

A ação civil pública e o controle difuso de constitucionalidade: uma proposta de compatibilização segundo os efeitos da tutela jurisdicional

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz¹

Sumário: 1 Aspectos iniciais. 2 O controle jurisdicional de constitucionalidade. 3 A ação civil pública e o controle difuso. 4 Uma proposta segundo a demanda e os efeitos da tutela. 5 Conclusão. 6 Referências

1 Aspectos iniciais

Ao dissertar sobre aspectos da ação civil pública, impossível deixar de valorar sua modernidade e consonância com a atual sistemática do direito material.

Inequívoco que referido instrumento veio amparar de forma adequada uma pluralidade de direitos (especialmente os denominados fundamentais de terceira geração), cujo modelo processual então vigente (voltado para a solução de lides individuais) mostrava-se inadequado para a esmerada proteção.

Verificamos, então, um sensível prestígio do postulado do acesso à justiça. Trata-se de instrumento que possibilitou àqueles que jamais

¹ Procurador do Estado de São Paulo, lotado na Procuradoria Regional de Campinas, Seccional de Jundiaí. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP.

procuraram o Poder Judiciário usufruir dos benefícios dessa função, com modificações sensíveis em seu cotidiano, como, *verbi gratia*, nas ações civis públicas destinadas à tutela dos consumidores, meio ambiente, patrimônio público etc.

O tema ganha atual relevância, especialmente diante da possibilidade de alterações legislativas, como no caso do Projeto de Lei n. 5.139/2009, em trâmite no Congresso Nacional, que busca sistematizar as normas para a tutela dos direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos.

A questão tormentosa, e que não apresenta até o momento sinais de pacificação, diz respeito ao questionamento da constitucionalidade de normas abstratas editadas pelos entes federados através do processo coletivo.

Posições conclusivas, no entanto, são exigíveis em nome da segurança jurídica e da perspectiva de crescimento do uso dessa forma de tutela. A possibilidade de ampliação do rol de legitimados ativos, como previsto no artigo 6º do Projeto de Lei n. 5.139/2009 (inclusão, entre outros, da Ordem dos Advogados do Brasil) e a necessidade cada vez maior do uso do processo coletivo como mecanismo de economia processual são aspectos que confirmam nossa asserção.

A diversidade de opiniões, notadamente dos tribunais, torna o debate ainda mais enriquecedor e merece grande atenção do estudioso, para compatibilizar as virtudes da ação civil pública com o vigente modelo constitucional de controle de constitucionalidade.

Para tanto, propomos, com o devido acatamento, uma visão centrada nos efeitos da tutela, e não, de forma exclusiva, na causa de pedir. Somente pela análise aprofundada da demanda e sua correlação com a sentença poderemos chegar a uma conclusão sólida sobre a questão, compatibilizando a tutela coletiva e o sistema constitucional.

2 O controle jurisdicional de constitucionalidade

Sem a intenção de tecer um estudo aprofundado sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade neste sucinto trabalho, julgo fundamental expor considerações breves sobre o modelo brasileiro.

É sabido que adotamos o modelo de supremacia das normas constitucionais. As normas da Constituição estão no ápice da escala hierárquica

e, portanto, justificam as denominações doutrinárias: Lei Maior e Lei Fundamental, entre outras.

Se as demais normas do sistema buscam seu fundamento de validade na Constituição, inconcebível que leis e atos normativos infraconstitucionais possam macular seu teor. Seria o mesmo, em uma simplória analogia, que a criatura aniquilando o criador.

Outro fundamento citado pela doutrina especializada consiste na rigidez constitucional, ou seja, a modificação constitucional exige um procedimento complexo (*quorum* qualificado, iniciativa limitada), de modo que uma norma infraconstitucional, produzida através de mecanismos menos formais jamais poderia contrariar a norma constitucional.

