

05.08.2002).

Forçoso concluir que o dinheiro público gasto com propaganda pessoal pelo exercente de cargo executivo enquadra-se na moldura da improbidade, podendo exsurgir a responsabilização via ação popular ou ação civil pública. A primeira preserva a Administração de atos lesivos e ilegais. A segunda, qualquer interesse difuso cuja violação implique responsabilização civil.

Com as vênias que à *opinio doctorum* em contrário se reserva, essa é a exegese que conspira em prol da supremacia do interesse público em que há predominância da questão de fundo sobre a questão de forma, merecendo notável ampliação da *legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da *ratio essendi* do art. 129, III, da Constituição da República.

Por esses fundamentos, dirirjo, *concessa venia*, para negar provimento ao recurso."

Assim, não sobejam dúvidas acerca da legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública em defesa do patrimônio público, posto que o dano ao Erário configura interesse transindividual, cujo resguardo está previsto dentre as funções institucionais do órgão, conferida pela Carta Constitucional, cabendo-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública com propósito de proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, à luz do art. 129, inciso III.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso para *negar-lhe provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 419.781 - DF
(Registro n. 2002.0028634-0)

Relator: *Ministro Luiz Fux*

Recorrente: *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*

Recorrido: *Distrito Federal*

Procuradores: *Sandra Cristina de Almeida Teixeira e outros*

EMENTA: Processo Civil – Ação civil pública com base em inconstitucionalidade de lei - Eficácia erga omnes - Controle de constitucionalidade incidenter tantum - Legitimidade para proposição - Ministério Público.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, exercendo o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Precedente do STF.

2. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia *erga omnes*, porquanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC).
3. Pretensão do *Parquet* que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315.
4. Alegação de ilegitimidade das ocupações sob o fundamento da suposta inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 754/1994. O fundamento da ação não fica coberto pelo manto da coisa julgada. (art. 469 do CPC).
5. Aferição de prejuízo fático conducente à avaliação do *periculum in mora*. Aplicação da Súmula n. 7- STJ.
6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros (voto-vista) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília-DF, 19 de novembro de 2002 (data do julgamento). Ministro Luiz Fux, Relator.

Publicado no DJ de 19.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Luiz Fux**: O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, interpôs recurso especial (fls. 101/120), amparado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, visando reformar o acórdão (fls. 64/79), proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja ementa merece transcrição (fl. 64):

“Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Decisão concessiva de liminar em ação civil pública, declaração incidental tantum de inconstitucionalidade de lei local. Inadmissibilidade. Possibilidade de retorno ao status quo ante das situações que, eventualmente, possam

advir da aplicação da lei no curso da demanda. Ausência do periculum in mora. Impedimento de atos, pela Administração, praticados em obediência ao princípio da legalidade. Fumaça do bom direito não vislumbrada. Recurso conhecido e provido. Decisão cassada.

I. A declaração de inconstitucionalidade de lei, ainda que *incidenter tantum*, no âmbito da ação civil pública não se harmoniza com o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Direito pátrio, ante os efeitos *erga omnes* da coisa julgada nessa espécie de ação.

II. É consabido que o *periculum in mora* se evidencia quando a demora na entrega jurisdicional puder acarretar a inutilidade da prestação, em face do tempo decorrido até o provimento final. Se houver possibilidade de retorno ao *status quo ante*, em face das situações que possam advir da aplicação da referida lei, no curso da demanda, há de ser considerada a ausência do referido requisito a justificar a concessão da liminar pelo Juízo *a quo*.

III. É vedado ao Judiciário interferir no âmbito da Administração Pública, se os atos por esta cometidos têm por alicerce norma em pleno vigor, regularmente editada pelo Legislativo local, e cuja inconstitucionalidade não foi declarada nos termos em que se admite a hipótese. Até que seja declarada, por instrumento próprio e adequado, a inconstitucionalidade da Lei local n. 754/1994, ou evidenciada a incompatibilidade das normas nesta insertas com outras de superior hierarquia ou posteriormente editadas, há de ser reconhecida a sua plena vigência. Fumaça do bom direito não vislumbrada, no particular.

