

Controle de constitucionalidade e ação civil pública

Ana Lúcia Porcionato¹, anaporcionato@mdbrasil.com.br

1. Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar alguns aspectos do controle de constitucionalidade. Buscou-se, inicialmente, estudar os tipos de controle focando na ação direta de inconstitucionalidade genérica, mostrando seu objeto, sua legitimidade e seus efeitos, demonstrando a dinâmica do procedimento previsto na Lei 9.868/99. Na seqüência, abordamos alguns pontos polêmicos da ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública, ressaltando a importância da coisa julgada perante esse instituto.

Palavras-chave: controle, constitucionalidade, inconstitucionalidade, coisa julgada, ação civil pública.

RESUMEN: **Control de la constitucionalidad y la acción civil pública.** El siguiente trabajo tiene por objetivo analizar algunos aspectos del control de constitucionalidad. Se buscó, inicialmente, estudiar los tipos de control sobre la acción directa de inconstitucionalidad genérica, mostrando su objeto, su legitimidad y sus efectos, demostrando la dinámica del procedimiento previsto en la Ley 9.868/99. A seguir, abordamos algunos puntos polémicos de la acción directa de inconstitucionalidad y la

acción civil pública, teniendo en cuenta la importancia del asunto juzgado frente a ese instituto.

Palabras llaves: control, constitucionalidad, inconstitucionalidad, cosa juzgada, acción civil pública.

ABSTRACT: Constitutionality control and public civil action. The present work has the aim to analyze some aspects of the constitutionality control. We tried, initially, to study the types of control focusing on the direct action of generic unconstitutionality, showing its object, its legitimacy and its effect, demonstrating the dynamics of the procedure foreseen in Law 9.868/99. In the sequence, we approach some controversial points of the direct action of unconstitutionality and the public civil action, excepting the importance of the thing judged before this institute

Keywords: control, constitutionality, unconstitutionality, judged thing, public civil action.

Introdução

A supremacia das normas constitucionais perante as demais normas do ordenamento jurídico significa que as normas infraconstitucionais devem guardar entre si uma relação de compatibilidade, ou seja, os conteúdos destas não devem violar no todo ou em parte a Constituição Federal. Sendo assim, a própria Carta Magna, para assegurar a inviolabilidade de seus preceitos normativos, prescreve o controle de constitucionalidade ou controle de validade da ordem jurídica. Da falta de consonância do conteúdo de lei ou ato normativo com a Constituição Federal, ocorre a Inconstitucionalidade. O presente trabalho tem como finalidade mostrar as formas de coibir a inconstitucionalidade das leis ou ato normativo, além de relacionar tal instituto com a ação civil pública.

I – A inconstitucionalidade

Ocorre a inconstitucionalidade quando há conflito entre normas que constam de um mesmo sistema jurídico com a Constituição, sendo que este sistema não se conforma com tais incompatibilidades. Portanto, esse conceito de inconstitucionalidade tem como referência a Constituição, em relação de

conformidade com todo o ordenamento jurídico, e com a ação ou omissão estatal, de qualquer outra pessoa. Ensina Jorge de Miranda:

Não é inconstitucional toda e qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares ao agirem na sua vida cotidiana podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas (...), e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Logo o ato inconstitucional está vinculado ao poder público, pois com relação aos particulares, como já foi dito, não há ato inconstitucional que possa ser censurado pelos tribunais (s/d, p. 180).

Regina Maria Macedo Nery Ferrari esclarece sobre a inconstitucionalidade lembrando que

concerne à supremacia constitucional, isto é, ao fato de que a Constituição é a lei fundamental da ordem jurídica, ou, ainda, para que uma norma seja válida necessita buscar sua validade na norma superior – de tal forma que sistematicamente escalonada em um ordenamento jurídico, a sua unidade reduz-se à confirmação de todo o ordenamento jurídico à lei fundamental, que, considere como a de maior escalão, é orientadora da produção de todas as demais normas inferiores, que buscam validade nas normas superiores (NERY FERRARI, 2002, p. 25).

As normas que compõem o sistema jurídico nacional “só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal” (SILVA, 2000, p. 48), tal argumento é válido, pois em nosso sistema vigora a supremacia da Constituição¹.

1 “A Constituição é uma superlei, com força valorativa acima das leis ordinárias. Daí a necessidade de a legislação ordinária ser formulada de conformidade com a Lei Fundamental do país, que é a Constituição. Essa superioridade do Diploma Magno nada seria se não houvesse um órgão para defendê-la. Daí provém o problema da constitucionalidade das leis, da existência de um órgão encarregado de zelar pela supremacia da Constituição” (Pinto Ferreira. Curso de Direito Constitucional, p. 423).