Nunca é demais lembrar a lição de José Afonso da Silva:

“A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a Lei Suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas.”²

Por essa razão, fundamental a presença, no corpo do texto constitucional, de um conjunto de normas que possa dar harmonia ao sistema, diante de possíveis inconstitucionalidades. Ricas, nesse ponto, as palavras de André Ramos Tavares:

“Conclui-se, pois, que a inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45.

entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida que estas não se curvem aos padrões estabelecidos previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material. Essa violação surte efeitos, que são também regulados pelo sistema. É na inconstitucionalidade como sanção que se analisarão os instrumentos colocados à disposição para eliminar essas violações, quando tal não ocorra espontaneamente.”³

A interpretação sistemática permite identificar dois modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, segundo destaca José Afonso da Silva: “Em suma, em vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.”⁴

No modelo concreto, também denominado pela via difusa ou de exceção, em breve síntese, a inconstitucionalidade é declarada como fundamento de um pronunciamento judicial de mérito. Exemplo: um contribuinte pede a devolução de um tributo pago com base em uma taxa inconstitucional. O pedido é uma prestação pecuniária (devolução do dinheiro) e o fundamento é a inconstitucionalidade. Observe que o autor não pede a declaração de inconstitucionalidade (pedido mediato), que figura como mera questão prejudicial (premissa fundamental para chegar ao pedido condenatório). A norma dessa taxa inconstitucional permanece no sistema, inclusive com possibilidade de produção de atos administrativos concretos em relação a outros contribuintes (lançamento) e aplicabilidade por outros órgãos jurisdicionais.

O controle concreto é facultado a qualquer órgão do Poder Judiciário.

Situação diversa ocorre no controle concentrado. Através dessa sistemática, a norma tida por inconstitucional, em regra, é declarada nula e deixa de propiciar a prática de atos jurídicos segundo seu fundamento. Declarada a invalidade, impossível extrair qualquer eficácia. Nenhum ato jurídico, salvo nos casos excepcionais de modulação dos efeitos do julgado, buscará amparo na norma declarada inconstitucional.

3 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.186.

4 SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 51.

Sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, concordamos plenamente com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

“A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada. Veja-se um exemplo ilustrativo. Suponha-se que a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de ‘pichação de bem público’, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais que, diante da invalidade da norma deverão negar-lhe aplicação e eficácia.”⁵

E complementa o ilustre doutrinador: “O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde, quer em suas causas, quer em seus efeitos, com sua revogação. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano na existência dos atos jurídicos.”⁶

A declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado consiste no próprio pedido mediato da peça vestibular e os efeitos do julgado que, então, vão além das partes envolvidas na relação processual (eficácia *erga omnes*). A norma, de ordinário, não deverá ser aplicada pelos demais órgãos do Poder Judiciário e respectivos titulares, mesmo que não tenham figurado na relação processual: “A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do *judicial review* do sistema norte-americano.”⁷

5 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14.

6 Ibidem, p. 14.

7 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 581.

Trata-se de processo objetivo, sem a presença de um sujeito no polo passivo do feito, cujo mister reside exclusivamente na manutenção da supremacia constitucional.

3 A ação civil pública e o controle difuso

A Constituição, em razão dos efeitos drásticos do controle concentrado, estipulou uma série de formalidades para a sua concretização. A indicação de órgãos específicos para o julgamento (*ex vi* os arts. 102, I, “a”, e 175, § 2º, ambos da CF), a legitimidade ativa taxativa, entre outros aspectos, são elementos que indicam a excepcionalidade da medida.

Essa cautela do legislador constituinte originário se justifica, eis que prevalente o princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Uma norma produzida segundo os ditames da Lei Maior ostenta séria presunção de compatibilidade com o sistema.

Logo, a ação civil pública, sem maiores esforços, mostra-se inadequada para postular a declaração abstrata de inconstitucionalidade de uma norma, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão assim ementado:

“Reclamação. Procedência. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” da CF). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal Federal.”⁸

Consequentemente, uma ação civil pública jamais pode ter em seu pedido a declaração abstrata de inconstitucionalidade, sob pena de flagrante usurpação de competência do Tribunal Constitucional: “Desse modo, reserva-se ao órgão de cúpula do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal Federal – a missão sacrossanta de empreender a defesa em tese da Constituição a fim de preservar-lhe a integralidade.”⁹