IV. Recurso conhecido e provido, para cassar a decisão liminar que, em ação civil pública, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da Lei local n. 754/1994 e determinou ao Distrito Federal que se abstenha de praticar atos por esta autorizados."

Depreende-se dos autos que o Recorrido interpôs agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que nos autos da ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Distrito Federal, concedeu liminar determinando que este se abstinhasse de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixasse de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas,

que ocupassem ou viessem a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, deu provimento ao agravo, nos termos da ementa supracitada, sob os seguintes fundamentos:

- 1) É vedado ao Ministério Público propor ação civil pública cujo objetivo seja a declaração de inconstitucionalidade de lei;
- 2) Inexistência do *periculum in mora*, uma vez que as autorizações concedidas pelo Distrito Federal, com esteio na lei local, não têm o condão de impedir o retorno ao *statu quo ante*;
- 3) Ausência de *fumus boni iuris* que justifique a interferência do Juízo de 1º grau, "se os atos praticados pela Administração têm por alicerce norma em pleno vigor, regularmente editada pelo Legislativo local, e cuja inconstitucionalidade não foi declarada".

Irresignado, o sucumbente opôs embargos de declaração (fls. 82/88) alegando omissão e contradição do *decisum* atacado, os quais foram rejeitados (fls. 89/98) e assim ementados:

"Direito Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão inexistente. Reapreciação de matéria versada nos autos. Via eleita inadequada. Recurso conhecido e desprovido

I. A razão teleológica do recurso de embargos de declaração é esclarecer a sentença ou acórdão, complementando-os quanto a eventuais pontos omissos, contraditórios ou obscuros, não se destinando à rediscussão da matéria ventilada no julgado e nem substituí-lo. Se o recorrente tenciona rediscutir a matéria já apreciada, para que seja proferido novo julgamento da causa, está desvirtuando a natureza dos embargos de declaração.

II. Evidenciando-se a inexistência de qualquer dos vícios previstos no art. 536 do *Codex*, há de ser negado provimento ao pretendido.

III. Embargos de declaração conhecidos e desprovidos."

Em sede de recurso especial, apresentado com fundamento nas alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, sustenta a parte-autora a violação:

· ao art. 12, da Lei n. 7.347/1985, haja vista que haverá irreparável dano ao patrimônio cultural e social, caso tenha que aguardar a decisão que proíba as ocupações ilegais;

· ao art. 16, da Lei n. 7.347/1985, uma vez que este artigo não torna a ação civil pública incompatível com o controle difuso de constitucionalidade. O efeito *erga omnes* da sentença da ação civil pública não é fundamento apto a obstar a declaração incidental de inconstitucionalidade no bojo dessa ação, já que esta última é a causa de pedir.

· aos arts. 5º, III, *b, d* e *e*, e 6º, VII, *b*, da Lei Complementar n. 75/1993, uma vez que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de lei.

Ainda, alega o dissídio jurisprudencial entre o *decisum* atacado e acórdãos do STJ e do STF, no que pertine à declaração incidental de inconstitucionalidade, em sede de ação civil pública.

Às fls. 122/137 consta extraordinário dirigido ao STF.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 140).

Resultando o juízo de admissibilidade positivo (fls. 141/143) de ambos apelos extremos, ascenderam os autos do recurso especial interposto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se verificar que apesar de alguns dos dispositivos tidos por violados não constarem do acórdão recorrido, quais sejam o art. 12, da Lei n. 7.347/1985 e os arts. 5º, III, *b, d* e *e*, e 6º, VII, *b*, da Lei Complementar n.º 75/1993, a matéria controvertida foi debatida e apreciada, de forma que se verifica a ocorrência do prequestionamento implícito, o qual é admitido desde que a tese defendida no recurso especial tenha sido efetivamente apreciada no Tribunal-recorrido à luz da legislação federal indicada. Em consequência, conheço do recurso especial.

