 35.606/92, posto que inconstitucionais. O Sindicato das Empresas Exibidoras Cinematográficas do Estado de São Paulo também ingressou com ação declaratória da mesma inconstitucionalidade cumulada com ação indenizatória distribuída à 3ª Vara da Fazenda Pública do mesmo foro. A sentença do juiz da 3ª Vara acolheu o pleito da inconstitucionalidade afastando o de indenização. Argumentara que não

material de proteção ao meio ambiente ou consumidor (In SCHAFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 126, 2002).

²⁴ STF - Rcl: 434/SP, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Francisco Rezek, Data de Julgamento: 10/12/1994, Data de Publicação: DJ 09-12-1994. Comentando o julgado em tela, a opinião de Gilmar Ferreira Mendes: *essa orientação da Suprema Corte reforça a ideia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública haverá de restar ainda mais evidente, porquanto, diversamente na situação referida no precedente citado, o autor aqui pede tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia erga omnes. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juízo monocrático terá força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade.* (In MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. In WALD, Arnoldo (Org.) *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, p. 164, 2003).

²⁵ Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá providências correlatas.

foi declarada a inconstitucionalidade da lei estadual, mas seus efeitos é que foram atacados. No entanto, entendeu a Corte que as ações não visavam o julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, julgando procedente a reclamação.

Note que não se está aqui, propriamente, a tratar de ACP. Contudo, não se pode negar o caráter coletivo da pretensão. Está-se diante de importante julgado que iluminou os caminhos da jurisprudência nesse assunto, sendo citado em inúmeros outros casos solucionados pelo Supremo e referentes diretamente à ACP acostada ao tema estudado. É que a pretensão das empresas cinematográficas tanto quanto do sindicato era obter aquilo que a CF somente conferiu aos legitimados ativos do art. 103 CF - pretender a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese com efeitos *erga omnes*, justamente o que se quer vedar à ACP.

Acertada, pois, a decisão de vedar a utilização da ACP como simulacro da ADIn, posto que esta é de competência originária do Supremo (art. 102, I, “a” CF) e a busca de sua finalidade por meio de ACP, que é de competência do juízo de primeiro grau (art. 2 da Lei 7.347/85), acabaria por consistir em grave inconstitucionalidade fundada na usurpação de competência da Suprema Corte.

Ademais, não deve prevalecer o argumento de que, por versar sobre questão constitucional, a ação coletiva que tramita perante o juízo de primeiro grau poderia alcançar facilmente o STF via recurso extraordinário (art. 102, III CF). Isto porque o controle de constitucionalidade está necessariamente associado à supremacia da Constituição,²⁶ cuja proteção cabe precipuamente ao STF (art. 102, *caput* CF), o órgão que a Carta Magna elegeu para dar a palavra final (interpretação) neste assunto. Não obsta, deveras, que o controle por meio de exceção seja levado a cabo por todo juiz de ofício, inclusive.²⁷ Toda e qualquer decisão que contrarie dispositivo constitucional (Art. 102, III, “a” CF - o que supostamente pode ocorrer mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade) pode ser alçada à Suprema Corte por meio do recurso extraordinário. Se não o for, haja vista o trânsito em julgado ou ausência de repercussão geral (art. 102, par. 3º CF/88 – parágrafo incluído pela EC 45/04),²⁸ a decisão que fizer a coisa julgada, mesmo que inconstitucional, o fará entre as

²⁶ O princípio da Supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. In. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit. p. 46.

²⁷ STF – RE: 117.805 PR, 1ª Turma, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 03/05. 1993, Data de Publicação: DJ 27/08/1993. Para o precedente internacional, vide *caso Madison versus Marbury* (1803).

²⁸ Segundo José Miguel Garcia Medina, a repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas (ver MEDINA, José Miguel Garcia. *Variações Recentes sobre*

partes litigantes, isto é, terá efeito *intra partes*, o que não se poderia vislumbrar na ACP que produz efeitos *erga omnes*. Conferir este efeito à sentença ou acórdão que alcançar a coisa julgada no juízo de primeiro grau ou tribunal local, concederia a estes órgãos um poder que a Constituição não atribuiu nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal – efeitos *erga omnes* em sede de controle difuso. Vide o magistério de Gilmar Ferreira Mendes:

Em outros termos, admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequando de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga direta à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pela Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão da decisão do Senado Federal. [...] ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de uma impugnação direta de lei. [...] para que não se chegue a um resultado que subverta todo sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.²⁹

os Recursos Extraordinário e Especial – Breves Considerações. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.s). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1058-1059, 2006). Isto deve se dar justamente porque, embora possa não haver relevância que transcenda o caso concreto, as ações coletivas revestem-se de interesse geral – tal qual a ação popular.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In WALD, Arnaldo (Org.) *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. Op. cit. p. 162-163.

