

---

# INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*EFFECTS OF THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY  
IN PLACE OF PUBLIC CIVIL ACTION IN THE NEW CODE OF CIVIL  
PROCEDURE*

---

*Rodrigo Fernando Machado Chaves*  
*Procurador Federal da Procuradoria Geral Federal/AGU*  
*Presidente da Comissão Processante Permanente da 3ª Região*  
*Responsável pela Divisão de Defesa Institucional de Prerrogativas da Carreira e*  
*Comunicação Institucional da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle de constitucionalidade; 2 Controle de constitucionalidade difuso; 3 Controle de constitucionalidade concentrado; 4 Efeitos ex tunc, ex nunc e pro futuro da declaração de Inconstitucionalidade; 5 Interpretação conforme a Constituição e a Declaração de Inconstitucionalidade sem redução de texto; 6 Da Ação Civil Pública; 7 Dos Direitos Metaindividuais; 8 Quanto a legitimidade; 9 Da Coisa Julgada; 10 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo atual sistema Processual Civil; 11 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública à luz do projeto do novo Código de Processo Civil; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública, diferenciando os efeitos erga omnes decorrentes do fato jurídico com efeitos difusos tratado por esta demanda, dos efeitos erga omnes decorrentes do efeito Ademais, buscamos apontar uma grave problemática introduzida pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, com a alteração dos efeitos preclusivos da coisa julgada, para abarcar as questões prejudiciais ao processo, notadamente a questão constitucional debatida em sede de ações coletivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de Constitucionalidade. Ação Civil Pública. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the effects of the declaration of unconstitutionality based on the Public Civil Action, differentiating the effects erga omnes stemming from legal facts with diffuse effects treated by this demand, the effects erga omnes stemming from the normative declaration of unconstitutionality in based of concentrated control of constitutionality Furthermore, we seek to point out a serious problem introduced by the project of the New Civil Procedure Code, to amend of preclusive effects res judicata, to embrace questions referred to the process, notably constitutional issue discussed in the collective actions.

**KEYWORDS:** Judicial Review. Civil Action. Direct Action of Unconstitutionality.

## INTRODUÇÃO

Com o aumento da notoriedade dos direitos metaindividuais e da lei 7347/85, que regulamentam o procedimento da Ação Civil Pública, veio a lume uma celeuma acerca da compatibilidade dos efeitos erga omnes da decisão deste instrumento processual e dos efeitos intra partes do controle de constitucionalidade difuso.

O tema sub examine ganhou grande relevância com a discussão em sede de demandas tributárias, onde se debatia a Constitucionalidade do pagamento de alguns tributos, de onde defluíram diversos debates sobre a admissão, ou não, deste fenômeno processual em nosso sistema.

Segundo alguns, havendo no direito brasileiro os controles abstrato e concreto de constitucionalidade, sendo o abstrato de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e o concreto aplicado a casos específicos de maneira incidental e prejudicial ao julgamento do mérito da demanda, como a decisão da ação civil pública e os correlatos efeitos erga omnes, não poderia ensejar o controle de constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação de competência do STF.

A questão, todavia, apresentou trilhar exegético diametralmente distinto dos posicionamentos acima apresentados, adotando entendimento de que inexistente incompatibilidade entre os efeitos erga omnes e intra partes do controle de constitucionalidade difuso e suposta supressão da competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a incompatibilidade de norma com efeitos *erga omnes*.

Porém, em nossa ótica do tema, agora sob o enfoque apresentado pela nova sistemática do projeto de alteração do Novo Código de Processo Civil, o complexo tema, ganha novos contornos, para apresentar uma nova conjectura que se avizinha, e que torna todo o entendimento até então existente como premissas de novas deduções e entendimentos, aqui, pretensamente, apresentados.

Muito longe de apresentar um posicionamento concludente e definitivo da questão, o presente trabalho tem como propósito descortinar a questão em cada um de seus elementos, para posicionar o leitor da problemática vivida em nosso ordenamento, e das insolúveis deduções que podemos encontrar, a depender do trilhar interpretativo adotado.

Para a exposição do tema, adotaremos uma linha argumentativa específica, tendo em vista que a Norma Constitucional é o objeto de

análise do Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado restando necessário rememorar premissas da Teoria Geral da Norma Constitucional, divorciando os conceitos de norma in concreto para norma in abstracto, de modo a diferenciar o campo de atuação do controle de constitucionalidade difuso do concentrado.

Outrossim, identificaremos os efeitos erga omnes do controle de Constitucionalidade Concentrado, daqueloutro, relativo aos efeitos erga omnes do controle de Constitucionalidade difuso, decorrentes da decisões proferidas em sede de Ação Civil Pública.

Corolariamente aos entendimentos perfilhados, encontraremos os exatos limites dos efeitos da decisão, aos auspícios da análise da legitimidade extraordinária e anômala, inerentes a tutelas coletivas como a Adin e a ACP.

Por fim, apresentaremos os entendimentos cogentes à confecção deste trabalho, em torno do Projeto do Novo Código de Processo Civil, mais especificamente no que se atina a formação da coisa julgada, e os limites em relação ao pedido e causa de pedir, e quais os efeitos que esta alteração ensejará sobre o tema ora proposto.

Por óbvio, cumpre-nos observar que as premissas e conclusões aqui adotadas são determinadas por uma questão metodológica de aplicação, sem prejuízo do surgimento de outras premissas igualmente relevantes para o entendimento da matéria.

Avançaremos de modo gradual de acordo com a metodologia proposta, a fim de que as conclusões ao final expostas sejam deduzidas de forma natural das premissas apresentadas.