A garantia da constitucionalidade visa obter como finalidade última a subordinação à Constituição de leis e atos normativos dos órgãos públicos, que é, em verdade, a expressão da supremacia da Constituição. Essa supremacia traduz hierarquia entre as normas jurídicas. Celso Ribeiro Bastos, entende que

desde as simples normas contratuais, estabelecidas entre particulares, até a Constituição Nacional, forma-se, desta maneira, uma autêntica pirâmide jurídica, na qual a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade da norma que a suspende (1989, p. 387).

O controle de constitucionalidade é o meio para atingir este fim, ou seja, garantir a supremacia da Constituição, prevalecendo como parâmetro de controle de todo o conteúdo constante da Constituição Federal.

II – Controle de constitucionalidade

As garantias de realização da Constituição, com as devidas sanções pelo descumprimento ou violação, existem para que haja obediência aos pressupostos constitucionais, gerando, portanto, tais garantias, a estabilidade, observância e conservação das normas constitucionais (BASTOS, 1989, p. 388).

2.1 – Conceito

Toda lei ou ato normativo deve estar de acordo com a Constituição Federal, a verificação de estar ou não conforme às normas constitucionais é o que se denomina de controle de constitucionalidade. Trata-se de um sistema de defesa da Constituição a fim de retirar do ordenamento jurídico tudo o que possa vir contaminá-lo.

Haverá inconstitucionalidade material quando o conteúdo do projeto de lei ou do ato normativo não estiver de acordo com o que determina a Constituição, tal conteúdo deve ser fundado sobre valores consagrados no texto constitucional, pois esta “representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social” (CLÈVE, 2000).

Já a inconstitucionalidade formal ocorre quando houver desobediência a procedimento legislativo estabelecido pela Constituição, não acerca do conteúdo. Jorge Miranda conceitua a constitucionalidade e inconstitucionalidade como:

Conceitos de relação: a relação que estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não sentido. Não se trata porém, de relação de mero caráter lógico normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade, ou a desconformidade entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica” (2001, p. 162-163).

Já Merlin Clève (2000) descreve a inconstitucionalidade de forma mais sintética: é a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”.

2.2 – Espécies de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade pode ser efetuado enquanto projeto de lei (controle preventivo), ou quando a lei já faz parte do ordenamento jurídico (controle repressivo). O controle preventivo ocorre quando há necessidade de evitar que norma maculada por vício de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico. Esse controle ocorre por meio de comissões de constituição e justiça, que possuem a função de analisar se há compatibilidade com a Constituição, projeto de lei ou proposta de emenda. Há controle preventivo também por meio do veto jurídico, emanado pelo chefe do Poder Executivo.

No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna (MORAES, 2000).

Há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade: 1) sistema aberto ou difuso, em que existindo um caso concreto e através da alegação incidental de uma das partes, qualquer órgão do poder judiciário estará apto a apreciar a inconstitucionalidade de uma lei; 2) o sistema concentrado ou reservado, o qual “concentra” a apreciação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, ou ao Tribunal de Justiça, dependendo da matéria.

Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo próprio Poder Legislativo. Em ambas as hipóteses, o Poder Legislativo poderá

“retirar” normas editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem vício de inconstitucionalidade.

2.2.1 – Controle repressivo realizado pelo Poder Legislativo

a) Artigo 49, V, Constituição Federal

A primeira exceção está consagrada no artigo 49, V, da Constituição Federal que prevê competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. “Sempre que o Presidente da República extrapolar os limites fixados na resolução, concedente da lei delegada, o Congresso nacional poderá sustá-la via decreto legislativo, paralisando todos os seus efeitos” (BULOS, 2000).

Nesse caso, o ato que susta a lei delegada logra eficácia *ex nunc*, pois não produz efeitos retroativos, operando-se a partir da publicação do decreto legislativo. Assim, inexistente declaração de nulidade da lei delegada, mas simples sustação de seus efeitos.

Vale esclarecer, que este dispositivo (art. 49, V, Constituição Federal) consagra uma espécie de controle legislativo que não suplanta a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Assim, havendo violação dos requisitos formais do artigo 68 da Constituição Federal², tal declaração poderá ser acionada. Nessa hipótese, o ato de sustação produzirá efeitos *ex tunc*, isto é, desde a edição da espécie normativa, desempenhando efeitos retroativos.

b) Artigo 62 da Constituição Federal³

Uma vez editada a Medida Provisória pelo Presidente da República, nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, ela terá vigência e eficácia imediata, e força de lei, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, devendo ser subme-

2 “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”

3 “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

tida de imediato ao Congresso Nacional, que poderá aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la. Preleciona Alexandre de Moraes:

Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional (2000).

Note-se que, enquanto espécie normativa, a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressada no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que converta-se em lei, em face de inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo.

Em se tratando dos seus efeitos, “identicamente àquele modelo, cristalizado na Constituição italiana de 1947 (art. 77), se a medida provisória sofrer rejeição expressa pelo Congresso Nacional, ela retroagirá, perdendo todos os efeitos que produziu” (BULOS, 2000).