No mérito, a alegação de violação ao art. 12, da Lei. n. 7.347/1985, sob o fundamento de irreparável dano ao patrimônio cultural e social, acaso se tenha que aguardar uma decisão que proíba as ocupações ilegais, esbarra no óbice do enunciado n. 7, da Súmula do STJ, haja vista que não cabe à Corte Superior a análise de matéria fático-probatória.

Subjaz, ainda, a alegação de violação aos arts. 16, da Lei n. 7.347/1985 e 5º, III, *b, d e e*, e 6º, VII, *b*, da Lei Complementar n. 75/1993.

É de sabença que, à luz do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, o Ministério Público é parte legítima para propor a ação civil pública para tutelar interesses difusos ou coletivos, uma vez que os direitos sociais são indisponíveis por excelência.

Contudo, a controvérsia tímica-se na alegação de que o Ministério Público, através da presente ação civil pública pretende viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei.

Ressalte-se que a ação civil pública proposta não tem como objeto mediato a constitucionalidade da lei em tese, mas, antes, o julgamento de uma relação jurídica específica e concreta que tem como premissa a constitucionalidade da norma incidente, *in casu*, a ser aferida via controle difuso, *incidenter tantum*.

Assim posta a questão, conjura-se a alegada pretensão de ludibriar-se o sistema de controle constitucional por meio de ação civil pública, com a declaração de inconstitucionalidade de lei, com o escopo exclusivo de beneficiar um grupo de pessoas lesadas, transindividualmente consideradas.

Nesse sentido, leciona HUGO NIGRO MAZZILLI, no livro *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 12ª edição, p. 116:

“O que não se tem admitido, porém, é que se use da ação civil pública ou coletiva para atacar, em caráter abstrato, os efeitos *erga omnes*, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional, pois, com isso, em última análise, estaria o juiz da ação civil pública ou coletiva invadindo atribuição constitucional dos tribunais a quem compete declarar a inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo, para, a seguir, ser provocada a suspensão de sua eficácia.”

Impõe-se destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal já dirimiu a controvérsia, sustentando a posição de que a proposição de ação civil pública pelo Ministério Público com fulcro em inconstitucionalidade de lei, não implica controle concentrado, mas controle difuso.

Nesse sentido, destaca o acórdão:

“Recurso extraordinário. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade.

2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal.

3. Entendimento desta Corte no sentido de que ‘nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de

declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local.

4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III).

5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público." (RE n. 227.159-GO, Min. Rel. Néri da Silveira, DJ de 17.05.2002).

Deveras, não sendo objeto do pedido do Ministério Público a declaração de inconstitucionalidade da lei, a sentença não gerará efeito *erga omnes*, haja vista que essa declaração o será, apenas, *incidenter tantum*, sem eficácia de coisa julgada. Raciocínio inverso implicaria admitir-se que as AdIns não teriam mais sustentáculo, porquanto, sem muito esforço, conseguir-se-ia uma "válvula de escape", que declarasse inconstitucional lei em tese, com eficácia plena e "contra todos", sem o necessário crivo do egrégio STF, soberano em matéria constitucional.

Destarte, se assim não bastasse, *in casu*, o pedido do *Parquet*, objetiva claramente que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315. Nesse sentido, pronunciou-se o eminente Ministro Franciulli Netto, no acórdão proferido no REsp de n. 40.244-DF, publicado no DJ de 05.08.2002, ao dispor que "a inconstitucionalidade da Lei Distrital de n. 754/1994 nada mais é do que fundamento da ilegitimidade das ocupações e sequer faz coisa julgada, nos termos do art. 469, do CPC".