## **1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Consoante sabido, o Diploma normativo Constitucional é o ato fundador de um Estado. Tem por escopo constituir um sistema de normas jurídicas com a precípua função de regular as forma do Estado, o modo de aquisição, exercício e limites do poder, bem como os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Mais do que isso, a Constituição é um processo de ruptura com o passado e inauguração de um novo sistema, não importando quantas vezes se repita, de forma ordenada e concatenada com o ordenamento vigente, que passa a extrair seu fundamento de validade do Novo Diploma Constitucional, sob os auspícios do fenômeno da recepção das Normas que tiverem conteúdo material compatível com o novo texto Constitucional.

Ao sistematizar o surgimento das normas e lhes indicar sob que caminho se deve enveredar ao regular a sociedade, a supremacia da Constituição estabelece parâmetros quanto ao seu conteúdo e organicidade, que devem tencionar as normas infraconstitucionais.

Neste sentido, estabelecida a ordem Constitucional, a produção normativa tem de estar de acordo com os paradigmas de adequação do texto constitucional, de forma que as normas infraconstitucionais tem de ser convalidadas sob o aspecto formal, de forma a adotar todos os procedimentos e competências previamente estabelecidas para o regular surgimento de Diplomas normativos.

Outrossim, o próprio conteúdo dos diversos diplomas normativos tem de possuir adequação com a matéria tratada na Constituição, de forma que, materialmente, seja com esta compatível.

No caso de inexistência desta adequação da norma infraconstitucional com o texto constitucional, seja pelo aspecto material de seu conteúdo, seja por eventual falha no procedimento de formação do Diploma, diz-se que a norma é inconstitucional, de onde se deflui uma antinomia entre a norma criada e a norma criadora, ensejando, portanto, a consequente nulificação daquela.

Nem poderíamos extrair uma solução diversa, eis que havendo uma relação de dependência da norma infraconstitucional com o texto Constitucional, não pode àquela sobreviver à revelia dos comandos contidos nesta.

É exatamente neste contexto que surge o controle de constitucionalidade, que são instrumentos lançados pelo texto Constitucional para a defesa das normas contidas em seu corpo, mantendo-se a hierarquia e a unicidade do ordenamento.

Destarte, é a submissão da verificação de compatibilidade e adequação, formal e material, das normas de um determinado ordenamento jurídico, com os comandos do paradigma Constitucional em vigor, retirando do sistema jurídico aquelas que estejam maculadas pela inconstitucionalidade.

Note-se que, como um instrumento que garante a própria existência do sistema, várias são as modalidades de controle de constitucionalidade que podem ser utilizadas pelo intérprete, pois sempre que houver uma atividade que implique na validação de determinada norma, estaremos diante de um controle de constitucionalidade.

Entrementes, para que possamos caminhar em nossas conclusões no enfrentamento do tema sugerido para este estudo científico, urge limitarmos nosso foco de atenção no que concerne ao meio de provocação do órgão jurisdicional, qual seja o sistema difuso e o sistema concentrado do controle de constitucionalidade.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Detalhada a forma com que o texto Constitucional é defendido pela forma direta, é preciso mencionar que, sendo o sistema de alegação e controle de Constitucionalidade inserido no bojo de linguagem jurídica posta e autorizada pelo sistema (demanda), a Constituição Federal, com vistas a regular a alegação de inconstitucionalidade no bojo de uma ação, logrou criar o Controle de Constitucionalidade Difuso.

Neste sistema, uma das partes de uma demanda, ao alegar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que ampara determinada o pleito, deseja, entretantes que seja afastada a pertinência da norma com o texto Constitucional, tornando infundado qualquer pleito que se baseie em seus comandos.

Surge, deste modo, diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que a demanda tem por objeto de debate o conteúdo da norma in abstrato, o caso do controle de constitucionalidade difuso, em que questão constitucional constitui uma questão prejudicial, *incidenter tantum*, a análise do objeto da demanda, que é um bem da vida pretendido, cuja análise, bem por isso, deverá anteceder o julgamento do pedido.

Nesse sentido, da análise do referido dispositivo, verifica-se que este se refere ao controle difuso em face dos Tribunais Superiores, de modo que, quando este ocorrer perante um juízo monocrático, este poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo *intra partes*, ou seja, a decisão terá efeitos entre as partes litigantes do processo.

Note-se que este tipo de controle surge quando o juiz, em sua atividade cognitiva sobre determinado fato concreto, identifica, dentre os fundamentos do pedido, questão prejudicial ao conhecimento da demanda, tida como incompatível com o texto constitucional, restando a aplicação da norma ao caso concreto de impossível realização.

Com a ocorrência do *incidenter tantum*, o operador da norma declara a inconstitucionalidade de uma norma para determinado caso, todavia, essa decisão não faz coisa julgada.

Isto ocorre pois, ao se declarar a inconstitucionalidade de forma incidental, forma-se uma norma *in concreto* e *inter partes*, sendo que terceiros poderão alegar, novamente, lei declarada inconstitucional por meio do controle difuso, para

Ou seja, enquanto no controle de constitucionalidade difuso o operador lida com a norma *in concreto*, no controle de constitucionalidade concentrado, o operador lida com a norma *in abstrato*.

Acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, o que vem estabelecido pelos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que diz que o Senado Federal, em ato discricionário, poderá suspender a execução daquele ato normativo, com eficácia erga omnes e efeitos ex nunc, através de resolução senatorial.

Outra questão que merece nosso detalhamento em relação ao controle de constitucionalidade difuso no Brasil, diz respeito a cláusula de reserva de Plenário, estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal, de onde defluiu-se que, no que se atina a órgãos superiores colegiados, só poderá ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela maioria absoluta dos seus membros, ou membros do órgão especial.

Note-se que a reserva de plenário se restringe aos casos de inconstitucionalidade, de forma que, havendo a declaração de constitucionalidade, não é necessária a submissão da questão ao Pleno da turma ou câmara recursal.

Quanto ao procedimento para a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso sofreu significativa alteração pelas leis 9.756/98 e 9.868/99, introduzindo diversas determinações e admitindo inúmeras ingerências na demanda individual, com o escopo de aproximar os instrumentos de controle difuso e concentrado.