Ponto que deve ser anotado é a impossibilidade de reedição de medida provisória rejeitada, expressamente, pelo Congresso Nacional. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal julgou:

a rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão- além de desconstituir-lhe ex tunc a eficácia jurídica, opera em outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo (STF, Pleno, ADIn 293/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão : 6-6-90).

Enfatize-se , também, que o desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de se reeditar medida provisória, rejeitada expressamente pelo Congresso, configura crime de responsabilidade (art. 85, II, Constituição Federal) .

2.2.2 – Controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário

Como dito anteriormente, no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo é misto, ou seja, é exercido tanto na forma concentrada, quanto da forma difusa.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 102, I, a:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Neste artigo, estabelece, portanto, o controle concentrado.

Em contrapartida, o artigo 97, também da Constituição Federal, estende a possibilidade do controle difuso também aos Tribunais, estabelecendo, porém, uma regra, ao afirmar que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

a) Controle difuso

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

No controle difuso, a pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento de mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros (MORAES, 2000).

José Afonso da Silva traz lições, abaixo transcritas, sobre a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via difusa:

O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos “*ex tunc*”, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade, esta manifestação do Senado que não revoga nem anula a lei, mas

simplesmente lhe retira e eficácia, só tem efeitos, daí por diante, “*ex nunc*”. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validade seus efeitos (2000).

Portanto, os efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade reduzem-se as partes do processo, todavia, a sentença não faz coisa julgada em face da lei, de vez que, enquanto o senado não suspender a execução da lei por resolução, na forma do artigo 52, X, combinado com o artigo 102, III da Constituição Federal, qualquer juiz ou Tribunal poderá aplicá-la se a julgar constitucional.

De modo que, a via de defesa ou exceção é cabível em um caso concreto posto em juízo, no qual a declaração de inconstitucionalidade não é objetivo principal da ação, é uma questão incidente, por isso mesmo a decisão judicial opera seus efeitos *inter partes*, não opera efeitos perante terceiros.

Não obstante, os efeitos *inter partes*, são determinantes para as partes, eis que a declaração de inconstitucionalidade é fulminante para a relação jurídica fundada na lei inconstitucional posta em juízo, uma vez que a invalida desde o seu nascimento, neste sentido, para as partes os efeitos da sentença são *ex tunc*.

No que pertine à lei, o efeito da declaração de inconstitucionalidade assume aspecto interessante, é que em face da norma nada se altera para além da relação jurídica decidida em juízo, a lei continua em vigor e com plena eficácia, e, ainda, que o Senado lhe suspenda a execução, até então a lei vigeu e gerou efeitos, portanto, os efeitos do ato de suspensão da execução por Resolução do Senado Federal, geram efeitos somente daí em diante, ou seja, gera efeitos *ex nunc*.

Em suma, a decisão judicial de inconstitucionalidade proferida no exercício do controle difuso somente aproveita a terceiros quando, em razão de recurso extraordinário, uma das partes submete o exame da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal e esse decide pela inconstitucionalidade, enviando ao Senado Federal para que este atue de acordo com o artigo 102, III, combinado com a competência do artigo 54, X, da Constituição federal, suspendendo a execução da lei.

b) Controle concentrado

Por meio do controle concentrado, o que se tem em mira, é a própria lei, não há um direito substancial imediato a tutelar. Busca-se por meio deste controle, reprimir a lei inconstitucional, retirando a sua eficácia com a declaração de inconstitucionalidade.

Sintetizando, pela via direta do controle da constitucionalidade das leis não há efetivamente um caso concreto a ser solucionado, o que se busca, o objeto da ação, é expurgar do ordenamento jurídico a lei ou o ato que o vicia, independentemente de interesses pessoais ou materiais imediato (CARNEIRO SANTOS, 1999). Através deste controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto (MORAES, 2000).

A Constituição Federal contempla várias espécies de controle concentrado: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (artigo 102, I, a); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva (artigo 36, III); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC. Nº 03/93). No presente trabalho, explanam-se as três primeiras espécies.

III – Ação direta de inconstitucionalidade genérica

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Genérica trata de um controle abstrato, discute-se apenas o Direito e não um fato, julgado pela mais alta Corte. Havendo conflito normativo Federal ou Estadual que contrarie a Constituição Federal, cabe o julgamento ao Supremo Tribunal Federal (alínea “a”, I, artigo 102, Constituição Federal de 1988); havendo dúvida se uma lei ou ato normativo primário estadual ou municipal está de acordo com a Constituição estadual, fica a cargo do Tribunal de Justiça solucionar o conflito (par. 2º, artigo 125, da Carta de 1988).

A finalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional (MORAES, 2000). A ação direta de inconstitucionalidade, em virtude de sua finalidade e natureza e finalidade especial, não é suscetível de desistência (STF - Pleno - ADIn nº 164 DF - medida cautelar - Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 139/396). O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois os atos institucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo⁴.