Nessa esteira, intransponível a conclusão de que a inconstitucionalidade da lei não faz coisa julgada nessas ações. Acordes no tema, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *in Código de Processo Civil Comentado*, 6ª edição, pp. 773/774, assim se manifestaram:

" A segunda parte da sentença, a fundamentação, composta pelo motivos de fato e de direito, bem como pela verdade dos fatos estabelecida como premissa para o julgamento, não é atingida pela coisa julgada material, ainda que determinante e imprescindível para demonstrar-se o conteúdo da parte dispositiva da sentença. (...). Assim, o conjunto formado pela causa de pedir e fundamentação não seria atingido pela coisa julgada material."

Deveras, em sendo a matéria constitucional apenas premissa da decisão, não traz para si a eficácia da coisa julgada nos precisos termos do art. 469, inciso III, do CPC.

A esse respeito sustentamos:

“Não obstante o legislador ter explicitado os limites objetivos da coisa julgada, adstringindo-os ao pedido com a sua correspondente causa de pedir, posto que a *causa petendi* com outro pedido ou o mesmo pedido com outra causa de pedir diferencia as ações, ainda procurou esclarecer no artigo 469 do CPC ao ‘retirar do âmbito da coisa julgada’ os motivos (não a motivação integral da sentença onde se encarta a causa de pedir) importantes e determinantes da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo.

Conforme se observa, os antecedentes da decisão do juiz não ficam cobertos pela coisa julgada em razão de diversas circunstâncias.

A verdade dos fatos escapa dessa eficácia de imutabilidade posto que ditada por amplo subjetivismo do juiz na análise do material cognitivo. O que se revela verdade para um juízo pode não sê-lo para outro. Não há qualquer instrumento jurídico processual capaz de revestir essa verdade com a força da coisa julgada.

Os motivos determinantes para concluir, também se encartam na construção subjetiva do julgado, razão pela qual a coisa julgada passa ao largo desse componente do *decisum*.

A questão prejudicial é aquela que subordina a solução da questão principal, muito embora esteja para com esta numa relação de condicionante, não objeto de julgamento senão e somente de cognição incidental. Consoante tivemos oportunidade de destacar quando da abordagem das ações e do saneamento, a questão prejudicial é uma questão antecedente ao julgamento de outra e que lhe condiciona a forma pela qual será decidida. Assim, *v.g.*, se A nega a obrigação de pagar determinada obrigação derivada de um contrato sob a invocação de que o vínculo é nulo, essa questão relativa à validade do negócio jurídico, muito embora não seja objeto de julgamento, condiciona-o, posto que se o juiz concluir que o contrato

não é válido, exonerará o devedor da obrigação e, em caso contrário, impor-lhe-á o cumprimento, caso não tenha havido escusas capazes de exonerá-lo. Observe-se que a questão da nulidade do contrato condiciona a forma pela qual vai ser solucionada a questão principal da cobrança; por isso, é 'prejudicial à mesma e implica um juízo prévio, um pré-juízo ou uma prejudicial'.

A análise desta questão prejudicial não é subjetiva senão juridicamente objetiva, razão pela qual é possível fazer incidir sobre a mesma a imutabilidade do julgado. Entretanto, enquanto a questão prejudicial é apenas analisada como integrante do raciocínio do Juiz antes de decidir, ela recebe uma apreciação tanto quanto necessária para evitar que o Magistrado dê um 'salto' antes de concluir.

Caso esse salto fosse permitido, a parte não saberia como o juiz chegara à conclusão alcançada; por isso, a análise da questão prejudicial é imperiosa sob pena de faltar ao decidido a necessária motivação. Aliás, é através da demonstração do itinerário desse raciocínio do Juiz que a parte-recorrente prepara a sua impugnação e, ao exteriorizá-lo, o Magistrado cumpre o postulado máximo de explicitar à parte o porquê da rejeição ou do acolhimento da pretensão deduzida. Portanto, essa análise da prejudicial insere-se no cumprimento da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais.

Essa apreciação prejudicial necessária diz-se *incidenter tantum*, posto que o tanto necessário para o Juiz concluir sem saltar sobre o ponto.

