

Ação civil pública e inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*)

1. O quadro jurídico pátrio, composto de normas, posições jurisprudenciais e especialistas, ainda não delineou, com a desejada precisão e em toda a sua extensão, a fisionomia jurídica relativa à ação civil pública e à tutela dos direitos transindividuais, coletivos e difusos.

O fenômeno não causa nenhum espanto, porquanto só recentemente o Brasil veio a dar guarida àquela categoria de direitos e a instituir o instrumento apropriado para sua proteção, a ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24.07.85. Em sede constitucional, foi o art. 129, III, da vigente Carta Política, o primeiro a tratar da citada ação e dos direitos sob tutela, e assim mesmo dentro do capítulo destinado ao Ministério Público, um dos legitimados para a propositura no foro judicial.

2. Parece-nos, pois, plenamente justificável que as linhas desses institutos ainda guardem certa instabilidade e hesitação. Não se consolidam institutos sociais e jurídicos com resoluções imediatas e interpretações isoladas. É preciso, ao contrário, que o fortalecimento seja gradativo, resultando do encontro de forças de diversa natureza, como as de ordem jurídica, social, política, econômica, cultural *etc.*

No histórico das instituições e na evolução do Direito, observa-se que em determinado momento se reconhece o fenômeno da *inexistência*, caracterizado pela ausência do instituto. Em seguida, e visando ao enfrentamento vigoroso da inexistência anterior, surge o momento da *exacerbação*, marcado por posição diametralmente antagônica e, como é compreensível, com alguns radicalismos que não se coadunam com a verdadeira fisionomia do instituto. Só após a vivência social e a experiência continuada do novel instituto é que transparece a figura ideal, a do *equilíbrio*, fase que se caracteriza pelo consenso na adoção do instituto e de seus efeitos no âmbito social, tanto quanto por sua utilização, que deve ser marcada pela eliminação dos excessos e pela incidência sobre os suportes fáticos adequados.

Em todos os campos sociais, e o Direito é apenas uma de suas emanções, urge atender ao sistema de desenvolvimento institucional, com a indicação dos fatores que conduzem a esse desenvolvimento. No que se refere, por exemplo, às instituições administrativas, consigna CHARLES DEBBASCH "*que no Estado contemporâneo a autonomia administrativa tem a tendência de desenvolver-se*

de modo sensível", e aponta como causas do fato o intervencionismo ("en raison de l'interventionnisme"), o declínio de ideologias políticas ("en raison du déclin des idéologies politiques"), a evolução do Estado liberal ("en raison du stade actuel d'évolution des sociétés libérales") e o alto grau de conhecimentos tecnológicos dos funcionários ("en raison de la technicité croissante des affaires")⁽¹⁾. Há, assim, causas, razões e mobilizações sociais que auxiliam a criar, desenvolver e amadurecer os institutos e as instituições.

Até atingir o ponto de equilíbrio, muitas dúvidas e vacilações se erigem como pontos de grande complexidade e difícil solução.

Um desses pontos consiste na questão da apreciação *incidenter tantum* de inconstitucionalidade em ação civil pública e outro, daí decorrente, reside nessa mesma discussão quando está em jogo lei tributária. Vejamos, em síntese, como o comporta este trabalho, o modo pelo qual tem sido enfrentado o tema.

3. Toda a questão começa pela marcante diferença entre pretensões e sentenças envolvendo direitos individuais, de um lado, e pretensões e sentenças sobre direitos transindividuais, de outro.

Classicamente, o processo tem sido o instrumento adequado para a resolução de litígios de natureza individual: alguém, que se acha titular de direito, recorre ao Judiciário e invoca a tutela jurisdicional, propondo, em face de outrem, que não lhe satisfaz o interesse e resiste em satisfazê-lo, a respectiva ação. Diante desse conflito de interesses, formador da *lide*, o órgão jurisdicional julga a causa, aplicando a lei ao caso concreto e reconhecendo que o direito assiste a uma ou a outra das partes do processo.