8 STF – Rcl n. 2.224/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>, p. 222. Acesso em: 08.08.2009.

9 BULOS, Vadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 167.

Entretanto, conforme assentado, nada impede que a inconstitucionalidade seja declarada como fundamento ou questão prejudicial do pedido em uma ação civil pública (declaração *incidenter tantum*). Exemplo: é editada uma lei que permite a um Município qualquer a contratação de servidores sem concurso público. Com base na referida lei, flagrantemente inconstitucional, três servidores são contratados. Por configurar ato lesivo a vários princípios da administração (interesse difuso), uma ação civil pública é ajuizada para anular as nomeações. A sentença julga procedente os pedidos da inicial e em seu dispositivo anula os atos administrativo. O fundamento da sentença será a inconstitucionalidade da lei municipal que violou a norma do artigo 37, I, da Constituição Federal, cujo teor exige, para o ingresso em cargos e empregos público, prévia aprovação em concurso público.

No citado exemplo, a defesa do patrimônio público foi efetuada de forma exemplar; a inconstitucionalidade foi mero fundamento, dissociado do pedido (anulação das contratações). Uma situação concreta foi levada ao Judiciário e a coisa julgada restringiu-se às partes envolvidas.

Nesse ponto, diante de situações concretas, a declaração incidental de inconstitucionalidade merece crédito, eis que a coisa julgada restringe-se a situação determinada. A tutela jurisdicional segue a sorte do artigo 465, I, do Código de Processo Civil, uma vez que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para o alcance da parte dispositiva da sentença.

Assim, como a inconstitucionalidade figurou como “verdadeira” questão prejudicial, inexistente qualquer violação ao sistema abstrato de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, ensina Teori Albino Zavascki:

“Não se inibe, todavia, o controle incidental de constitucionalidade. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno da incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida. O juízo assim formulado constitui apenas um fundamento para a sentença do caso concreto, a exemplo do que ocorre com o juízo a respeito do suporte fático (= premissa menor daquele silogismo). Nenhum dos dois, na sua condição de fundamento – e não

objeto – para o juízo de certeza formulado na sentença, faz coisa julgada. Nesses limites, o controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo tem eficácia material restrita ao fenômeno da incidência objetivamente exposto na demanda, e, como tal, não invade os domínios das ações de controle concentrado de constitucionalidade.”¹⁰

Contudo, a peculiaridade da ação civil pública, especialmente a característica de sua sentença, com eficácia *erga omnes*, não permite que a solução do problema se restrinja simplesmente ao aspecto da declaração incidental e da amplitude da coisa julgada.

O entendimento majoritário quanto à possibilidade irrestrita da declaração *incidenter tantum*, apesar de extremamente técnico, não merece coros de verdade absoluta, muito embora seja a regra aplicável na maioria dos casos.

4 Uma proposta segundo a demanda e os efeitos da tutela

A premissa da declaração incidental, data vênia, não equaciona, por si só, o problema da incompatibilidade entre o controle difuso, através da ação civil pública, e o controle concentrado.

O artigo 16 da Lei n. 7.347 estabelece que sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão julgador, salvo no caso de improcedência por falta de provas. Essa peculiaridade, por si só, exige uma visão diferenciada dessa forma de tutela, frente a uma demanda estritamente individual.

Com efeito, pelo que foi apresentado até o momento, podemos chegar a duas conclusões seguras: a) se a declaração for o pedido principal (ou pedido mediato), a via será inadequada; b) se a declaração for incidental, a probabilidade de adequação do feito torna-se muito grande, mas não configura uma regra absoluta.

A questão exige uma visão além da causa de pedir e deve levar em consideração todos os elementos da demanda, pois com base neles a tutela será

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

fornecida, segundo o postulado da necessária correlação entre a demanda e a tutela jurisdicional, conforme lição de Candido Rangel Dinamarco:

“É norma inerente ao processo civil moderno dos países de cultura romano-germânica a vinculação do juiz aos limites da demanda, sem lhe ser lícito prover para sujeitos diferentes daqueles que figuraram na petição inicial (partes da demanda), ou por motivos diferentes dos que houverem sido regularmente alegados (causa de pedir), ou impondo soluções não pedidas ou referentes a bens da vida que não coincidam com o que na petição inicial estiver indicado (*petitum*).”¹¹

Um consenso parece longe do fim. Porém, a necessidade de um estudo aprofundado de cada demanda foi ressaltada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Recurso Extraordinário n. 424.993/DF:

“Parece evidente que a declaração de inconstitucionalidade pleiteada em ação civil pública não pode ter por meta lograr efeitos apenas alcançáveis com o uso da ação direta – e isso é de importância central para o presente caso –, faz-se necessário notar a posição majoritária desta Corte, no que diz respeito às alegações de que as ações civis públicas fazem as vezes de ações diretas, que rejeita qualquer posição apriorística. É apenas em casos concretos que se pode saber se o controle de constitucionalidade exercido na ação civil pública reveste-se dos atributos exclusivos das ações diretas de inconstitucionalidade – dentre eles, o efeito *erga omnes*.”

Por derradeiro, conclui com sábias palavras: “É evidente, portanto, que não é possível conceber, *a priori*, um critério geral que identifique quando a ação civil pública pretende obter efeitos típicos de uma ação direta. Essa posição da Corte, embora cautelosa, tem se mostrado bastante eficiente na solução das demandas.”¹²

Desse modo, assiste razão ao Ministro, pois a adequação da declaração incidental exige uma análise caso a caso. A observância da demanda

11 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 3, p. 280.

12 STF – RE n. 424993/SF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.09.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>, p. 562-564. Acesso em: 08.08.2009.

como um todo e dos efeitos que dela podem ser extraídos configura parcela primordial do silogismo que redundará na adequação ou não do controle pela via de exceção.

A cautela justifica-se. Em várias situações, o autor da ação civil pública postula uma tutela (fazer, não fazer etc.) que resulta na ineficácia da norma tida por inconstitucional. Ou seja, sob o tentador fundamento da declaração incidental de inconstitucionalidade, conseguem-se, por via transversa, os mesmos efeitos de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Veja-se, a propósito, o ilustrativo exemplo de José dos Santos Carvalho Filho:

“Tornaram-se frequentes, por exemplo, os casos em que ações civis públicas foram propostas para o fim de que a sentença obrigasse o Poder Público a não cobrar tributos ou contribuições, sob a alegação de que a lei os instituiu seria inconstitucional. O pedido formulado na ação tinha o caráter condenatório mandamental, mas a *causa petendi* e o fundamento da decisão, no caso do acolhimento do pedido, seria a inaplicabilidade da lei por ser inconstitucional.”¹³

No caso citado pelo ilustre publicista, poderíamos, em uma visão apressada, como a corrente majoritária, concluir pela adequação da via, pois a declaração figurou como mera causa de pedir. O pedido foi um *non facere*, e não a declaração de inconstitucionalidade da norma. Imaginemos que a sentença transite em julgado. Poderá o ente federado condenado exercer qualquer ato de cobrança do tributo? É claro que não, sob pena de vilipêndio à decisão judicial. A norma foi declarada nula? Não, ela permanece válida, mas sem aplicabilidade (eficácia). Qual a diferença, no que concerne à aplicabilidade da norma, entre essa sentença e a procedência de uma ação direta de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* referente ao mesmo tributo? Praticamente nenhuma, pois o poder tributante, em ambos os casos, não poder exercer atos de cobrança para o futuro em relação a qualquer contribuinte, mesmo que ele não tenha figurado na relação processual.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113.

Ora, os efeitos práticos presentes e futuros serão os mesmos que uma decisão proferida em sede de controle concentrado com a modulação de efeitos (*ex nunc*), conforme previsão do artigo 27 da Lei n. 9.868/99.

Não se nega que, abstratamente, o controle concentrado apresente diferenças, em especial no que se refere à validade da norma. Mas questões de ordem lógico-normativa não afastam a realidade, isto é, mesmo na declaração incidental, dependendo da demanda, a sentença poderá produzir efeitos semelhantes ao controle concentrado, o que não é cabível.

O processo não pode ser utilizado como sucedâneo para a obtenção de efeitos que são vedados pela lei, nos termos do artigo 17, III, do Código de Processo Civil. E pela expressão “lei”, por óbvio, concluímos que o processo não pode servir como burla ao sistema constitucional.