Conforme afirmado, como a observação judicial da prejudicial é juridicamente objetiva, é possível transformar essa apreciação incidente em julgamento principal com força de coisa julgada.

Cumprindo-se a regra de que o juiz somente julga aquilo que foi pedido e atentando para o surgimento posterior do interesse de agir quanto à questão prejudicial suscitada no curso do processo, a lei autoriza uma ulterior cumulação de pedidos pelo autor, ou um pedido formulado pelo réu na sua defesa, com o escopo de transformar a análise incidente da questão prejudicial em julgamento principal (*principaliter*). Essa cognição da questão prejudicial como questão principal tal como aquela posta *initio litis*, demanda que a parte pleiteie

nesse sentido, seguindo a regra da adstrição do julgado aquilo que foi pedido (*ne procedat iudex ultra vel extra petita partium*). O meio de que dispõe a parte para pleitear essa análise é a 'ação declaratória incidente ou incidental' (artigos 5º, 325 e 470 do CPC)." (Fux, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 705/708).

Quanto à interposição do recurso pela alínea *c*, sob o enfoque do dissídio jurisprudencial entre o *decisum* confrontado e os acórdãos do STJ e STF, é mister observar que essa é uma questão controvertida, não apenas nesta Corte Superior, como também, no egrégio Supremo Tribunal Federal.

Nesse seguimento, o Recorrente demonstrou a divergência, porquanto realizou o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma, nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ, pelo que conheço do recurso também pela alínea *c*. Sob esse enfoque firmo a posição de que o Ministério Público é legitimado para propor ação civil pública, com fundamento na inconstitucionalidade de lei, tratando-se de controle difuso ou incidental de constitucionalidade.

Nesse sentido, evidencia o STJ:

“Recurso especial. Ação civil pública. Eficácia erga omnes. Controle de constitucionalidade incidenter tantum. Possibilidade. Entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal admite a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, ao fundamento de que, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas, sim, controle difuso de constitucionalidade, passível de correção pela Suprema Corte pela interposição do recurso extraordinário.

Na verdade, o que se repele é a tentativa de burlar o sistema de controle constitucional para pleitear, em ação civil pública, mera pretensão de declaração de inconstitucionalidade, como se de controle concentrado se tratasse.

In casu, o pedido formulado pelo *Parquet* diz respeito ao direito individual homogêneo do contribuinte de não recolher tributo, que, segundo seu entendimento, é ilegítimo. A inconstitucionalidade da lei criadora do 'complemento de taxa de serviços públicos', instituído pela Municipalidade de Campos do Jordão, nada mais é do que o fundamento dessa ilegitimidade e sequer faz coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de

Processo Civil. Admitida a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade de lei municipal em ação civil pública, devem os autos retornar à Corte *a quo* para que examine as demais preliminares argüidas, incluído o exame da legitimidade do *Parquet* para a defesa dos contribuintes, e, se for o caso, prossiga no exame do mérito da demanda.

Recurso especial parcialmente provido." (REsp n. 175.222-SP, Min. Rel. Franciulli Netto, DJ de 24.06.2002).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros**: O Ministério Público exerceu ação civil pública visando impedir que o Distrito Federal autorize que nove outros litisconsortes passivos construam edifícios em área pública de uma das Superquadras que formam o Plano Piloto de Brasília. Tal pretensão assenta-se no argumento de que a Lei Distrital n. 754/1994 é ineficaz, por que:

- a) contraria o art. 51 da Lei Orgânica do Distrito Federal;
- b) permite a concessão de direito real de uso, sem prévia licitação, em frontal ofensa aos preceitos da Lei n. 8.666/1993;
- c) por ser dirigida especificamente para situação e pessoas determinadas, a Lei malsinada constitui, na realidade, um ato administrativo.

O pedido foi atendido liminarmente. O MM. Juiz cominou multa para eventual desrespeito às vedações.