Nesse aspecto, por conseguinte, são consonantes a doutrina³⁰ e a jurisprudência³¹ atuais de que não se deve conferir à decisão os efeitos *erga omnes* típicos da ACP na parte que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo em tese.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO E CAUSA DE PEDIR OU *QUANDO A TESE SE TORNA POSSÍVEL?*

Não obstante o posicionamento do Pretório Excelso no item anterior, a Corte negou provimento à Reclamação n. 602-6/SP, de relatoria do Min. Ilmar Galvão suscitada sobre caso que, em sede de ACP, corte local condenou instituição bancária à correção de índices da caderneta de poupança afastando por inconstitucionalidade a incidência da norma que previa índice menor:

Reclamação. Decisão que, em Ação Civil Pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, *a*, da CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo Reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da Reclamação.³²

³⁰ Além do supramencionado Gilmar Ferreira Mendes: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Op. cit. p. 143-147. Ainda: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, p. 748-751, 2011.

³¹ A Reclamação Constitucional de relatoria do Min. Celso de Mello cita inúmeros precedentes, v.: STF - Rcl: 1898/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 02/02/2004, Data de Publicação: DJ 19/02/2004.

³² STF – Rcl: 602-6/SP, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 03/09/07, Data de Publicação: DJ 14/02/03.

Esta decisão permite verificar uma orientação em voga no Supremo Tribunal Federal de que é possível distinguir a ACP que tenha por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo da que a questão constitucional figure como simples questão prejudicial de mérito.³³ Observa Mazzilli que, *assim como ocorre em ações populares e mandados de segurança, ou em qualquer outra ação cível, a inconstitucionalidade de um ato normativo pode ser causa de pedir (não o próprio pedido) de uma ação civil pública.*³⁴

Por conseguinte, também é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de questão prejudicial, desde que indispensável à resolução do litígio principal.³⁵

O Supremo julgou no mesmo dia e no mesmo sentido a Reclamação 600-0/SP relatada pelo Min. Néri da Silveira, vide a ementa:

RECLAMAÇÃO. 2. Ação Civil Pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da “diferença entre a inflação do mês de Março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de Abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em execução de sentença.” 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão, ao manter a sentença, estabeleceu uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei n. 8.024/1990, que somente ao

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 291.

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Op. cit. p. 144.

³⁵ Idem. Demonstrando sua argúcia, o Min. Francisco Rezek constatou na Rcl 434-1/SP adotada neste trabalho como *caso paradigma*, que o Sindicato das Empresas Cinematográficas do Estado de São Paulo utilizara do pedido de indenização para mascarar o objeto da ação que é de declaração pura e simples de inconstitucionalidade do diploma legal estadual. Em seu voto fez constar: *tenho, afinal, como evidenciado que as ações em curso não visam ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade da lei em tese de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, a da Carta da República* (In STF - Rcl: 434/SP, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Francisco Rezek, Data de Julgamento: 10/12/1994, Data de Publicação: DJ 09-12-1994).

Supremo Tribunal Federal caberia decretar.” 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação n. 434-1/SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da lei n. 8.024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipóteses concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, *incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa dos direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso em concreto em julgamento*. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei n. 7.347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a

usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em teses, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei n. 7.347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário.

11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar.³⁶

Didier Jr. e Zaneti Jr., analisando a Rcl 600-0/SP, sintetizaram quatro requisitos para que se admita o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública e duas consequências daí decorrentes:

a) que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda; b) que a questão de constitucionalidade verse e atue como simples questão prejudicial; c) a existência nos autos de pedido referente a relação jurídica concreta e específica; d) apresente-se como causa de pedir e não como pedido a matéria constitucional. Daí se podendo extrair as seguintes e importantíssimas consequências: a) a inocorrência de coisa julgada sobre a questão prejudicial (art. 469, III do CPC); b) a inocorrência de exclusão da norma impugnada *incidenter tantum* do ordenamento de direito positivo.³⁷

Em verdade, os requisitos e as consequências decorrentes derivam do próprio controle concreto de constitucionalidade. Eis que nesta modalidade a controvérsia constitucional não pode ser objeto da demanda, mas questão prejudicial que constitui causa de pedir, esta fundada numa relação jurídica concreta – senão seria controle abstrato, pois. Como referido alhures, com fulcro em Paulo Bonavides, a coisa julgada sobre esse aspecto é relativa, isto é, gera efeitos endoprocessuais de modo que a eficácia é *intra partes*. Nada obsta, pois a que outro processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada.³⁸ Resume bem a lição de Ada Pellegrini Grinover:

³⁶ STF – Rcl: 600-0/SP, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 03/09/07, Data de Publicação: DJ 05/12/03.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – V.4*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, p. 292, 2007.