Sendo um o autor da pretensão e outro o réu, dela discordante, a sentença tem que ter sua eficácia limitada a eles, partes no processo, pois que afinal só estas figuram como protagonistas do conflito de interesses. Por isso, o alerta da lei processual, ao juiz, no sentido de que "*decidirá a lide nos limites em que foi proposta*"⁽²⁾. Pela mesma razão, a lei consigna que "*a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*"⁽³⁾. E, acima de tudo, diante da óbvia demonstração de que, se são dois os pólos do litígio, ninguém mais, em princípio, tem qualquer interesse na solução, dispõe o estatuto do processo que "*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ *Institutions et Droit Administratifs*, Presses Univ. de France, Paris, 1976, pág. 30/1.

⁽²⁾ Art. 128, do Cód. Proc. Civil.

⁽³⁾ Art. 468, Cód. Proc. Civil. Esse, aliás, é o fundamento por que "*é inviável, por ofensa à coisa julgada, a propositura de segunda ação, com o mesmo objeto, fundada em novas provas, não produzidas na primeira*", como já decidiu o S.T. F. (RTJ 94/829).

⁽⁴⁾ Art. 472, Cód. Proc. Civil. O dispositivo, porém, ressalva a coisa julgada em relação a terceiros, mas o faz somente quando, em causas relativas ao estado de pessoa, houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados. Como é fácil observar, se o litisconsórcio é necessário e os citados são interessados (*rectius*: interessados *diretos*) no desfecho da lide, nem podem ser considerados *terceiros* em sentido próprio. Na verdade, são eles *participantes* do litígio e, por isso, devem ser alcançados pelos efeitos da decisão.

4. Não obstante, esses postulados não podem adotar as mesmas linhas quando se trata de direitos transindividuais, em que não somente a pretensão formulada em juízo tem por objetivo a sua tutela, como também a decisão judicial terá que, necessariamente, voltar-se para eles, quer para reconhecê-los ofendidos, quer para declará-los intactos e não vulnerados, como sugeria o autor da demanda.

É que não se pode, de nenhuma forma, identificar tais direitos com os clássicos direitos individuais. Enquanto estes provocam conflitos que afetam apenas a esfera individual de algumas pessoas, todas determinadas, os direitos transindividuais têm extensão muito maior, alcançando inúmeros indivíduos, sendo eles normalmente indeterminados ou, no mínimo, somente determináveis. Nos direitos individuais, destaca-se o indivíduo de *per se*, ao passo que nos direitos transindividuais o realce é *para o grupo de indivíduos*, nenhum interesse havendo no sentido de ser identificado o integrante do grupo. Interessa o grupo num todo, o grupo como titular do direito, e não seus componentes, até porque nem se pode detectar qual a dimensão do benefício que usufruem quando o direito grupal recebe a tutela⁽⁵⁾. Assim, enquanto os direitos individuais são divisíveis, os transindividuais são *indivisíveis*⁽⁶⁾.

Com embasamento em todos esses fatores, vislumbra-se, ao menos de forma geral, a linha demarcatória entre as duas categorias jurídicas de direitos. Não se vai, contudo, ao extremo de afirmar que, em todos os casos, haverá perfeita caracterização desses dois tipos de direitos: seria otimismo demais para análises tão recentes. Mas algumas dificuldades vão sendo enfrentadas à medida em que vão surgindo. Uma delas, por exemplo, diz respeito à inconfundibilidade entre direitos transindividuais e direitos individuais titularizados por pessoas determinadas. Aqui o "coletivo" tem outro significado, indicando apenas que há sujeitos plúrimos. Todos estes, porém, são individualizados e seus direitos perfeitamente dimensionados, o que inexistente, como vimos, em relação aos direitos transindividuais⁽⁷⁾.

Por esse motivo, a lei referiu-se, em dispositivo próprio, aos denominados *direitos ou interesses individuais homogêneos*, nos quais, como informa a denominação, os direitos se caracterizam por serem individuais e divisíveis e apresentam como peculiaridade a circunstância de que possuem vários titulares, todos, contudo, determinados e precisamente identificados⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Vide, a respeito, nosso *Ação Civil Pública – Comentários por artigo*, Ed. Lumen Juris, 2ª. ed., 1999, pág. 28.

⁽⁶⁾ O caráter de indivisibilidade dos direitos transindividuais está expresso nas próprias definições legais dos direitos difusos e coletivos, como emana do disposto no art. 81, parágrafo único, I e II, da Lei nº 8.078/90 (Cód. Defesa Consumidor).

