

## O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES (CA), A AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP) E O CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ARNOLDO WALD \*

1. O conflito de atribuições é inovação construtiva da Constituição de 1967, mantida na EC nº 1, de 1969, e na Constituição de 1988 (art. 105, I, g), decorrente da autonomia dada ao instrumento processual, que se desdobrou do antigo conflito de jurisdição ao qual já aludia o Código de Processo Civil de 1939.

2. Na realidade, o conflito de atribuições pode ser interno, quando ocorre entre autoridades vinculadas a um mesmo poder, ou externo, entre autoridades que integram poderes distintos. Quando o conflito interno surge na área do executivo, cabe à autoridade administrativa superior dirimi-lo. Quando ocorre no seio do Poder Judiciário, apresenta-se sob a forma de conflito de competência, a ser resolvido de acordo com as normas constantes da Constituição, da legislação ordinária e dos regimentos dos tribunais. A dificuldade maior surge no caso de conflito entre autoridades dos dois poderes, Executivo e Judiciário, quando ambas praticam atos administrativos, atos judiciais, ou quase judiciais.

3. A raridade das hipóteses de conflitos no passado fez com que o Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição de 1967, firmasse o entendimento de acordo com o qual: "Não ocorre conflito de atribuições entre autoridades administrativas e magistrados, quando estes não funcionem como tais".<sup>1</sup>

4. Assim, durante longo tempo, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, quando os atos do Poder Judiciário eram de caráter administrativo, não cabia o conflito de atribuições. Consequentemente, o mesmo só se conceberia quando houvesse atos judiciais ou quase judiciais praticados pela autoridade administrativa em conflito com as decisões judiciais.

---

\* Advogado, Parecerista e Professor Catedrático de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ.

1. Ementa do Conflito de Jurisdição nº 2019, RF 156/104.

5. Até a consagração constitucional do conflito de atribuições, manteve-se a dúvida quanto à competência do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário em geral, para conhecer de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, pois, a posição contrária foi defendida em numerosos acórdãos, com base na tese de ser a competência da Suprema Corte definida constitucionalmente e só se referir aos conflitos entre juízes.<sup>2</sup>

6. Assim, também a doutrina entendeu, até 1967, que o antigo conflito de jurisdição, sendo o instrumento de solução no caso de divergência de competência para dirimir conflitos no plano judicial, entre o Judiciário e o Executivo, os conflitos administrativos e outros entre os Poderes deveriam ser resolvidos utilizando-se a Declaração de Inconstitucionalidade, o Mandado de Segurança e a Ação Popular.<sup>3</sup>

7. Com a consagração constitucional do conflito de atribuições, pela Constituição de 1967, dando competência para a sua solução, inicialmente, ao Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, a partir de 1988, ao Superior Tribunal de Justiça, coube ao Poder Judiciário dar nova dimensão a essa nova técnica processual, embora, durante longo tempo, a jurisprudência se mantivesse impregnada das concepções anteriormente dominantes, somente vislumbrando o conflito nos casos de decisões judiciárias ou parajudiciais.

8. Mais recentemente, o Excelso Pretório tem julgado conflitos entre órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário.

9. Evidencia-se, assim, o rumo da evolução sofrida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em virtude da qual o conflito de atribuições passou a prescindir da ocorrência de decisões judiciárias ou assemelhadas (parajudiciais) divergentes umas das outras e oriundas, cada uma, dos órgãos de um dos dois poderes. Assim, podemos dizer que se considerou caracterizado o conflito de atribuições desde que duas autoridades (uma delas sendo administrativa e a outra judiciária) se atribuíssem poderes concomitantemente para regular ou fiscalizar determinadas matérias, abrangendo desde a fiscalização de menores (Conflito de Atribuições nº 6)<sup>4</sup>, até o processamento

---

2. No julgamento do Conflito de Jurisdição nº 1.332, o Min. OROZIMBO NONATO afirmou que: “O Supremo Tribunal Federal não pode ter competência para conhecer de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias. A nossa competência é definida, na Constituição Federal. Ela só fala em conflito de juízes”, RF 90/104. Posteriormente, o eminente magistrado admitiu a competência do Supremo em conflitos de atribuições, que, todavia, considerou excepcionais, excêntricos, no Conflito de Jurisdição 1.500, RT 158/864.