Pedro da Silva Dinamarco percebeu como ninguém essa tormentosa questão:

“Mas diferente é a situação se os efeitos da declaração, ainda que *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade de uma lei, em ação civil pública, produzirem os mesmos efeitos do controle de inconstitucionalidade por ação direta. É o caso de demanda ajuizada em face de pessoa jurídica de direito público, para que esta deixe de aplicar determinada lei. Isso significa pedir declaração *in abstracto*, com efeito *erga omnes*, ainda que o autor mascare o pedido e peça a exclusão dos efeitos da lei impugnada (ou de um de seus dispositivos) a todas aquelas pessoas eventualmente sujeitas à coisa julgada, para qualquer situação fática, então estará havendo invasão de competência do Supremo Tribunal Federal.”¹⁴

Por esses fundamentos, a ação civil pública será inadequada sempre que propiciar um efeito típico do controle concentrado de constitucionalidade, afastando a aplicabilidade da norma *erga omnes*, pouco importando se a declaração de inconstitucionalidade figurar como pedido principal ou mera questão prejudicial.

Um ponto precisa ser ressaltado: a declaração incidental, efetuada de forma *adequada*, também afasta a eficácia da norma, mas unicamente

14 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 280.

para uma questão concreta. Vejamos uma situação hipotética: uma ação civil pública pede a anulação de uma licença ambiental emitida por órgão estadual, fundada em lei inconstitucional. A tutela é procedente e transita em julgado. A norma declarada inconstitucional não será mais passível de aplicação em relação às partes envolvidas, no caso, a empresa beneficiária e o Estado emissor da licença. Porém, no nosso exemplo, verificamos que a tutela jurisdicional não esvazia o conteúdo normativo do dispositivo questionado. Novas licenças poderão ser emitidas com base na referida lei inconstitucional, até que ocorra o controle concentrado de constitucionalidade dessa norma ou sua revogação.

A pergunta, em suma, a ser respondida é a seguinte: a tutela implicará na inaplicabilidade da norma, no âmbito de competência do órgão prolator, da mesma forma que um típico controle concentrado? Caso a resposta seja positiva, curial a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Pensar de outra forma redundará em absurdos, pois bastará que o autor mascare “gramaticalmente” o pedido inicial, retirando expressões como “declaração de inconstitucionalidade”, “declaração de nulidade” etc. e postule, a título de exemplo, medida que torne imprestável o conteúdo da norma no âmbito da competência do juízo, seja através de um fazer, não fazer, ou outra medida análoga.

Arruda Alvim, atento para essa problemática, expõe fundada opinião:

“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 elas virem a ser aplicadas, no âmbito 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 se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue trata-se efetivamente de declaração

in abstracto, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum*.”¹⁵

Assim, ao invés de pedir a declaração de inconstitucionalidade da norma, bastará pedir que o ente competente se abstenha de aplicar a norma impugnada, sob pena de multa diária. Não importa a roupagem do pedido, seja para não emitir licenças, não lançar tributos ou não contratar servidores com base em leis inconstitucionais etc., os efeitos serão os mesmos.

O mesmo se diga se a ação formular pedidos cumulados, como, *e.g.*, a anulação de contratos fundados em lei inconstitucional e a abstenção futura de novas contratações. Nesse caso, não deve ser acolhido o pedido de abstenção e somente o desconstitutivo (anulação), que não afeta a aplicabilidade da norma (novas contratações poderão ser efetuadas).

Da mesma forma, nada impede que o responsável pelas contratações irregulares responda civil e criminalmente pela conduta (exemplo: ressarcimento dos valores, sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa etc.). O que não é possível é a usurpação da titularidade dos órgãos competentes para o controle concentrado, como bem observado por Hugo Nigro Mazzili:

“Sabemos que nas ações civis públicas ou coletivas, a inconstitucionalidade de uma lei poderá ser a causa de pedir remota. Nelas, a sentença de procedência será imutável para todos os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas. Em tese, isso poderia gerar o risco de que a sentença proferida por um juiz singular pudesse suprimir toda e qualquer eficácia *erga omnes* de uma lei – mas isso seria inadmissível, pois tal efeito só pode ser obtido em nosso sistema por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Para evitar esse risco, os tribunais não admitem que aquelas ações sejam usadas como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, se numa ação civil pública ou coletiva o pedido visa, por vias transversas, a obter, em proveito

15 ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revistados Tribunais, 1995. p. 157.

da coletividade, a supressão de todos os efeitos pretéritos, atuais e futuros de uma lei (lei em sentido material e não apenas formal), essas ações estariam servindo de indevido sucedâneo à ação direta de inconstitucionalidade.”¹⁶

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 18 de maio de 2009, por unanimidade, adotou fundamentação irretocável, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade n. 2009.017.00003, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal (princípio da reserva de plenário).