Trata-se de uma nítida aproximação dos instrumentos de controle difuso e concentrado quanto a natureza ampla de intervenção com que são admitidos terceiros no processo, constituindo-se em um passo normativo tendente a ampliação dos efeitos da sentença no controle difuso e aproximação da aceitação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que é a possibilidade de que os motivos determinantes da decisão proferida pelo STF, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, passe a produzir efeitos erga omnes, vinculantes (RE 197.917-SP).

Nesse diapasão, segundo o disposto pelo art. 480 do CPC, argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno, sendo que, havendo pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998).

Uma vez remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento, sendo que o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999).

Ademais, os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999).

E mais, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

### **3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO**

Originário da influência Austríaca em nosso ordenamento, o Controle de Constitucionalidade repressivo jurisdicional concentrado contempla, hodiernamente, cinco espécies estabelecidas na Constituição Federal, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, I, a, CF); Ação Direta de Constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine, CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103 §2.º, da CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III, da CF); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1.º da CF).

Ante o complexo tema do controle de constitucionalidade, e para melhor compreensão do tema sub examine, se faz necessário limitarmos nosso foco de atenção à Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que possamos confrontar seus efeitos com os decorrentes da Ação Civil Pública, conforme veremos adiante.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) visa solucionar a antinomia entre a Lex Major, sob o aspecto da adequação formal ou material, através de uma via direta, em que alguns legitimados para a sua propositura, apresentam ao Supremo Tribunal Federal demanda com o condão de ver declarada a norma inconstitucional, conforme o disposto no artigo 102, I a, da CF.

Trata-se, portanto, de um processo de natureza objetiva, uma vez que nenhum interesse subjetivo de particulares está sendo

apreciado na demanda. Aqui, o exame da constitucionalidade da norma é o objeto mesmo da ação, realizado por uma corte especialmente designada para tal fim, que produz eficácia em relação a todos (eficácia erga omnes).

Como estamos diante de um instrumento objetivo, que tem por objeto da demanda, a própria norma impugnada desprovida de uma situação fática concreta, para a propositura desta demanda, foram eleitos determinador legitimados, que são: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal (Alterado pela EC-000.045-2004); 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 de âmbito nacional.

A estrutura diferencia de legitimação para a propositura da demanda se justifica pelo interesse representado pelo legitimado para a propositura de demanda, de modo que, para o Presidente da República, a Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, a legitimação para a propositura é universal, de forma que o interesse de agir para garantir a legitimidade das leis no sistema jurídico é aberta e independe do tema que será tratado.

No caso da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical de interesse de classe de âmbito nacional, a legitimidade é temática, ou seja, é necessária a demonstração de pertinência temática entre as funções desempenhadas pelo ente e o objeto da demanda que está sendo proposta.<sup>1</sup>

Assim, fica ressalvada a competência originária ou funcional vertical do Supremo Tribunal Federal para avaliar se determinada norma in abstracto está, formal e materialmente, compatível com outras normas que estão no mesmo ápice do escalonamento normativo.

O que é averiguado pelo STF é a norma que contenha generalidade e abstração, não havendo um caso concreto a ser analisado na demanda. É, portanto, o próprio objeto da Adin a extirpação da lei ou ato normativo

---

1 Existem, contudo, algumas matérias que não podem ser submetidas a controle concentrado de Constitucionalidade pela via da Ação Direta, como é o caso de lei o ato normativo municipal em face da Constituição Federal, ou de normas administrativas normativas, eis que, para esta hipótese, a inconstitucionalidade é reflexa e a norma atacada não possui autonomia e abstração necessária à propositura da demanda.

inconstitucional. Ademais, a norma, além de ser geral e abstrata, tem que possuir autonomia, de modo que, não é possível o conhecimento de uma ação direta de inconstitucionalidade reflexa (Decretos de Execução do Executivo – art. 84, inciso IV da CF).<sup>2</sup>

Considerando as premissas até aqui expostas, conclui-se que a Adin, ao fazer o Controle de Constitucionalidade das normas in abstracto, retira do enunciado prescritivo a estrutura hipotético-condicional da norma, tida como inconstitucional.

Portanto, ao declarar a inconstitucionalidade da norma, o STF invalida o enunciado prescritivo, impossibilitando a formação da norma pelo intérprete. Por conseguinte, a sentença proferida pelo STF terá efeitos erga omnes, eis que não haverá a possibilidade do surgimento de relações jurídicas descritas no enunciado prescritivo declarado inconstitucional.<sup>3</sup>

No que se refere a possibilidade de medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, consoante os termos do artigo 10 da Lei 9868/99, salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Ademais, o relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias, e no julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (§ 3º).

Tirante as questões ritualísticas acima apontadas, a peculiaridade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em sede de Ação Direta, no caso de decisão liminar, é que, neste momento, a decisão tem cunho erga omnes, até porque, novamente, estamos tratando do objeto da norma em tese, todavia, com efeitos ex nunc.

---

<sup>2</sup> Adin 311, Rel. Min Carlos Veloso; Adin 531, Ag. Rg Rel. Min. Celso de Melo.

<sup>3</sup> Ademais, em regra, estes efeitos serão ex tunc, retroagindo à data da emissão da lei declarada inconstitucional, para que esta não mais produza efeitos. Todavia, é de se mensurar que, esta consideração sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado será tratado com maior vagar adiante.

Nesse diapasão, sendo cediço que a decisão definitiva de inconstitucionalidade em Ação Direta tem efeitos *ex tunc*, a distinção se justifica pela precariedade com que é concedida a decisão, salvo se, por uma exigência fático-político-jurídicas do momento em que foi proferida a decisão, o Supremo Tribunal Federal decida conceder-lhe os efeitos retroativos.