3. Esta é a conclusão do Prof. CAIO TÁCITO no verbete que dedicou à matéria no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, organizado por J. M. de Carvalho Santos, v. XI, p. 46-49.

4. RTJ 66/613.

de contravenções referentes à fauna silvestre e às florestas (Conflito de Atribuições nº 11-3)<sup>5</sup>, passando pelas soluções de conflitos de interesses da economia açucareira (Conflito de Atribuições nº 22-9)<sup>6</sup> e pelos conflitos em relação ao Poder Regulamentar do Banco Central (Conflito de Atribuições nº 35)<sup>7</sup>.

10. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal veio a exercer na matéria a função que é desempenhada pelo chamado Tribunal de Conflitos<sup>8</sup>, nos países em que existe o contencioso administrativo ao lado do Poder Judiciário.

11. Ocorre, todavia, que a Constituição de 1988 decidiu atribuir, no seu art. 105, I, g, ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento originário dos:

*“conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”.*

12. Pareceu-nos, sempre, que os conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias da União Federal ou entre autoridades administrativas federais e a Justiça Estadual constituem problemas constitucionais, em relação aos quais, em tese, a competência deveria ser do Supremo Tribunal Federal.

13. Acontece, todavia, que, definindo a função do Supremo Tribunal Federal, a Constituição vigente (de 1988), não mais lhe atribuiu poderes para dirimir os conflitos de atribuições, mas tão-somente os de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer outros tribunais ou entre Tribunais Superiores, ou ainda entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, o).

14. Parece-nos haver, no caso, certa incongruência, pois acabou o Supremo Tribunal Federal, tendo a função de dirimir os conflitos internos – dentro do Poder Judiciário – enquanto o conflito externo entre Poderes, embora de natureza constitucional, ficava para ser resolvido pelo Superior Tribunal da Justiça.

15. Em consequência, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na matéria merece uma maior análise em profundidade.

---

5. j. 20.5.1982.

6. RTJ 121/1.

7. RTJ 130/485.

8. LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.ed., Paris: E. de Boccard, 1928, v. 2, § 31, b, p. 520-522.

16. Acontece que as divergências entre o Executivo e o Judiciário no tocante às disposições sobre política monetária ensejaram o Conflito de Atribuições nº 20-RS (do STJ) suscitado pelo Banco Central do Brasil, em matéria de bloqueio de recursos pelo Plano Collor, que foram liberados em virtude de sentença proferida em ação civil pública por Juiz de 1ª Instância da Justiça gaúcha. O mencionado processo, inspirado na decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do Conflito de Atribuições nº 35, mereceu a concessão de medida liminar, no Superior Tribunal de Justiça, em 19.09.1991, tendo havido posterior desistência do feito em fevereiro de 1993.

17. Por outro lado, no caso de Conflito de Atribuições entre o Tribunal de Contas e os Tribunais do Trabalho, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a matéria é de competência do Supremo Tribunal Federal, como se verifica pelos julgamentos proferidos nos Conflitos de Atribuições nº 11º e 13, este último julgado em 13.11.1990 e cuja ementa é a seguinte:

*“Conflito de atribuições. Tribunal de Contas da União e Tribunal Regional de Trabalho. Competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir o conflito”.*

18. Restabeleceu, assim, por via jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, a competência que deveria pertencer ao Supremo Tribunal Federal no tocante ao julgamento dos conflitos de atribuições em determinados casos, de natureza constitucional, referentes às políticas públicas, mediante oportuna e construtiva interpretação do texto constitucional.

19. Cabe, aliás, lembrar que, até o fim de 2010, foram autuados, no STJ, 241 Conflitos de Atribuições, dos quais 16 foram remetidos ao STF por se entender que eram da sua competência.