Entendeu aquele Tribunal de Justiça que os efeitos postulados na demanda devem ser levados em consideração para aferição de eventual usurpação de competência. A ação foi proposta pelo Ministério Público em face do Município de Itatiaia. O *Parquet*, no pedido, requereu a abstenção da Fazenda municipal de praticar qualquer ato com fundamento na Lei n. 386/2003, que dispõe sobre a concessão de serviços públicos de saneamento básico de águas e esgotos sanitários no perímetro urbano, tendo em vista sua inconstitucionalidade.

No julgamento, de relatoria do Desembargador Nametala Jorge, a situação foi decidida nos seguintes termos:

“O incidente não pode ser conhecido. Isso porque, no caso concreto, a ação civil pública, nitidamente, pretende fazer as vezes de uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, o que se sabe vedado. Não se desconhece a orientação mais moderna – e mesmo majoritária – no sentido da possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil público, desde que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo constitua simples questão prejudicial, cuja resolução seja imprescindível para o julgamento do pedido deduzido, necessariamente concreto.

In casu, contudo, o pedido é de que ‘o Município de Itatiaia seja compelido a não praticar qualquer ato administrativo com fundamento na Lei municipal n. 386/2003 (...)’, do que exsurge o único propósito de se ver declarada a inconstitucionalidade da lei em

16 MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 133-134.

questão, pois que inexistente qualquer pleito concreto a viabilizar o debate por esta via; é dizer: com tal pedido, a rigor, o Ministério Público almeja retirar a própria lei do mundo jurídico.

Nessas circunstâncias, valeu-se o *Parquet* da demanda originária (ação civil pública) como verdadeiro sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que o pedido formulado, em sua inteireza, poderia ser alcançado, naturalmente, mediante o controle de constitucionalidade abstrato concentrado.”¹⁷

Portanto, irrelevante a natureza do interesse tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo), pois o controle pela via de exceção apenas será cabível se *efetivamente* incidental, ou, segundo as sábias palavras do Ministro João Otávio Noronha, “desde que não constitua hipótese de ludíbrio ao sistema de controle constitucional.”¹⁸

5 Conclusão

A imprescindibilidade da ação civil pública não exige maiores indagações. Ocorre, entretanto, que a relevância do instituto não o torna imune aos contornos sistêmicos do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

Dessa maneira, em que pese o entendimento prevalente, verificamos que o controle *incidenter tantum* na ação civil pública, em determinados casos, pelas peculiaridades da sentença, poderá afetar a aplicação de uma norma abstrata, comprometendo sua eficácia.

Em suma, a tutela na ação civil pública não pode propiciar efeitos próprios do controle concentrado. O limite será aferido em cada caso concreto.

O juiz, deparando-se com uma ação dessa espécie, deverá verificar, através de uma previsão hipotética, quais as consequências da tutela jurisdicional em caso de suposta procedência dos pedidos.

17 TJRJ – Arguição de Inconstitucionalidade n. 2009.017.00003, 17ª Câ. Cível, rel. Des. Nametala Machado Jorge, j. 18.05.2009. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br>>. Acesso em: 20.07. 2009.

18 STJ – REsp n. 457.090/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.03.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.08.2008.

Caso a tutela macule a aplicabilidade da norma de uma forma geral, como é comum em demandas contra o Poder Público, deverá extinguir o feito sem julgamento do mérito, devido à usurpação da competência do órgão constitucionalmente competente.

Isso não significa pensar na inadequação absoluta da via como mecanismo de controle de constitucionalidade das normas. Pelo contrário, o controle incidental deve ser estimulado, segundo os contornos da Constituição, para que não seja maculada a legitimidade desse relevante instrumento da cidadania.

6 Referências

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revistados Tribunais, 1995. p. 157-162.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Vadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 3.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