⁽⁷⁾ Registre-se, para confirmar o que foi dito, que, como bem anota KAZUO WATANABE, "com o uso da expressão 'transindividuais de natureza indivisível' se descartou, antes de mais nada, a idéia de interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Ed. Forense Univers., 4ª ed., 1995, pág. 505).

⁽⁸⁾ Art. 81, parágrafo único, III, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

5. A diferença de tratamento judicial dos direitos transindividuais (embora sem a menção a esta terminologia) nasceu com a Lei nº 4.717, de 29.06.65, que passou a regular a ação popular. Como é sabido, a ação popular visava, inicialmente, à proteção do patrimônio público, e nesse sentido dispunham as Cartas Políticas que previam essa tutela ⁽⁹⁾. A Carta vigente, entretanto, deu maior amplitude à tutela, admitindo, além da anulação de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado faça parte, a invalidação também de práticas ofensivas “à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” ⁽¹⁰⁾.

Quanto aos efeitos decorrentes da sentença proferida em ação popular, dispõe o art. 18 da referida Lei nº 4.717/65: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *“erga omnes”*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

O dispositivo encerra a nítida mensagem de que, diferentemente do que, por tradição, consignava o Código de Processo Civil, a regra geral da oponibilidade não seria *inter partes*, mas sim *erga omnes*, ou seja, a decisão judicial haveria de conter mandamento de observância obrigatória a todas as pessoas, sem qualquer consideração a respeito de quem teria figurado, ou não, na lide.

Nem a ressalva – improcedência da ação por deficiência na prova – conseguiu desfigurar a *mens legis*. Com efeito, a exceção prevista no dispositivo dizia respeito apenas à hipótese em que o autor, por alguma razão que não comporta indagar, não tivesse produzido no processo as provas que dessem amparo a sua pretensão. A lei, nessa ressalva, objetivou resguardar o interesse coletivo na defesa do patrimônio público. Admitindo nova ação com idêntico fundamento, embora com nova prova, ficaria o interesse coletivo a salvo da deficiente atuação do autor popular da primeira ação. Em outras palavras, não poderia o interesse coletivo à proteção do patrimônio público ficar à mercê da boa ou má prova produzida pelo cidadão no curso da ação.

Importante, no art. 18, é que, julgando o mérito da ação, seja pela procedência ou pela improcedência, a coisa julgada terá incidência *erga omnes*. “Quer dizer, não pode ser admitida outra ação com o mesmo fundamento e objeto, ainda que proposta por outro cidadão. Se for proposta, pode o réu arguir a exceção de coisa julgada” ⁽¹¹⁾. Idêntico efeito sobrevirá se, ainda que não examinado o mérito em si da demanda – *a res in iudicium deducta* – a ação for julgada procedente por deficiência da prova produzida pelos réus. Neste caso, o problema é da pessoa jurídica envolvida no processo, e não da coletividade titular do interesse transindividual objeto da tutela. Desse modo, não se pode perder de vista o intuito da lei, qual seja o de não comprometer o interesse coletivo em virtude de atuação ineficiente do autor quanto à produção da prova.

⁽⁹⁾ Const. de 1946 (art. 141, § 38); Const. de 1967 (art. 151, § 31) e Const. de 1967 com a Emenda Const. nº 1/69 (art. 153, § 31).

⁽¹⁰⁾ Art. 5º, inc. LXIII.

⁽¹¹⁾ HELY LOPES MEIRELLES, “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, Ed. Rev. Tribunais, 12ª ed., 1989, pag. 112.

Claro que a nova orientação do legislador provocou algumas reações contrárias, sobretudo pelo inusitado tratamento que adotou em relação à posição tradicional da doutrina ⁽¹²⁾. Em compensação, a nova regra mereceu aplausos de outros estudiosos que se dedicaram à análise do tema, com destaque ao tratamento adotado em consideração com a específica natureza dos interesses sob tutela ⁽¹³⁾.