4 MORAES, Alexandre de, cita, STF – ADIn nº 1.247/-9-PA – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 8 set. 1995. P. 28354, citando a súmula 360

3.1 – Objeto

Cabe a ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e, que, ainda estejam em vigor.

Assim sendo, além das espécies normativas englobadas no artigo 59 da Constituição Federal⁵, também quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever ser e veicula, em seu conteúdo enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo (KELSEN apud MORAES, 1986, p. 2-6).

Mas, não podemos nos esquecer da impossibilidade do controle de constitucionalidade das normas originárias. Diferentemente da teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais, que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (BACHOF, 1997), o sistema constitucional brasileiro consagrou a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal.

Moreira Alves relata: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando asa à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida” (STF – Pleno – Adin nº 815-3. 10/05/1996, p. 15.131).

Assim sendo, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias inferiores de normas ou princípios constitucionais superiores.

- 5 I- Emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III- leis ordinárias;
- IV- leis delegadas;
- V- medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;
- VI - resoluções

3.2 – Legitimidade

No Brasil, desde a Constituição Federal de 1946 o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para exercer o controle da constitucionalidade pelo método concentrado. Mas, a Constituição de 1988, alterou uma tradição que reservava somente ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, transformando-a em legitimação concorrente. Assim o artigo 103 da Constituição Federal⁶ elenca os legitimados para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Já Lei nº 9.868/99⁷ repete este rol de legitimados mas acrescenta a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal.

A discussão em torno dos legitimados se encontra especificamente no tema da pertinência temática. Para alguns dos legitimados, o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada pertinência temática, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação (MORAES, 2000).

Assim, enquanto se presume de forma absoluta a pertinência temática para o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

6 Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I – Presidente da República;

II – a Mesa do Senado;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa da Assembléia Legislativa;

V – o Governador de Estado;

VI – o Procurador Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional

IX – confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional

7 Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais (STF, ADIn 1398/SC, rel. Min. Marco Aurélio), no que se denomina legitimação ativa universal; exige-se a prova da pertinência temática por parte da mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito federal, do Governador do Estado ou do Distrito Federal e das confederações sindicais ou entidade de âmbito nacional.

A jurisprudência é pacífica no sentido dos legitimados acima identificados terem que provar a pertinência temática (STF, RDA, 200:211), mas a contrário sensu, Nelson Nery Júnior afirma:

Quando se tratar de ADIn ajuizada por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, a jurisprudência do STF exige a denominação pertinência temática de referidas entidades com o tema objeto da ação direta que pretendem ajuizar. A restrição é descabida porque distingue onde a CF 103 não distingue. Sendo o processo da ADIn de natureza objetiva, não há que se perquirir de pertinência temática para o seu ajuizamento. Caso contrário, a vingar a tese do STF, Ter-se-ia de exigir que o Governador do Estado demonstrasse que a lei ou a norma questionada, caso declarada inconstitucional ou constitucional, interferiria na ordem jurídica de seu Estado, ou, ainda, exigir o porque do ajuizamento da ADIn pelo Conselho Federal da OAB, já que deveria demonstrar o reflexo da Constitucionalidade ou não da norma questionada para o interesse específico e corporativo da classe dos advogados. Ou a restrição existe para todos os co-legitimados da CF 103, ou ela não existe para nenhum. Não se pode falar em interesse(e esse é o sentido da demonstração da pertinência temática, travestido de questão sobre a legitimação), quando se tratar de processo objetivo, como é o caso da ADIn. Em tudo e por tudo a restrição é inconstitucional, ainda que espelhada na interativa jurisprudência do STF, data maxima venia (2002).

IV – Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um problema debatido e controvertido. Para a tentativa desse deslinde, o ideal é descobriremos a natureza do ato institucional: se é nulo, anulável ou inexistente. Se a conclusão for que a natureza do ato inconstitucional é nulo ou inexistente, seus efeitos serão *ex tunc*, mas se anulável, seus efeitos serão *ex nunc*.

Buzaid afirma que toda lei, adversa à Constituição Federal, é absolutamente nula, não simplesmente anulável:

Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas americanos, que toda lei, adversa a Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade (BUZAID, 1958).

Na mesma linha, Ruy Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americana, também dissera que toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeite preceitos constitucionais é, de sua essência nula (s.d.).

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que o efeito da sentença da ação direta de inconstitucionalidade é *ex tunc*. Alexandre de Moraes explica: “Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo desde sua origem, ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as suas conseqüências dele derivadas (RTJ 82/791; RTJ 87/758; RTJ 89/36)), uma vez que os atos inconstitucionais são nulos⁸ e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados.

Ressalta o Ministro Moreira Alves:

entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 53,X, CF). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado (RTJ 151/331-355).