É oportuno mencionar, embora em nosso entendimento, a vinculação tratada pela Emenda Constitucional 45/2004, já venha contida na própria dedução lógica da nulificação da norma Constitucional, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações Diretas de Inconstitucionalidade, tem efeitos vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, à Administração Pública Direta e Indireta.

Todavia, em relação ao Poder Legislativo, este não está impedido de apresentar, novamente, o mesmo texto legal tido por inconstitucional em outra oportunidade, até mesmo por respeito ao princípio da Tripartição dos Poderes.

Aliás, nem poderíamos deduzir outro entendimento, eis que, em relação a norma tida por inconstitucional e nulificada, não produz mais efeitos, todavia, no bojo de uma atividade típica, o Poder Legislativo pode produzir outra norma de idêntico conteúdo, para a qual, o STF terá de produzir nova decisão no bojo de ação autônoma.

Observe-se que, em relação a esta segunda demanda Constitucional, o STF não está vinculado a sua última decisão, seja por alteração de sua composição, seja por uma mutação Constitucional, de forma que é possível, que a inconstitucionalidade anteriormente declaração não seja reconhecida em relação a segunda norma.

#### **4 EFEITOS EX TUNC, EX NUNC E PRO FUTURO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

O nosso sistema adota a teoria da nulidade da lei inconstitucional, ante sua antinomia com a Constituição Federal. Assim, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, invalida-se sua normatividade por não estar esta de acordo com a Constituição Federal, a qual é o fundamento de validade de todo o sistema jurídico.

Conforme dito, ao fazer o controle de constitucionalidade concentrado, o STF retira o enunciado prescritivo do ordenamento, impossibilitando a verificação, no plano concreto, da norma inconstitucional, alterando-se a estrutura da norma, eis que, ao se declarar a norma incompatível com a Constituição Federal, o seu

fundamento de validade esvazia-se, tornando-se nula de pleno direito, desde a sua origem (efeitos *ex tunc*). Então, todas as relações jurídicas formadas da norma inconstitucional são infundadas, sendo que essa mácula, em regra, não pode ser convalidada.

Outrossim, o juiz, ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o faz como questão prejudicial, para decidir sobre um fato. Então, essa declaração terá de retroagir à data do fato para extirpação da relação jurídica

Esta foi, em síntese, a configuração do sistema de controle de constitucionalidade, até a recente alteração introduzida pela Lei 9868/99, que, sob forte influência da Corte Constitucional Alemã, quando foi introduzido substancial alteração no processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o artigo 27 do referido Diploma Normativo, diz que, 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.

Portanto, foram disciplinadas duas modalidades distintas de declaração de inconstitucionalidade, que são a Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a interpretação conforme a Constituição.

Trata-se de modalidades de preservação do ordenamento e diminuição de traumas decorrentes das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e significa em nosso ordenamento, uma evolução da aplicação de um sistema positivado estanque, introduzindo elementos naturalísticos, para a definição de efeitos jurídicos.

Destarte, pelas situações que já existiam em nosso ordenamento<sup>4</sup>, assim como pelas recentes alterações introduzidas pela Lei 9868/99,

---

<sup>4</sup> É bom rememorar que esta situação não é nova em nosso ordenamento jurídico, que, em outras oportunidades, já vinha reconhecendo a influência de elementos empíricos na delimitação dos efeitos normativos, como no caso da teoria do fato consumado. Para esta teoria do Direito Administrativo, existe uma mitigação da nulidade dos atos jurídicos, em situações ontologicamente consolidadas, de modo que a nulificação dos efeitos do ato acarretaria prejuízos demasiadamente onerosos para a sociedade. Assim, pode ocorrer de, por razões de segurança jurídica, seja necessário manter relações constituídas como válidas, pois sua invalidade causaria reflexos altamente prejudiciais à ordem social. Utilizando esta mesma

podemos deduzir que tratam de situações onde a realidade fática do evento exige, em proteção do próprio sistema jurídico, a consideração dos efeitos produzidos como válidos e consolidados.

Esta afirmação nos conduz a outros entendimentos peculiares sobre a questão, pois apresenta uma situação dialética entre ordenamento e realidade, para a alteração de efeitos normativos que lhe seriam próprios.

Para Gilmar Ferreira Mendes<sup>5</sup>, “a aplicação da lei declarada inconstitucional – mas que não teve a sua nulidade reconhecida, – é legítima, quando exigida pela própria Constituição. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame do caso concreto de cada caso.”

Embora a conjectura acima descrita possa nos parecer perigosa e insegura juridicamente, não podemos deixar de ter em mente que existem situações nas quais, devido a fatores externos a norma, o posicionamento correto acarreta conseqüências ontológicas que causam um enorme prejuízo para o Estado.

Por conseguinte, preferimos adotar um posicionamento que, embora tendente a aceitar a crítica sobre a influência dos fatores empíricos de poder, não tem por escopo ignorar a inegável influência política existente no bojo do texto Constitucional.

O texto Constitucional é determinante e determinado pela conjectura fática em que está inserido, em uma relação dialética de texto e contexto, ideias positivas de que da norma determinante da realidade há muito tempo demonstraram ser ineficientes para solucionar os problemas sociais existentes, pois não é possível ao operador do direito trabalhar com uma realidade totalmente abstrata e desprovida de pertinência social, todavia, posicionar entendimento diametralmente oposto nos leva a uma ‘cilada’ interpretativa, pois nos conduziria a um raciocínio cíclico e desprovido de segurança jurídica.

Note-se, que entender o texto constitucional como um corolário das forças políticas atuantes no país nos leva uma ‘Constituição Balanço’, que refletiria apenas uma balanço da sociedade de um determinado tempo e seria mutável ao movimento das conjecturas políticas, baseadas, muitas vezes, em uma análise prodômica da realidade.

---

linha de entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello explica um outro fenômeno jurídico, que também possui seus efeitos delimitados por situações consolidadas de forma fática, que é o funcionário público de fato, definindo-o como sento “aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade, da boa fé dos administrados, da segurança jurídica e da presunção de legalidade dos atos administrativos, reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 221.