6. Em que pese a nova concepção relacionada à eficácia da coisa julgada, o certo é que a defesa dos interesses transindividuais, através da ação popular, sempre se efetivou pela *anulação* do ato lesivo ao patrimônio público. E ainda hoje, nos termos do art. 5º, LXIII, da Const. Federal, fica bem claro que a pretensão do autor deve ser a de anular o ato lesivo aos bens sob tutela e que, por via de consequência, a decisão, se procedente a demanda, se caracterizará como de natureza *constitutiva* (ou *constitutiva negativa*, para outros), vale dizer, o órgão julgador estará desconstituindo a relação jurídica criada pelo ato anulado ⁽¹⁴⁾.

Por esse motivo, nunca se apresentou qualquer grande questionamento no que concerne ao controle incidental e difuso de constitucionalidade de lei ou de ato normativo. O fato jurídico com eficácia *erga omnes* consistia exclusivamente na anulação do ato, se procedente a demanda, ou na confirmação de sua legitimidade, no caso de improcedência. Significa que, se o ato tinha vício e foi anulado, tinha vício e merecia anulação não só para as partes do processo como para toda a coletividade. E, ao contrário, se havia higidez no ato, deveria esta ser reconhecida também para toda a coletividade. Por outro lado, não se tratando de controle concentrado, qualquer juiz poderia deixar de aplicar a lei ao caso concreto.

Nota-se, assim, que a apreciação da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo, processada *incidenter tantum*, e apenas como prejudicial de mérito, constituía questão secundária e incidental, e não interferia diretamente na relação jurídica entre a lei ou o ato normativo e os indivíduos em geral. O influxo da sentença sobre todas as pessoas decorria tão-somente do fato jurídico em si relativo à invalidação do ato lesivo.

O que os Tribunais sempre repeliram, e se trata de situação bem diversa, foi a propositura de ação popular para impugnar lei em tese, vale dizer, para exercer, por via oblíqua, controle abstrato sobre leis e atos normativos, controle esse já previsto no ordenamento jurídico para outra ação específica, a

⁽¹²⁾ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Ação Popular Constitucional*, Ed. RT, 1968, pág. 274. Acentue-se, inclusive, que o consagrado constitucionalista considerou inconstitucional a parte final do dispositivo, ofensivo, segundo seu entender, do princípio da igualdade dos brasileiros.

⁽¹³⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Temas de Direito Processual*, Saraiva, 2ª ed., 1988, pág. 123/4.

⁽¹⁴⁾ Como bem averba HUMBERTO THEODORO JUNIOR, com suporte nas lições de GABRIEL REZENDE FILHO, "sem se limitar à mera declaração do direito da parte e sem estatuir a condenação do vencido ao cumprimento de qualquer prestação, a sentença constitutiva 'cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica' ". Acrescenta o ilustre processualista, ainda, que, em relação a tais sentenças, "o seu efeito opera instantaneamente, dentro do próprio processo de cognição, de modo a não comportar ulterior execução da sentença" (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, vol. I, 26ª ed., 1999, pág. 520).

ação direta de inconstitucionalidade, específica do controle concentrado da constitucionalidade das leis ⁽¹⁵⁾. Idêntica orientação, aliás, sempre foi adotada para o mandado de segurança, chegando mesmo o Pretório Excelso a firmar súmula sobre a matéria ⁽¹⁶⁾.

Afinal, é de extrema simplicidade constatar que efeito derivado de sentença anulatória de ato lesivo a certos bens é uma coisa, enquanto efeito de decisão que julga inconstitucional certa lei ou ato normativo, como questão principal, é coisa inteiramente diversa.

7. Se, no tocante à ação popular, o tema de controle incidental e difuso de constitucionalidade de lei ou ato normativo nunca suscitou controvérsia de grande vulto, o mesmo não se pode dizer desse tipo de controle na ação civil pública, instituída bem mais recentemente pela Lei nº 7.347, de 24.07.85.

Primeiramente, merece registro o fato de que o legislador da ação civil pública, ao momento da edição da lei, praticamente reproduziu o que dispunha o art. 18 da Lei nº 4.717/65, no que se refere à eficácia da coisa julgada oponível em face de todos. Destarte, rezava o art. 16 da Lei nº 7.347/87, em sua redação originária: *“A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”*.