8 Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em contrapartida, Gilmar Ferreira Mendes, após acurado estudo, compartilha do entendimento que a eficácia da sentença no tempo deve ser feito com reservas. Para este autor a lei inconstitucional é anulável, já que existiu validamente até o momento da decretação da inconstitucionalidade, porquanto, não se pode dizer que ela é simplesmente nula, aplicando a declaração com efeitos *ex tunc*, invalidando a norma desde o início, como se ela não tivesse existido (MENDES, 1999).

Assevera ainda o autor que invalidar a norma desde o seu nascimento é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade no mundo jurídico, gerando direitos e deveres e efeitos no plano de ser físico, e neste plano, não há ato humano nulo ou anulável, visto que uma vez praticados jamais deixarão de terem sido, “pois fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo” (PONTES DE MIRANDA, s.d.):

Porém com advento da Lei 9.868/99, a problemática dos efeitos das sentenças das ações diretas de inconstitucionalidade foi minimizada, pois o artigo 27 traz:

ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (artigo 27 da Lei 9.868/99 (LADIn)).

Nelson Nery Júnior comenta:

Julgado procedente o pedido deduzido na ADIn , declarando-se inconstitucional lei ou ato normativo, essa declaração tem efeito retroativo (eficácia *ex tunc*), atingindo o ato em seu nascedouro e anulando todos os efeitos jurídicos por ele produzidos. A norma sob comentário autoriza o STF a, excepcionalmente, restringir esse efeito e fixar *dies a quo*, isto é, o termo inicial, o momento a partir do qual a decisão passaria a ter eficácia (2002).

Importante ressaltar que para que possa restringir os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, ou fazer com que essa tenha eficácia *ex nunc* ou a partir de outro momento que o Supremo Tribunal Federal fixar, é

necessário que o órgão julgador tenha composição qualificada, ou seja, que a decisão tenha sido tomada por maioria de dois terços dos membros do Tribunal. Hely Lopes Meirelles justifica a inovação deste artigo:

A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais (2004).

Vale registrar, a propósito, a opinião abalizada de Jorge Miranda:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-las às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiada gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização (s.d.).

Vamos analisar, sinteticamente, como ocorre os efeitos da sentença da ação direta de inconstitucionalidade no direito comparado.

No sistema norte americano, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula e, por isso, “ineficaz”, pelo que o juiz que exerce o poder de controle, não anula, mas meramente declara uma (pré existente) nulidade da lei constitucional.

No sistema austríaco, por seu turno, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que até o seu pronunciamento é tida como válida e eficaz.

Deste modo, enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem o caráter de um controle meramente declarativo, com efeitos *ex tunc* (fato pré-existente – nulidade absoluta), o sistema austríaco assume o caráter de um controle constitutivo da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição, com efeito *ex nunc* (para o futuro – de anulação). Além do caráter “constitutivo”, também caráter “geral”, ou seja, dá origem a uma anulação com eficácia *ex nunc*, opera, porém *erga omnes* (eficácia geral). Deste modo, uma vez sobrevivendo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos como se ab rogadas por uma lei posterior.

A solução adotada, pós 1945, na Itália e Alemanha, coloca-se intermediária entre o sistema austríaco e o norte-americano. Tanto na Itália quanto na Alemanha, considera-se que as sentenças, com que as Cortes Constitucionais declaram a inconstitucionalidade de uma lei, têm eficácia erga omnes (como na Áustria), pelo que a lei inconstitucional torna-se ineficaz para todos e para sempre, e não meramente não aplicada em um caso concreto.

Todavia, tanto na Itália quanto na Alemanha, afirma-se que as sentenças, em geral tenham eficácia que opera *ex tunc*, ou seja, também para o passado, como no sistema norte-americano, onde a lei é vista com absoluta nulidade (CAPPELLETTI, 1999).

Por sua vez a Constituição Portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula similar ao artigo 27 da Lei 9.868/99, segundo a qual quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (MEIRELLES, 2004).

Embora a Constituição Espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, passou a adotar, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

V – Ação de inconstitucionalidade interventiva

Qualquer lei ou ato normativo do Poder Público que cause lesão a um dos princípios constitucionais sensíveis é suscetível de controle de constitucionalidade, concentrado, pela via da Ação Direta Interventiva.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva tem como objeto a lei ou ato normativo estadual ou distrital contrário aos princípios constitucionais, estampados no artigo 34, VII da Constituição Federal⁹.

Ao contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica que possui apenas a finalidade jurídica, a Ação Direta de Inconstitucionalidade

- 9 a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção, e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Interventiva possui duas finalidades: a) jurídica (declarara a inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual ou distrital); b) política (decretar a intervenção federal no Estado-membro ou no Distrito Federal).

Caracteriza-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, por ser um mecanismo de controle concentrado. É, pois, um controle direto, para fins concretos, o que impossibilita a concessão de liminar, nos termos da Lei nº 4.337/64 (BULOS, 2000). Sendo a ação direta interventiva julgada procedente, após seu trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal comunica à autoridade interessada, assim como o Presidente da República, para que as providências constitucionais sejam tomadas (Artigo 175, parágrafo único do Regime Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)).