20. Os conflitos de atribuições perderam um pouco de sua importância constitucional, a partir de 1988, com a nova legislação sobre as ADIs, ADCs e ADPFs, mas as duas decisões (liminar e de mérito) proferidas no CA nº 35 constituem um importante precedente em relação à necessidade de controle, pelo Poder Judiciário, das aplicações do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11.9.1990). Efetivamente, no mencionado caso, o conflito instaurado entre o Executivo e o Judiciário decorreu da decisão judicial, que modificou a política monetária governamental para proteger o usuário de recursos bancários e que foi considerada, pelo STF, como tendo usurpado a competência do Poder Executivo.

---

9. RSTJ 17/47.

21. Por outro lado, tendo se firmado, no Superior Tribunal de Justiça, a tese de descabimento do conflito de atribuições entre entidade administrativa e autoridade judiciária, quando estiver esta no exercício pleno de sua função jurisdicional, conforme decisões majoritárias da 2ª Seção,<sup>10</sup> resta saber a quem caberá apreciar o conflito entre poderes quando, no exercício da função jurisdicional, um juiz ou Tribunal estabelecer ou aplicar normas conflitantes com as regras baixadas pelo Poder Executivo, ou suas Agências dentro dos limites de sua competência, como aconteceu no caso do Conflito de Atribuições nº 35 acima referido (STF).

Ou seja, como se resolverão os casos de eventual usurpação da competência de um dos poderes pelo outro.

## I. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP)

22. Com a introdução, no direito brasileiro, da ação civil pública, com um amplo leque de utilização e uma extraordinária densidade nos seus efeitos, pelo fato de se impor *erga omnes*, o conflito de atribuições deixou de ser uma hipótese meramente acadêmica, ou até um caso excêntrico ou exótico, como pretendia o Min. Orozimbo Nonato<sup>11</sup>. Efetivamente, como vimos, o conflito de atribuições se tornou, atualmente, um instrumento importante do sistema de freios e contrapesos que assegura o funcionamento harmônico entre os poderes independentes que é constitucionalmente garantido (art. 2º da CF).

23. É, pois, necessário encontrar um justo equilíbrio entre a salvaguarda dos direitos individuais e a necessidade de bom funcionamento da máquina estatal, com a caracterização adequada das funções de cada um dos poderes. É da maior importância que se definam de modo claro e insofismável os instrumentos pelos quais ao Poder Judiciário, pelos seus órgãos máximos, que são o STF e o STJ, caberá dirimir os conflitos de atribuições entre a Administração e os Tribunais, em matérias nas quais estão surgindo aparentes superposições de competência em virtude do poder normativo exercido, eventualmente, pelos magistrados, em particular nas ações civis públicas.<sup>12</sup>

24. Parecia tratar-se de uma área cinzenta, na qual o plenário do STF inicialmente se dividiu, mas finalmente a jurisprudência se pacificou no

---

10. Conflito de Atribuições nº 3, RSTJ 7/29 e Conflito de Atribuições nº 2, RSTJ 9/61.

11. RT 158/864.

12. ARNOLDO WALD, "Ação Civil Pública", In: ESTUDOS de Direito Econômico, 1º Ciclo, São Paulo: IBCB, 1993, p. 203.

sentido de reconhecer a necessidade de fazer prevalecer a política governamental constante de lei ou de normas da agência reguladora sobre as medidas judiciais e as leis locais de proteção ao consumidor, especialmente quando não se contesta a constitucionalidade da legislação federal.

25. Um dos processos em que a matéria foi discutida recentemente pelo STF, embora se tratasse de inconstitucionalidade de lei local, foi a ADIn nº 3.322, tanto no acórdão da medida cautelar, como na decisão de mérito. Tratava-se de normas locais, embora legislativas (e não de decisões judiciais) que, invocando o Código do Consumidor e a competência subsidiária dos Estados na matéria, pretendiam criar obrigações para o concessionário que não constavam nem da lei federal, nem da regulação, violando assim a política pública da União. Mas a tese também se aplicaria se a regulamentação local decorresse de decisão judicial em ação civil pública.