De tal sorte, conclui-se que tal dicotomia entre o jurídico e o político não pode ser solucionada pela valorização de um aspecto em detrimento do outro, ou vice versa, senão pela confluência de ambos os elementos na formação do texto Constitucional. A valorização de aspectos políticos em relação aos aspectos políticos, embora leve em conta a realidade existente em um país, não tende ao justo ou correto, pois as conjeturas fáticas podem ser projetadas como as marés dos mares revoltos, que ora tendem a tranqüilidade ora tendem a tormenta, sempre de maneira imprevisível, logrando pouca segurança.

Os aspectos jurídicos e políticos determinantes de uma sociedade estão em uma relação dialética da ‘vontade de poder’ com a ‘vontade de constituição’, e sua aplicação com força normativa deve passar pela integração desses dois fatores na formação de um Estado.

Por óbvio, o artigo 27 da Lei 9868/99 não invalida a regra da nulidade da Lei declarada inconstitucional, eis que aquele trabalha, apenas, no plano dos efeitos da norma inconstitucional, que podem, a depender do caso, permanecer válidos em razão de, no caso, o princípio da segurança jurídica se sobrepor ao princípio da nulidade da norma inconstitucional, e, por conseguinte, convalidação de seus efeitos, em um conflito aparente de normas constitucionais.

## **5 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO**

Partindo do pressuposto da presunção de Constitucionalidade das Leis e atos normativos produzidos pelo Poder Público, corolariamente ao princípio da supremacia da Constituição, deflui-se os princípios da interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Assim, pelo princípio da interpretação conforme a Constituição, no bojo do processo exegético do operador da norma, este deve sempre optar pela interpretação que garanta a constitucionalidade da norma, sempre que esta tiver uma ou mais interpretações possíveis, que possam, eventualmente, ser consideradas inconstitucionais.

No caso da declaração de inconstitucionalidade redução de texto, tem por escopo garantir a segurança jurídica das decisões proferidas pelo STF, de forma que, partindo de um mesmo enunciado prescritivo, havendo diversas interpretações possíveis, o STF determina a interpretação constitucional correta do enunciado, afastando as demais por inconstitucionais.

Diferentemente da situação anterior, neste caso, há uma declaração de inconstitucionalidade em relação a todas as interpretações possíveis que não estiverem de acordo com a exegese estabelecida pelo STF.

Note-se que em ambas as situações, estamos tratando de forma de decisão, ligadas a interpretação possível estabelecida pelo STF, sendo amplamente utilizadas em nosso sistema.

## 6 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ainda delineando nossas premissas para a análise do cerne da problemática proposta com o presente trabalho, passemos a discorrer sobre a Ação Civil Pública, e seus efeitos, para que possamos identificar a forma como este importante instrumento se viabiliza em nosso ordenamento e o modo pelo qual é instrumentalizada a defesa de direitos coletivos em nosso ordenamento.

A Ação Civil Pública, de índole constitucional, foi elaborada com o escopo de salvaguardar, na esfera civil, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Disciplinada, de forma embrionária, pela Lei complementar 40/81, com inspiração na *class action* americana, o referido instrumento hoje tratada pela Lei 7347/85 e pela Lei 8078/90, ganhou novos foros de atuação e relevância, tornando-se o instrumento apto a reprimir ou obstar quaisquer danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (CDC. art. 90 e LACP art. 21).

É uma demanda diferenciada, eis que abarca direitos de natureza híbrida, que não são nem individuais, nem públicos. Nos dizeres de João Batista de Almeida:

Sobre o objeto da Ação Civil Pública, Hugo Nigro Mazzili, com a propriedade que lhe é peculiar, assinala:

A LACP cuida somente da defesa de interesses transindividuais, isto é, interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas. Assim, em que pese mencionar o cabimento da ação de responsabilidade por danos causados ao consumidor (art. 1.º, II), é certo que, para fins de defesa coletiva de interesses, não se quer referir à proteção do consumidor considerado sob o ponto de vista estritamente individual, ou seja, enquanto consumidor determinado e, sim enquanto a lesão atinja uma coletividade ou um número disperso ou até indeterminado de pessoas, reunidas por circunstâncias de fato comuns ou pela mesma relação

jurídica básica. Este raciocínio é tanto mais reforçado quando se vê que, na norma de encerramento ao art. 1.º(inciso V), após enumerar os vários tipos de interesses que podem ser defendidos por meio da ação civil pública, a lei acrescentou que se permite a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, o que evidencia, estar toda ela sempre a cuidar da defesa judicial de interesses transindividuais.<sup>6</sup>

Trata-se, destarte, de um dos instrumentos jurídicos de maior relevância em nosso ordenamento jurídico, e elemento fundamental na concentração e diminuição da litigiosidade de nosso sistema.

## 7 DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Os direitos metaindividuais constituem uma categoria diferenciada de direitos, que não se confunde com os direitos privados e dos direitos públicos, apresentando-se como uma categoria intermediária, com alto grau de conflituosidade, buscando defender interesses supra individuais.

Caracteriza-se por sua ampla área de conflituosidade, que não se coloca necessariamente, ou apenas, no clássico contraste indivíduo X autoridade, mas que é típica das escolhas políticas.

Sob este aspecto, o interesse difuso é aquele interesse para cuja tutela os procedimentos de mediação dos sistema político ainda não atuaram, ou atuaram insatisfatoriamente.

São três as formas com que se apresentam os direitos metaindividuais, as quais, malgrado entremostrem-se semelhantes, ao menos em uma análise inicial, tem características e requisitos próprios de identificação, notadamente os direitos difusos propriamente ditos, coletivos e individuais homogêneos.