A Ação Interventiva possui um único legitimado para propor a ação, mas depende de provimento do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do Procurador Geral da República. Importante ressaltar que mesmo possuindo a legitimidade exclusiva para ação, não altera sua natureza jurídica, pois como lembrava Buzaid: “o poder de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato arguido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação” (1958).

Vale lembrar também que a atribuição do Procurador Geral da República, no que diz respeito à propositura da ação é discricionário (RTJ, 98:3; 48:156, 59:333 E 100:1013). Primeiro porque o Ministério Público é autônomo¹¹, e outra, porque o Procurador poderá determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida.

VI – Ação de inconstitucionalidade por omissão

A Constituição de 1988 prevê em seu artigo 103, parágrafo 2º¹², a ação de inconstitucionalidade por omissão. A ação aí prevista é uma novidade que já existia nas Constituições de outros países. Daí o constituinte ter se inspirado no Texto Constitucional português, para introduzir essa categoria no Brasil.

O objetivo pretendido pelo legislador, com a previsão da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional.

11 Artigo 127, parágrafo 1º, Constituição Federal

12 “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, e, se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Assim, tem cabimento a presente ação, quando o Poder Público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu (MORAES, 2000).

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo¹³, em que a Constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao Princípio da Legalidade¹⁴, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Alexandre de Moraes explica:

na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A Constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa (2000).

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissivo, configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão (RAMOS, 1992). Portanto, só há o cabimento da presente ação quando a Constituição obriga o Poder Público a emitir um comando normativo e este queda-se inerte. A legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão é o mesmo rol para a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, ou seja, os elencados no artigo 103 da Constituição Federal.

VII – Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999

O Supremo Tribunal Federal, criado a imagem e semelhança da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, é órgão do Poder Judiciário e controlava concretamente a constitucionalidade das leis e atos normativos edi-

13 Por exemplo, artigo 128, parágrafo 5º da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público

14 Por exemplo, artigo 7º, XI, da Constituição Federal prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei

tados pelo Poder Público. Isto porque não poderia deixar de aplicar a tutela jurisdicional, quando solicitada (Princípio da indeclinabilidade da jurisdição). A declaração em concreto da inconstitucionalidade não fazia coisa julgada e somente valia no caso concreto. Não havia o controle abstrato da constitucionalidade das leis. Esse sistema de controle abstrato existe em países que têm Corte Constitucional exclusiva que não é um órgão do Poder Judiciário, mas órgão supra poderes, formado por membros oriundos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. A mesma regra do controle abstrato foi repetida nas Constituições que se seguiram. Criou-se, no Brasil, o controle misto da constitucionalidade das leis: abstrato e concreto.

O processo da ação direta de inconstitucionalidade era regido pela Lei 4337/64. Previa regras para o processo tanto da ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual, contestado em face da Constituição Federal, como da Ação direta interventiva. Outra Lei, a de nº 5.778/72, contemplava o sistema processual do controle abstrato da constitucionalidade das leis no direito brasileiro.

Nada obstante a LADIn (Lei 9.868/99) tenha revogado expressamente as Leis 4.337/64 e a 5.778/72, a revogação foi tácita, porquanto a lei nova regulamentou completamente referida ação.

Hoje, portanto, os processos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade são regidos pela LADIn, ou seja, Lei nº 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (NERY JÚNIOR, 2002).

VIII – Ação direta de inconstitucionalidade e ação civil pública

Uma questão importante é a verificação da possibilidade jurídica de se realizar controle de constitucionalidade através da ação civil pública, o que se mostra relevante considerando a “ampla” produção normativa e seus efeitos perante o cidadão em geral (COMES JÚNIOR, 2005).

Nelson Nery Júnior (2002) destaca que o importante é analisar o objeto das referidas ações. O objeto da Ação Civil Pública é a defesa de um dos direitos tutelados pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública. A Ação Civil Pública pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada.

Assim, o PEDIDO na Ação Civil Pública é a proteção do bem da vida, que pode ter como CAUSA DE PEDIR a inconstitucionalidade de lei, enquanto o PEDIDO na Ação Direta de Inconstitucionalidade será a própria declaração de inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da Ação Civil Pública e da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Como a competência para o processamento e julgamento da ADIn é do Supremo Tribunal Federal, não pode ser feito pedido na Ação Civil Pública de declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Caso isso ocorra, terá havido invasão da competência do Supremo.

Luiz Manoel Gomes Júnior ensina:

No processo civil o pedido é aquilo que se pretende obter, a finalidade almejada com a utilização da tutela jurisdicional. No pedido, retrata-se o bem jurídico objetivado. Já a causa de pedir é o que qualifica o pedido, ou seja, os fatos e os fundamentos jurídicos que dão embasamento à pretensão (2005).