³⁸ V. nota 23 *supra*.

Na verdade, nas ações coletivas que se fundamentam numa questão de inconstitucionalidade, o controle é evidentemente difuso, nada apresentando de especial em relação ao controle difuso exercido numa ação individual. A questão da constitucionalidade, tanto numa ação coletiva como na individual, é colocada como questão prejudicial, a ser enfrentada pelo juiz antes do julgamento da causa, e não faz coisa julgada, nem mesmo entre as partes. O que faz coisa julgada é exclusivamente o julgamento da questão principal, e nenhuma diferença faz que a sentença que passa em julgado tenha eficácia inter partes ou erga omnes.³⁹

Portanto, a declaração incidental, restrita às partes (que em ACP não são meramente formais), gera apenas a ineficácia da lei para aquelas.

No tocante à exclusão da norma do ordenamento, viu-se, com espeque em Gilmar Ferreira Mendes, que, por óbice do art. 52, X CF, isto não seria possível, em sede de controle por exceção, nem mesmo pelo STF.⁴⁰

Veja-se que, sob a perspectiva adotada nas reclamações 602-6/SP e 600-0/SP e acatada em diversos outros julgados,⁴¹ o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública é uma tese possível, desde que se tenha em mente os limites estabelecidos pela Constituição e explicitados aqui. Isto é importante, pois não inviabilizaria a ACP quando para sua procedência o legitimado ativo dependesse da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Senão, o que se teria de fazer? Suplicar ao Procurador Geral da República ou outro legitimado do art. 103 CF? O cidadão (coletividade) não pode ficar à mercê de alguma autoridade ou pessoa que ele nem conheça para exercer seus direitos, ainda mais quando estiver sofrendo lesão a direitos constitucionais fundamentais! Seria negar-lhe o acesso à justiça (art. 5, XXXV CF). Mais uma vez forçoso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal andou bem nessa questão.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julgada Erga Omnes das Ações Coletivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXVI, n. 89, p. 11, dez. 2006.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In WALD, Arnaldo (Org.) *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. Op. cit. p. 162-163.

⁴¹ *V. g.*: STF - RE: 424993/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 11/09/2007, Data de Publicação: DJ 19-10-200.

3. OBJEÇÕES À TESE

Como nem tudo é unânime e é bom que não o seja, existe um conjunto seleto de juristas capazes de discordar desse posicionamento do STF e seus nomes não são de fazer sobejar qualquer dúvida acerca da seriedade da dissidência. São eles: Gilmar Ferreira Mendes, Hugo de Brito Machado, Arruda Alvim e Arnaldo Wald (todos citados por João Batista de Almeida).⁴²

Destacando a opinião de Gilmar Ferreira Mendes, este menciona o enfrentamento que passou o Supremo na Rcl. 2.460/RJ de relatoria do Min. Marco Aurélio. Neste caso, havia um sem número de ACP.s do Ministério Público Federal e Estadual versando sobre o mesmo objeto, cujo mérito relacionar-se-ia com o da ADIn 2.950/RJ, à época pendente julgamento, que impugnava o Decreto n. 25.723/1999/RJ referente à exploração da atividade de loterias pelo Estado do Rio de Janeiro. Comentando o julgado, observa Gilmar Ferreira Mendes:

O Tribunal entendeu que, ainda que se preservassem os atos acautelatórios adotados pela justiça local, seria recomendável determinar a suspensão de todas as ações civis até a decisão definitiva em sede da ação direta, sob pena da usurpação da competência constitucionalmente assegurada à Suprema Corte.⁴³

Fazendo um paralelo deste caso concreto com a guinada empreendida pelo STF no sentido de admitir o controle difuso em sede de ACP, adverte o Ministro:

As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa, no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos

⁴² ALMEIDA apud DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – V.4*. Op. cit. p. 291.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 291-292. Vide também em MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. In WALD, Arnaldo (Org.) *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. Op. cit. p. 164.

e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle -, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a se não recomendar o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública.⁴⁴

Críticas a este posicionamento é encontrável nas anotações de Didier Jr. e Zaneti Jr. no sentido de que todo controle de constitucionalidade contém elementos políticos, *mormente se hoje se pretende alargar a eficácia do controle difuso (“objetivação” desse controle) e se reconhecermos uma espécie de stare decisis mitigado em nosso sistema.*⁴⁵