Os interesses difusos propriamente ditos, tem como características: i) a indeterminação dos sujeitos lesados, não havendo, por tal motivo, a possibilidade de se mensurar as pessoas que tenham sofrido o dano causado por um fato, como a qualidade do ar, a pureza dos mares, etc); ii) a indivisibilidade do objeto, pois todos são os titulares daquele direito, a uma porque os lesados são indeterminados e a outra porque como todos sejam detentores do direito, o próprio objeto é materialmente indivisível; iii) eventual presença de vínculo fático, visto que este vínculo pode ou não ocorrer no plano concreto (v.g. no caso de vazamento de óleo na praia, objetivamente falando, as atingidas as pessoas que frequentaram a praia).

---

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo*. ed. Saraiva, 13. ed. p. 131.

No caso dos interesses coletivos, pertencem a um numero mensurável de pessoas, eis que estamos diante de um grupo, segmento ou categoria, onde os titulares do direito possuem vínculos entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base, onde são titulares de direito individual. Tem como características: i) a determinação dos sujeitos; ii) vínculo ou relação jurídico base entre os lesados ou entre esses e a parte contrária (v.g. entre os trabalhadores e a própria fábrica há um vínculo decorrente do contrato de trabalho); iii) a indivisibilidade do objeto (o objeto pertence a todos do grupo, porém não há como se identificar a parte de cada qual).

Portanto, diferentemente dos direitos difusos, onde, pela sua natureza indivisível a inexistência de relação jurídico base não possibilitam, por óbvio, a determinação dos titulares, como ocorre nos interesses ou direitos coletivos, donde exsurge a distinção precípua destes.

No que se refere aos interesses individuais homogêneos, podemos defini-los como aqueles que decorrem de uma origem comum, permitindo a tutela deles a título coletivo. Tem como características i) a determinação dos sujeitos; ii) a divisibilidade do objeto; iii) a origem comum da lesão, característica última que, como dissemos, permite a tutela coletiva, sem, contudo, elidir o seu caráter indivisível (v.g. uma indústria fabricou tantos produtos com defeito, os lesados são os adquirentes daqueles produtos).

Note-se que, não obstante serem aqui delineados, os institutos em tela amiúde, não se apresentam com uma definição estanque quanto as suas características e fundamentos, de modo que, para a esmerada distinção entre tais interesses, mister será analisarmos, com a imprescindível minudência, o pedido e a causa de pedir da referida demanda.

Destarte, para verificarmos se um interesse ou direito trata de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, impede, sempre e invariavelmente, mantermos a mira voltada para a pretensão da ação civil pública.

## 8 QUANTO A LEGITIMIDADE

Devido a natureza dos direitos tutelados na ação civil pública, e pela qualidade metaindividual dos interesses ali discutidos, a questão da legitimidade para a propositura da demanda ganha outros foros de atenção, tornando-se concorrente entre legitimados legalmente estabelecidos.

Nesse sentido, tendo em mente que a legitimidade *ad causum* – cinge-se ao titular do direito material – e legitimidade *ad processum*

– quer significar a capacidade de postular o direito material em juízo, enumera-se dois posicionamentos, quanto à natureza jurídica da legitimidade aqui tratada:

Para um primeiro posicionamento, avultam-se dois modos de atuação, a legitimidade ordinária, quando a parte ingressa em juízo para defender, em nome próprio, seus próprios direitos e a legitimidade extraordinária, ou também chamada de substituição processual, quando a parte está defendendo, em juízo, em nome próprio, um direito alheio.

Nesse sentido, para este entendimento, a legitimidade na ACP seria sempre extraordinária, eis que, o direito difuso é sempre da coletividade, aqui entendida como difusa, coletiva ou individual homogênea.

Outrossim, para um outro entendimento, haveria uma diferenciação entre legitimidade ordinária, extraordinária e anômala. Quanto as duas primeiras, tem conceitos idênticos aos já mencionados acima, acrescentando, para este segundo posicionamento, a identificação da denominada legitimidade autônoma ou anômala.

Para este entendimento, a legitimidade anômala ocorre quando alguém, em nome próprio, defende direito próprio e alheio, de forma que na legitimidade da ação civil pública, a legitimidade ad causum e ad processum atuam conjuntamente, com relação a qualquer dos legitimados em lei, que for parte na lide e não coincidentes com relação aos demais titulares do direito.

Ou seja, o legislador ordinário, ao definir determinados legitimados de forma diferenciada para a propositura desta demanda, determinou, independentemente da capacidade processual, que a titularidade do direito sempre ultrapassará as lindes da demanda, qualquer que seja o direito material protegido.

Nesse sentido, é o magistério de Roberto Camargo Mancuso:

A legitimação ativa para agir, em sua concepção tradicional, de cunho individualístico, tem sido entendida como coincidência ou pertinência entre a titularidade de um direito ou de uma situação de vantagem e pessoa que, na ação, ocupa o polo ativo. Essa pessoa torna-se legitimada porque a ela detentora do Poder de fazer valer, em juízo, aquele direito ou aquela situação. Em se tratando de interesses difusos, que – por definição – não comportam apropriação em termos de exclusividade, a justa parte não pode ser buscada nessa relação de titularidade; ela será reconhecida em função de elementos objetivos: relevância social desses interesses, urgência da tutela, aptidão, idoneidade, adaptação de quem se apresente como

seu portador ou representante. É o que, na disciplina da class action, denomina-se adequacy of representation.<sup>7</sup>

Um clássico exemplo do que seria a legitimidade autônoma, são as Ações Cíveis Públicas propostas pelos entes Federativos, em que, o direito coletivo tutelado coincide com os próprios fins a que se destina do Estado, como nos casos de proteção ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, paisagístico, etc.

Independentemente do posicionamento adotado sobre a forma de classificação da legitimidade da Ação Cível Pública, temos que esta definição não é relevante para fins de definição dos efeitos a que estão submetidos os titulares do direito em uma demanda coletiva.