Importante salientar que é pacífico tanto na jurisprudência como na doutrina que é expressamente vedada a utilização de Ação Civil Pública no controle concentrado de constitucionalidade (STF, RDA, 206:267; STJ, Resp 134.979/GO, rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma).

O controle de constitucionalidade difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e, para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo. Dessa forma, em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

Tomemos um exemplo: O Ministério Público ajuiza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o artigo 37 da Constituição Federal. O juiz ou tribunal poderá declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com efeitos somente para as partes e naquele caso concreto (MORAES, 2000).

Mas, por conseguinte, a Lei nº 7.347/85¹⁵, em seu artigo 16, traz expressamente: “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator...”.

Ocorre porém, que se a decisão do juiz ou tribunal, em sede de ação civil pública, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em face da Constituição Federal gerar efeitos *erga omnes*, haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único tribunal em cuja competência encontra-se a interpretação concentrada da Constituição Federal.

Arruda Alvim afirma:

O que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração *in abstracto*, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum* (1995, p. 157-162).

E ainda conclui:

Por tudo o que foi dito, afigura-se-nos que inconstitucionalidade levantada em ação civil pública, como pretenso fundamento da pretensão, mas em que real e efetivamente o que se persiga seja a própria inconstitucionalidade, é arguição incompatível com essa ação e, na verdade, com qualquer ação por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (1995, p. 157-162).

Oswaldo Luiz Palu tem a seguinte opinião:

A ação civil pública apresenta-se inidônea como instrumento do controle de constitucionalidade *incidenter*, por se aproximar de um típico processo sem partes ou de um

processo objetivo, no qual a parte atua não em defesa de posições subjetivas, agindo fundamentalmente, como escopo de garantir a tutela do interesse público, sendo que, acaso possa a Magistratura ordinária de primeiro grau declarar inconstitucional ato normativo em ação civil pública, ter-se-á a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao STF (1999).

A questão abordada é polêmica, eis que poderia concluir-se que, diante dos efeitos *erga omnes* previstos no art. 16 da LACP, não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade incidental na ação civil pública. A nosso ver, descabida tal conclusão, pois para se chegar a mesma, necessária se faz a apreciação sobre o tema coisa julgada.

Jorge Miranda preleciona: “A fiscalização concreta pressupõe três poderes: o de determinar a norma aplicável ao caso, o de apreciar a sua conformidade com a Constituição e, o de não a aplicar quando desconforme” (2001).

Liebman observa que a coisa julgada não pode ser vista como um efeito autônomo da sentença. Indica a forma como certos efeitos se exteriorizam, a sua força, a sua autoridade. De fato, expressões como imutabilidade, definitividade, intangibilidade, exprimem uma qualidade, uma propriedade, um atributo do objeto a que se referem (apud WAMBIER et al., 1984).

Mas imprescindível esclarecer que os efeitos da coisa julgada tem limites. A coisa julgada se forma nos limites do pedido (CPC 128 e 460) (NERY JÚNIOR, 2002). “Não se pode, pois, atribuir-lhe autoridade que vá além dos limites da lide posta e decidida, ou seja, que vá além do objeto do processo por ela definido” (RT 620/81). “A justiça constitucional expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das Leis Fundamentais” (CAPPELLETTI, 1999).

A sentença é composta por três partes distintas: relatório, fundamentação e dispositivo (CPC 458). Somente a parte dispositiva da sentença, na qual o juiz decide efetivamente o pedido proferindo um comando que deve ser obedecido pelas partes, é alcançada pela coisa julgada material (autoridade da coisa julgada) (NERY JÚNIOR, 2002).

Importante ressaltar que a questão prejudicial NÃO FAZ COISA JULGADA. Questão prejudicial é a questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi no julgamento da questão seguinte. Decidida *incidenter tantum*, isto é, incidentalmente no processo, constitui premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença, pois a decisão incidente sobre questão prejudicial faz parte da motivação da sentença.

“A coisa julgada é a conclusão do raciocínio do juiz, expressa no dispositivo da sentença” (RTJ 113/241). “Somente o dispositivo faz coisa julgada” (JM 94/214). “Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei” (RTJ 103/759).

É de se emprestar relevo à diferenciação entre os mecanismos de aferição de validade das normas infraconstitucionais. No sistema difuso, uma das partes alega, em um processo comum, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Admite-se a arguição como fundamento da ação, mas sempre *incidenter tantum*.

No caso em questão, afigura-se que, no curso de uma demanda em que se discutem situações jurídicas concretas, o juiz tem de examinar um “ponto” que se apresenta como premissa necessária à decisão sobre o pedido do autor. Tem-se, pois, uma questão prejudicial, que é alegação de inconstitucionalidade. A causa, portanto, tem dois pontos a serem examinados: primeiro, se o ato é ou não constitucional e, depois, o pedido do autor. A apreciação de inconstitucionalidade configura questão prejudicial. A regra a incidir, portanto, é a do artigo 469, III do Código de Processo Civil, que dispõe não terem as questões prejudiciais aptidão para produzir coisa julgada material. Assim é porque a inconstitucionalidade não é, em si, o objeto do julgamento, mas apenas um antecedente necessário para o exame do mérito (FLORES, 2002).