Esta questão está mais voltada para o eixo teórico que se adota. Também não há consenso sobre a adoção de decisões políticas pelo poder judiciário. A discussão deve orbitar em torno do acesso à justiça. Este se pode ver obstruído quando a ACP tiver uma questão constitucional prejudicial, restando prejudicada a tutela coletiva se não for analisada. Há que se considerarem ainda os ditames neoconstitucionalistas,⁴⁶ em que tudo se constitucionaliza e depois judicializa, o que aumenta a probabilidade da jurisdição constitucional ser chamada a atuar na ação civil pública.

Por isso, muito interessante a proposta de alteração da Lei 7.347/85 formulada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, para quem, poder-se-ia cogitar, nesses casos, *de suspensão do processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, mediante provocação do juiz ou tribunal competente para a causa.*⁴⁷ Assim, elidiria decisões conflitantes, tal qual temia o STF que

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – V.4*. Op. cit. p. 292.

⁴⁶ Conjunto de ideias pouco claras ou coesas, mas que guardam alguns pontos em comum. Para Daniel Sarmento, é possível extrair os seguintes denominadores: i) *reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito*; ii) *rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.*; iii) *constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento*; iv) *reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos* e v) *judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do legislativo e do executivo para o poder judiciário* (In SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J.J. Canotilho*. Op. cit. p. 9-10).

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 1145.

ocorresse na Rcl. 2.460/RJ, o que não se coaduna com o princípio da segurança jurídica. Esta proposta, entretanto, tem que ser posta à prova quanto à viabilidade, posto que o Supremo tem uma profusão de processos para julgar e o incidente de processos repetitivos, que também suspende as demandas na base - p. ex., tem-se tornado um calvário infindável para as partes; é como se os autos fossem parar no limbo, sem falar na *abstrativização* das contendas entre os cidadãos, como se pudessem ser solucionadas no varejo. Mas isto também é outra história que passa por uma discussão maior que é a própria divisão de competências do Supremo e o sistema recursal dos tribunais de cúpula.⁴⁸ É de se destacar, embora notáveis opiniões em contrário, a preocupação do Min. Gilmar para com a integridade da competência do Supremo, entretanto, a solução legislativa proposta pode não ser viável.

Todo juiz é um juiz constitucional. A norma somente se perfaz diante da problematização de um caso concreto.⁴⁹ Ninguém melhor, pois, para analisar a constitucionalidade, *incidenter tantum*, do que o juiz da causa. A remessa da questão constitucional ao STF tem efeitos deletérios para o processo tal qual a fragmentação da causa, como se os problemas das pessoas pudessem ser fragmentados.

Arruda Alvim, por seu turno, centra a discussão no âmbito da territorialidade da decisão:

Como a decisão, na hipótese figurada, e nascida de caso concreto, abrange apenas parcela da Federação, ainda que ponderável, isto significa que os textos serão válidos e eficazes em grande parte da Federação, outro tanto incorrendo no âmbito das jurisdições onde

⁴⁸ Tecendo críticas ao incidente de recursos repetitivos observa Lênio Streck que *o processo civil transformou, aos poucos, os juízos colegiados em juízos monocráticos; súmulas e jurisprudência dominantes passaram a servir de obstáculo até mesmo para a admissão dos recursos (inclusive de agravos), até chegarmos à recente Lei 11.672/08, que, a par de representar uma espécie de possibilidade avocatória por parte do STJ, fez com que o exame de recursos por amostragem passasse também para o processo penal. Isso, definitivamente, representa o solapamento da análise de identidade do caso sob julgamento. A pergunta que se põe é: a alteração legislativa, sob pretexto de proporcionar efetividade quantitativa e eficacalidade ao sistema jurídico, é coerente com os princípios de acesso à justiça e ao devido processo legal? Não será direito do cidadão que seu caso seja analisado nas suas especificidades? Não se pode olvidar que a Constituição estabelece que os recursos especiais e extraordinários representam causas e não apenas teses jurídicas* (In STRECK, Lênio Luiz. Uma Abordagem Hermenêutica Acerca do Triângulo Dialético de Canotilho ou de como ainda é Válida a Tese da Constituição Dirigente (Adequada a Países de Modernidade Tardia). In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J.J. Canotilho*. Op. cit. p. 64).

⁴⁹ ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 62, 2011.