Nesse diapasão, ante a inadequação de todos os titulares do direito material figurarem com capacidade postulatória, o legislador enumerou determinados entes, no exercício de uma função de relevância social, com capacidade de figurarem como partes da demanda.

Note-se que os legitimados são numerados pela própria lei, em seu artigo Art. 50, que confere legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar, sendo que se o Ministério Público não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sendo admitido o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei

Ainda quanto a legitimidade, é facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes, sendo que em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa.

O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

## 9 DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo sistema de processo, quer porque a relação material controvertida é decidida em termos definitivos e irretroatáveis.

7 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos, conceito, legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 229.

Segundo sabido, a decisão proferida num dado processo, em regra, terá efeitos *intra partes*, isto quer significar, em última análise, que a sua eficácia atingirá, apenas e tão somente, os litigantes do processo.

Destarte, o ajuizamento da ação civil pública, sob o aspecto puramente processual, colima a prolação de uma sentença. Todavia, devido a natureza dos interesses defendidos nesta demanda, terá efeitos diferenciados daqueles estatuídos no art. 468 da Lei adjetiva civil.

Note-se que a coisa julgada na ACP terá efeitos *erga omnes* no caso de direitos difusos, exceto se for julgada improcedente por falta de provas, caso em que será possível a repositura da demanda por qualquer dos legitimados. Destarte, esta é a coisa julgada *secundum eventum litis*. No caso dos direitos coletivos, a coisa julgada fará efeitos *ultra partes*, restritos ao grupo tutelado.

No caso dos direitos individuais homogêneos serão *erga omnes* ou *ultra partes* – a depender da natureza do direito que está sendo debatido – tenham ou não os individualmente prejudicados pela lesão intervindo como *litisconsortes* na demanda.

Destarte, a coisa julgada *erga omnes*, assim o é, em decorrência do direito material pretendido e da formação da relação jurídica *in concreto*, e não *in abstracto*, conforme ocorre com a decisão em sede de controle de constitucionalidade, conforme veremos adiante.

## **10 EFEITO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL**

Conjugando as premissas até aqui expostas, logramos verificar, sob a atual sistemática da Lei Adjetiva Civil, que inexistente incompatibilidade entre os efeitos *intra partes* no incidente de inconstitucionalidade e os efeitos *erga omnes* da decisão em sede de Ação Civil Pública.

Com efeito, consoante já mencionado, uma norma é dotada de um enunciado prescritivo, de onde se deflui uma norma *in abstracto*, que produz incidência sobre as relações intersubjetivas através da ação do operador jurídico – intérprete, que em seu processo hermenêutico, produz a norma e a aplica a um determinado caso concreto, em um processo de concretização dos comandos normativos.

Posto isso, lembramos que os efeitos da declaração incidente de inconstitucionalidade em sede de uma dada ação, gera efeitos *intra partes*. Isto ocorre porque o operador da norma verifica, no caso concreto, a constitucionalidade, ou não, da norma *in abstracto*, buscando sua aplicação ao caso *sub examine*.

Estando o operador tratando com uma determinada situação em concreto, dessume-se que a aplicação da norma tida como constitucional ou inconstitucional somente alcançaria as partes que litigam em juízo, sendo que a declaração da debatida nesta demanda não é o objeto pretendido por esta pretendido, senão, apenas, o fundamento da demanda.

Nesse sentido, quando a questão prejudicial de inconstitucionalidade ocorrer em sede de ação civil pública, os efeitos da decisão continuarão a ser inter partes. Todavia, devido a natureza dos direitos por ela tutelados (metaindividuais), os efeitos da decisão ultrapassarão os lindes da ação e atingirá os titulares do direito material, que, por motivos de utilidade, necessidade e adequação, estão substituídos processualmente através de uma legitimação diferenciada anômala ou extraordinária.

Neste caso, o operador, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o faz admitindo que determinada norma é inconstitucional para um determinado fato jurídico litigioso, e emite uma decisão in concreto afastando a constitucionalidade de uma determinada norma, para um determinado fato, de forma erga omnes.

Por outro lado, a norma in abstrato continua intacta, eis que a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo controle difuso, mesmo que tratando de direitos difusos, é válida somente para fatos pré determinados, de modo que somente pode ser atingida através do controle de constitucionalidade por via de ação.

Não se trata, portanto, de modificação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade difuso, que de intra partes passariam a ser erga omnes ou ultra partes, e sim da compatibilidade destes, eis que, os efeitos continuam a ser intra partes, todavia, devido ao instituto processual da substituição processual, os titulares da ação serão atingidos, e estes é que serão erga omnes ou ultra partes.

Não se trata de usurpação da competência originária do STF para declarar lei ou ato normativo inconstitucional, eis que no controle concentrado, constitui o próprio objeto da demanda, os enunciados da norma, de onde se decorre, como dito a norma in abstrato, de forma diametralmente distinta do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, em que a questão constitucional não faz parte do pedido da demanda, e sim da causa de pedir.

Nesse sentido, pela atual sistemática do Código de Processo Civil, a eficácia preclusiva da coisa julgada recai sobre os elementos contidos no pedido da demanda e não na respectiva causa de pedir, de forma que a declaração de inconstitucionalidade em sede difusa, constituindo

apenas a causa de pedir, e não o pedido, não recebe os efeitos preclusivos imutáveis da coisa julgada.

Nada impede que uma dada decisão pela inconstitucionalidade de uma norma em sede de ação civil pública seja decidida em outro sentido por qualquer outro juízo singular ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de um fato distinto ou mesmo em sede de controle concentrado.

Caso já exista o trânsito em julgado da sentença em sede de Ação Civil Pública, e seja proferida uma decisão de constitucionalidade do Supremo, caberá, desde que no prazo legal de dois anos, ação rescisória, com base no inciso V do artigo 485 do CPC.