Na realidade, o juiz não declara a constitucionalidade ou não do ato, apenas conhece da questão como antecedente lógico. Não é esse o pedido da ação, que no caso deste acórdão, o pedido é a não permissão da desafetação e alteração de designação originária de áreas públicas de uso comum do povo.

Os efeitos *erga omnes* previstos no artigo 16 da LACP, indicado como um dos motivos da impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade de Lei em sede de ação civil pública, atingem somente a causa principal que faz coisa julgada. Sendo assim, fica claro que não existe a usurpação na competência do STF, eis tratar-se de controle difuso de constitucionalidade.

Parece adequado dizer que a questão de constitucionalidade, nesse caso, submete-se, apenas e tão-somente ao conhecimento do juiz, mas não a uma decisão. “A sentença serve não por si, mas pelos efeitos que produz” (HENNING, 2000).

Vejamos alguns precedentes deste mesmo Tribunal, no mesmo sentido do nosso pensamento:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DISTRITAL. CONTROLE DIFUSO. PEDIDO OBJETIVANDO OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER. VIABILIDADE.

Conforme orientação da Primeira Sessão, '... é admissível a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei distrital, ao fundamento de que, nesse caso se trata de controle difuso de constitucionalidade, passível de correção pela Suprema Corte pela interposição de recurso extraordinário...' (ERESP nº 303.994/MG, Rel. Ministro Franciulli Netto, DJU de 01.9.2003).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ E STF.

- Tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, é cabível a ação civil pública com fundamento na inconstitucionalidade, "incidenter tantum", de lei ou ato normativo federal ou local.
- Recurso especial conhecido e provido para determinar o prosseguimento da ação no Juízo "a quo" (REsp nº 202.281/MG, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 29/09/2003, p. 00175).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE - EFEITOS.

1. 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.
2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso

extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.
4. Recurso especial parcialmente provido (REsp nº 299.271/PR, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ de 08/09/2003, p. 00269).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM BASE EM INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTALER TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.
2. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).
3. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF.
4. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia erga omnes, porquanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC).

5. Pretensão do Parquet que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas na 705 Norte.
6. Recurso especial provido (REsp nº 489.225/DF, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003, p. 00266).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTER TANTUM. POSSIBILIDADE.

Ao propor a respectiva ação civil, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não visava somente a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum das legislações apontadas, mas também a anulação das “transposições “ de cargos efetuadas, sem a observância do concurso público (proteção do patrimônio público). Não existe o óbice alegado pelo aresto recorrido (ilegitimidade de parte), configurando-se a vulneração apontada. Recurso provido com o retorno dos autos ao Tribunal a quo (REsp nº 300.058/DF, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 11/11/2002, p. 00245).

IX – Considerações finais

Diante do presente estudo, frente à doutrina e a jurisprudência, podemos concluir que a ação civil pública proposta pelos entes legitimados tem como pedido principal a obrigação de fazer ou não fazer e a declaração de inconstitucionalidade é apenas a causa do pedido. A causa do pedido não faz coisa julgada material, nesse caso, submete-se, apenas e tão-somente ao conhecimento do juiz, mas não a uma decisão. É apenas fundamentação da sua decisão.

A decisão da ação civil pública acompanha o artigo 16 da LACP gerando seus efeitos *erga omnes*. O efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da

ação declaratória de inconstitucionalidade (controle concentrado), que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.

A causa de pedir que é a declaração de inconstitucionalidade, não faz coisa julgada material em face da lei. Portanto, viável e possível a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* em Ação Civil Pública. 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.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública. Coord. Élis Milaré. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995 p. 157 e 162.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Atlântica, 1977.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais**, 2ª ed. 6 volumes, Rio de Janeiro: Atlântida.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 387-388.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva. 2000.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1992. Reimpresso 1999.

CARNEIRO SANTOS, Maria Emília. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Puc/São Paulo, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2000, p. 162-169.

FLORES, Patricia Teixeira de Rezende. Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 2002.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação Popular**: Aspectos Polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. **Ação Concreta**: Relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo, 1999

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra Editora:2001;

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, citado por André Ramos Tavares. Tratado de Arguição de Preceito Fundamental, p. 180.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 25.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. O controle coletivo de constitucionalidade no direito brasileiro – uma evolução democrática e simplificadora. **Revista dos Tribunais**, v. 765, jul. 99.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**, 2ª ed., vol. IV;

RAMOS, Dirceo Torrecillas. O controle de constitucionalidade por via de ação. São Paulo: Angelotti, 1992

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.