*foram proferidas as decisões e onde venham a ser confirmadas tais declarações de inconstitucionalidade.*⁵⁰

O autor funda sua objeção no entendimento de que as decisões proferidas em ACP produziram efeitos somente em parcela da Federação. Note que este entendimento é facilmente rechaçado se admitir-se que a jurisdição é una.⁵¹ Contudo, prevendo este posicionamento anota que *se o juiz entender-se com “competência nacional”, a evidência de colisão com o que possa decidir o Supremo Tribunal Federal será curialmente maior.*⁵² Atente para o fato de que esta objeção é justamente o cerne da questão posta na Rcl. 2460/RJ trazida à baila pelo Min. Gilmar.

Delimitando-se a *lide*, por assim dizer, ter-se-ia a problematização em torno da possibilidade da decisão acerca de constitucionalidade em sede de ACP conflitar com jurisprudência presente ou futura do Pretório, o órgão que a Constituição elegeu como seu protetor máximo. Como, pois, resolver esta pendenga? Os pressupostos do controle difuso de constitucionalidade, *de per se*, respondem. Não há conflito. A decisão que contrarie jurisprudência da Corte poderá ser revista mediante as vias recursais disponíveis e mesmo que, antes disso, alcance a coisa julgada, não obsta que, em outros casos o Supremo decida de maneira diversa, pois a coisa julgada é relativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵⁰ ALVIM, Arruda. A Declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, p. 131, jan-mar. 1996.

⁵¹ *A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é em si mesma, tão una e indivisível quanto ao próprio poder soberano* (In CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, p. 156, 2006). Comentando o regime geral dos limites da coisa julgada, traçado pelo Código de Defesa do Consumidor, v. Ada Pellegrini: *De início, os tribunais não perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada erga omnes, limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos que não faz sentido. [...] Ou a demanda é coletiva, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação* (In GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julgada Erga Omnes das Ações Coletivas. *Revista do Advogado*. Op. cit. p. 9).

⁵² ALVIM, Arruda. A Declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*. Op. cit. p. 131.

No Brasil, o controle de constitucionalidade sempre poderá ser jurisdicional. Adota-se o Sistema Híbrido de Constitucionalidade, combinando as vias difusa ou concentrada, a primeira de competência de todo magistrado, a segunda somente do Supremo Tribunal Federal. Os direitos coletivos, por todo exposto, são merecedores de tutela jurisdicional o que, em tese, compreende a uma tutela jurisdicional constitucional. Para este escopo, a ACP tem um papel central como mecanismo de acesso à justiça e concretização de direitos fundamentais, não se mostrando suficientemente aptas para essa finalidade as demais ações coletivas.

Não é de nada possível que a ACP tenha o condão de atacar lei ou ato normativo em tese, sob pena de usurpação de competência do STF. Não obstante isso, o jurisdicionado não pode restar privado da tutela constitucional, numa forma de cerceamento do acesso à justiça. Não obsta, pois a utilização do controle concreto adequadamente e sem dissimulações não é capaz de exceder a competência do juiz de primeiro grau mesmo nestes casos.

A hipótese de conflito que se possa instaurar entre a decisão em ACP e a jurisprudência do Supremo também restou de todo refutada, pois a Corte sempre terá o monopólio da jurisprudência constitucional, posto que nenhuma declaração incidental de inconstitucionalidade poderá lhe submeter. Se, contudo, a relação jurídica que se pretende fulminar em ACP guardar com ADIn/ADC/ADPF a mesma causa de pedir, ambas em trâmite, poderá o Pretório decretar-lhe a suspensão até que seja solucionada a questão constitucional em controle abstrato, tal qual sua própria jurisprudência tem entendido.

Não é lícito, portanto, ao juízo de primeiro grau suspender a aplicação de uma dada norma federal ou estadual em face da CF, pois que afasta apenas incidentalmente a sua aplicação no caso concreto. Em sede de ACP, a decisão que efetua controle meramente incidental de constitucionalidade tem eficácia limitada às partes envolvidas na controvérsia, não assumindo assim os efeitos *erga omnes* que incidem na parte dispositiva.

Deste modo, o próprio sistema veda a utilização da ACP como sucedâneo da ADIn e a competência do Supremo encontra-se preservada, bem como a finalidade precípua da Ação Civil Pública que é a tutela dos direitos difusos, garantindo-se, ao menos em tese, o acesso à justiça constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora JusPodvm, 4º V, 2ª ed., 2007.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.s). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 24ª ed., 2011.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 81, jan-mar. 1996.
- REVISTA DO ADVOGADO. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXVI, n. 89, dez. 2006.
- SCHAFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- WALD, Arnoldo (Org.). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J.J. Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.