26. Na medida cautelar, concedida pelo Supremo Tribunal Federal por maioria, em 2.8.2006, foi salientado pelo relator Ministro Cezar Peluso na ementa do acórdão que:

*“Inconstitucionalidade. Ação Direta. Lei Distrital nº 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos arts. 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, incs. I, II e III, da CF. Liminar concedida.”<sup>13</sup>*

27. Após ter citado precedente do qual foi relator o Ministro Nelson Jobim (ADI nº 2.615) o relator esclareceu que:

*“(…) Neste caso, o que está em jogo, primeiro lugar – como já o afirmei no meu voto, que foi muito sucinto –, é confrontar os limites da competência da União e da competência concorrente do Estado, porque se trata de matéria que exige normas de caráter geral para todo o país, pois seu objeto é serviço prestado de igual modo em todo o País e que não pode, portanto, estar disciplinado por leis locais de maneira diferenciada, sobretudo à vista da natureza do serviço prestado, que vai de um ponto a outro do território nacional, no sentido de ida e volta.”<sup>14</sup>*

---

13. Interesse Público, 41/159.

14. Interesse Público, 41/172.

28. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal reiterou a mesma jurisprudência, considerando, na Reclamação nº 2.224, que a ação civil pública na qual a declaração de inconstitucionalidade é objeto do pedido, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade, caracterizando-se a usurpação de competência pelo tribunal *a quo*.

29. Efetivamente, na Reclamação nº 1.503, julgada em 17.11.2011, cujo acórdão não foi publicado até o fechamento desse artigo, o Supremo Tribunal Federal tomou a seguinte decisão:

*“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento à Reclamação (RCL) 1503, ajuizada na Corte contra decisão que concedeu medida cautelar em Ação Civil Pública (ACP) que buscava a declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal. A decisão questionada foi tomada por juiz federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Para os ministros, a declaração de inconstitucionalidade da norma era o pedido principal da ACP.*

*A Ação Civil Pública buscava declarar inconstitucional a Lei 9.688/98, que trata do aproveitamento de censores federais como delegados. A RCL 1503 começou a ser julgada em março de 2002, quando o relator original da ação, ministro Carlos Velloso (aposentado), votou pela improcedência do pleito, ao entender que o pedido de declaração de inconstitucionalidade era incidental ao pedido principal da ACP.*

*O julgamento foi retomado na sessão desta quinta-feira (17) com o voto do ministro Dias Toffoli, para quem a declaração de inconstitucionalidade postulada nos autos da ação civil pública não seria pleito incidental, e sim o pedido principal da demanda. De acordo com o ministro, a ACP não tinha outro pedido que não fosse a declaração de inconstitucionalidade da lei.*

*O ministro Dias Toffoli disse entender que o ajuizamento da ACP perante o juízo federal, com essa finalidade, caracterizaria usurpação da competência da Corte. Com esse argumento, o ministro votou pela procedência da Reclamação. Todos os ministros presentes à sessão acompanharam o voto do ministro Dias Toffoli.”<sup>15</sup>*

30. Talvez se pudesse concluir que a ação civil pública não cabe tanto nos casos em que a inconstitucionalidade da política federal constitui o pedido

---

15. Notícia publicada no sítio do STF, em 17.11.2011, “Declaração de inconstitucionalidade não pode ser pedido principal em ação civil pública”. A decisão da Rcl nº 1.503 foi a seguinte: “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, que redigirá o acórdão, julgou procedente a reclamação, contra o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator). Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Celso de Mello. Não votou o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Ministro Carlos Velloso (Relator). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 17.11.2011.”

principal como quando a sua declaração é premissa e condição do julgamento, pois a política pública federal, por ser matéria constitucional, deve manter a sua vigência no País inteiro, em virtude do próprio sistema federativo. E, se for inconstitucional, não pode ser aplicada em todo o território nacional.

31. É, aliás, a conclusão do Ministro Gilmar Mendes na sua obra doutrinária<sup>16</sup>.

---

16. "Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que em ação civil pública afastar a incidência de dada norma, por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade – isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo STF no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria uma atividade política de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que seu objetivo precípuo haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma." HELY LOPES MEIRELLES; ARNOLDO WALD; GILMAR FERREIRA MENDES, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 33.ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 721.