Conclui-se, então, que a Ação Civil Pública pode veicular matéria relativa a inconstitucionalidade de ato normativo, a ser apreciada via controle difuso, desde que seu objeto precípua não seja obter a declaração de inconstitucionalidade deste ato. Notadamente em sede de ACP, a apreciação de compatibilidade constitucional deve ser apenas incidental (incluída na fundamentação) jamais o foco central da demanda (constar do dispositivo). Ou seja, inconstitucionalidade do ato deve ser apreciada como mera matéria prejudicial com relação ao julgamento do mérito da demanda.

Dito isto, na Ação Civil Pública, na ação coletiva ou em qualquer ação em que a inconstitucionalidade ocorre no sistema incidental difuso, vem sempre proposta como questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença, não sendo o seu pedido mediato (normalmente contraditório) ou imediato (a utilidade efetivamente requerida), tem como objeto a defesa de um interesse tutelado pela Constituição ou leis infraconstitucionais, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Na ação Direta de Inconstitucionalidade, o ataque a norma é o próprio pedido, sendo objeto do processo expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional em controle abstrato.

A causa de pedir e o pedido são de particular importância para a determinação de vários aspectos de uma ação. Se o que expõe o autor de uma ação coletiva como causa pretendida no aspecto ativo são os interesses difusos e coletivos cujas notas características ressaltamos, dentre as quais sobressaem a natureza transindividual e o caráter indivisível e, no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos; se ele formula pedido de tutela coletiva desses interesses ou direitos transindividuais ou indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos [...].

Nesse sentido, dessume-se que, inexistindo a formação da coisa julgada sobre a causa de pedir da Ação coletiva, não há que se falar em

declaração de inconstitucionalidade sobre questão prejudicial, de forma que os efeitos preclusivos da coisa julgada não irão se abranger elementos da norma in abstrato, restando como inconfundível o objeto da Ação Civil Pública e o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

## **11 DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA À LUZ DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Estabelecidos os aspectos controvertidos na declaração de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública, e os efeitos que esta produz em relação a norma in abstrato, passemos a confrontar estes efeitos, produzidos à luz da atual sistemática do Código de Processo Civil, com os efeitos que seriam decorrentes do mesmo fenômeno, caso o Projeto de lei em tramitação no Senado PLS n.º 166, de 2010, seja aprovado com sua redação atual.

Com efeito, os limites objetivos da coisa julgada sofreram substancial alteração no Novo Código de Processo Civil, que aos auspícios de uma linha mais concretista da demanda, e buscando a redução de demandas com a diminuição de novos debates sobre questões já decididas pelo juízo, apresentou um contexto normativo que aumenta carga normativa sobre a causa de pedir, e por consequência a motivação da sentença.

Nesse sentido, a própria exposição de motivos apresentada pelo Projeto 166 estabelece que “O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais”.

E acrescenta ainda que “As partes podem, até a sentença, modificar pedido e causa de pedir, desde que não haja ofensa ao contraditório. De cada processo, por esse método, se obtém tudo o que seja possível”.

Já quanto ao próprio termo dos enunciados propostos, é de se mencionar os seguintes dispositivos:

Art. 19. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará por sentença, com força de coisa julgada.

Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório

mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

Art. 484. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.

Art. 485. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

A eficácia preclusiva da coisa julgada sobre a questão prejudicial é expressamente excluída sobre a atual redação do artigo 467 do CPC, de forma que a alteração proposta tem significativa alteração sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública.

Destarte, conforme dito no bojo do presente trabalho, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso, recaem, apenas, sobre a parte dispositiva da sentença, de forma que o objeto da demanda não se confunde com a questão da inconstitucionalidade, afastada como questão prejudicial da demanda.

Estabelecida alteração da sistemática hodierna sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada sobre questão prejudicial, temos que a declaração de inconstitucionalidade realizada no controle difuso em sede de Ação Civil Pública produzirá efeitos erga omnes sobre o próprio objeto da declaração, fato que, consoante argumentado, traveste da demanda coletiva concreta para aquela outra, de caráter abstrato.

Note-se que o objeto da demanda, pela redação proposta, é significativamente ampliado, e, tratando a questão prejudicial da constitucionalidade, ou não, de norma geral e abstrata, temos que a declaração incidente terá os mesmos efeitos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em outros dizeres, levada à efeito a alteração proposta pelo NCPC, inexistente a possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, eis que esta ação estaria, invariavelmente,

travestida de Ação Direta, a qual somente se viabiliza pelos instrumentos e legitimados adequados, conforme vimos anteriormente.

Mais do que isso, a inviabilização do controle de constitucionalidade difuso em sede de ações coletivas torna todo o sistema de proteção aos direitos difusos no Brasil uma falácia sem sentido significativo.

A proteção constitucional dos direitos transindividuais é inerente tal categoria de direitos, notadamente pela qualidade metaindividual que possui, restando a delimitação da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma com este incompatível uma afronta a égides basilares inerentes ao próprio Estado Democrático de Direito.

É certo que inúmeros problemas decorrentes da aplicação de um determinado projeto desta magnitude somente apresentarão todas as suas faces no momento de sua aplicação, de forma que a questão aqui proposta deverá ser enfrentada pelos juristas e aplicadores do direito, caso a redação proposta se mantenha inalterada até sua promulgação.

Todavia, o que se tem como certo é que, na redação atual do Projeto do Novo Código de Processo Civil, sem as ressalvas de inaplicabilidade da extensão dos efeitos preclusivos da coisa julgada sobre questão prejudicial em sede de ação civil pública, ou outra ação coletiva que trate de interesses difusos, o resultado interpretativo leva à inevitável constatação da inconstitucionalidade do dispositivo, por ofensa ao devido processo legal substantivo.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malleiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVINDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo, Malheiros 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atla, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo-SP, 1995.

GRAUS, Eros Roberto. A interpretação constitucional como processo. *Revista Consulex*, n. 03, mar. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: RT, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional (de acordo com a reforma do judiciário)*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: forense, 2002.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2000.