O Distrito Federal manejou agravo de instrumento que foi provido, sob o argumento de que:

1. não é possível a declaração de inconstitucionalidade, no processo de ação civil pública, porque a sentença, nas ações deste tipo produzem eficácia *erga omnes*;
2. não é oportuno adiantar-se provimento jurisdicional, se é possível reverter-se o prejuízo resultante da espera pela decisão definitiva;
3. é defeso ao Poder Judiciário invadir o âmbito de competência da Administração, para desconstituir atos

assentados em lei cuja inconstitucionalidade não foi declarada.

O acórdão formou-se, por maioria. Ficou vencida a eminente Desembargadora Ana Maria Amarante, com o argumento de que a declaração incidente de inconstitucionalidade, na hipótese, não produziria efeitos *erga omnes*, mas atuaria como simples fundamento para decisão de alcance concreto, restrito às partes rés.

O recurso especial, assentado nos permissivos *a* e *c* foi provido pelo eminente Ministro Relator, que, louvado em precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE n. 227.159/José Nery) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 175.222/Franciulli), afirmou a possibilidade de declarar-se inconstitucionalidade no processo de ação civil pública. Em verdade, afirma o Relator, nos termos do art. 469, III do CPC, a declaração incidente sequer produz coisa julgada.

Acompanho o eminente relator, nesse entendimento.

Lembro, por oportuno, que um dos acórdãos invocados como paradigma, no manejo do recurso especial, pela alínea *c* é desta Turma e de minha lavra. Tal aresto formou-se no julgamento do REsp 109.013 e foi resumido nesta ementa:

“I - O Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal.

II - É viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade.”

Observo, ainda, que o preceito contido no art. 18 da Lei n. 7.347/1985, a dizer que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* deve ser examinado em termos. Nem sempre a sentença opera em relação a todos. Há casos em que a decisão refere-se a uma situação determinada, envolvendo pessoas determinadas. No caso, a pretensão do Ministério Público é evitar que a ampliação de lojas comerciais determinadas invada área pública adjacente, também individuada. Em tal circunstância, não há como pensar em eficácia *erga omnes*.

Enxergo, ainda, outra questão a ser enfrentada: aquela de que a lei malsinada contraria o art. 51 da Lei Orgânica do Distrito Federal. A ser precedente, tal argumento conduz à ineficácia da lei local, por incompatibilidade com norma superior, integrante do ordenamento local. Vale dizer: a Lei n. 754/1994 seria ineficaz por ilegalidade - não por inconstitucionalidade. O controle da legalidade por esse fundamento, não envolvendo a Constituição Federal, há de ser feito pela jurisdição local.

Se assim ocorre, acompanho o eminente Relator, provendo o recurso. Vou, entretanto, além de S. Ex.^a.

Faço-o, porque não enxergo na Súmula 7 qualquer impedimento ao reexame do acórdão recorrido, na parte em que nega a existência de *periculum in mora*.

Minha discordância, neste passo, assenta-se na observação de que o v. acórdão recorrido afirmou que a adoção de medida cautelar somente é viável, quando o atraso da prestação jurisdicional acarrete sua inutilidade. Semelhante assertiva não envolve questão de fato, nem se assenta em provas. Pelo contrário, nela se traduz interpretação do texto legal. Nessa circunstância, o Superior Tribunal de Justiça pode examiná-la neste recurso especial. É o que passo a fazer, observando que o art. 798 do Código de Processo Civil estabelece como pressupostos das medidas cautelares, não a eventual inutilidade da prestação tardia, mas a possibilidade de que o atraso cause "lesão grave ou de difícil reparação".

O dispositivo do aresto, nesta parte, contraria o art. 798 do Código de Processo Civil. Merece, pois, reforma. Bem por isso, dou provimento integral ao recurso, para restaurar a decisão liminar cassada pelo v. Acórdão recorrido.

JURISPRUDÊNCIA
COMENTADA