O dispositivo sofreu alteração pela Lei nº 9.494, de 10.09.97, passando a dispor: *“A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”* (grifamos os elementos introduzidos pela lei alteradora para melhor compreensão dos textos e mais fácil comparação entre eles).

Vários aspectos poderiam ser analisados em relação a tais alterações, principalmente no que se refere à limitação do âmbito de incidência da sentença na ação civil pública ⁽¹⁷⁾. Para o presente trabalho, no entanto, não há maior relevo em analisá-los, porque, mesmo com a redução do âmbito territorial de incidência da sentença civil, produzirá ela eficácia de coisa julgada *erga omnes* dentro do território em que tiver sido proferida. O âmbito de incidência é menor, mas os efeitos da decisão continuam a extrapolar o âmbito subjetivo de incidência da coisa julgada, que deve ter por limites as partes do processo, como assentado em postulado clássico na teoria do processo.

⁽¹⁵⁾ Nesse sentido, *vide* Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo 200/9. É admissível, porém, se a lei já produz *“por si só, efeitos concretos, lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas na Lei 4.717”* (Revista de Jurispr. do TJ de S.P. 103/169) (apud THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, 30ª. ed., 1999, pág. 933).

⁽¹⁶⁾ Súmula 266, do STF: *“Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”*.

⁽¹⁷⁾ Desenvolvemos a análise desse aspecto específico no trabalho *“A nova limitação do efeito erga omnes na ação civil pública”*, publicado na *Revista do Ministério Público* do R.J. nº 7, de 1998, em que procuramos apontar algumas complexidades decorrentes da nova redação. *Vide* também nossa já citada obra *Ação Civil Pública*, pág. 391/3).

Quanto à ressalva da lei, vale dizer, quanto à hipótese em que a sentença somente se torna oponível *inter partes* – caso de improcedência da ação por insuficiência da prova – é idêntico o tratamento dispensado pelo legislador da ação popular e, logicamente, idêntico é o objetivo por ele almejado: a redobrada cautela na preservação e tutela dos interesses coletivos e difusos. A ressalva também não se reveste de relevo e pertinência para este trabalho.

8. O ponto crucial do problema na ação civil pública diz respeito à natureza do pedido e, por conseqüência, da decisão que solucionar o litígio.

Dita o art. 3º da Lei nº 7.347/85: “A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Observa-se que o dispositivo contemplou apenas pedidos de natureza condenatória ou mandamental⁽¹⁸⁾, isto é, ou o autor postula que o réu seja condenado a pagar certa indenização, ou reivindica que o juiz lhe ordene o cumprimento (ou o condene ao cumprimento) de obrigação positiva ou negativa. Sem dúvida, tais formas de pedido são diversas da que constitui objeto da ação popular – a anulação do ato ofensivo aos interesses sob tutela⁽¹⁹⁾.

Em virtude desses dois tipos de pedido, a sentença, ao julgar procedente a demanda, terá caráter condenatório pecuniário, se o réu for condenado a pagar indenização em dinheiro, ou mandamental (ou condenatória determinativa), no caso de o juiz ordenar ao réu que cumpra obrigação de fazer (*facere*) ou de não fazer (*non facere*).

9. E qual seria, então, o problema de ser suscitada, incidentalmente, na ação civil pública, preliminar de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo?

O problema se situa exatamente no fato de que a sentença e a coisa julgada têm oponibilidade *erga omnes*. De fato, a questão é delicada. Se na ação civil pública a sentença, como regra, tem eficácia em face de todas as pessoas de determinado território, e se é suscitada preliminar de inconstitucionalidade de certa lei, acolhida pelo juiz, não há a menor dúvida de que a decisão, embora contendo mandamento para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa, *acabar-se-á, por via transversa, determinando que todos os destinatários da decisão se abstenham de cumprir a lei, declarada inconstitucional incidenter tantum*.

Em outras palavras, significa dizer que, a pretexto de solucionar litígio de natureza concreta, tendo como causa de pedir fato também concreto, estará o juiz exortando todas as pessoas do respectivo território a deixarem de cum-

⁽¹⁸⁾ Não se discutirá aqui, por impertinente, o tormentoso problema relativo à caracterização das decisões mandamentais, que, não aceitas por parte da doutrina, são consideradas condenatórias determinativas.

⁽¹⁹⁾ É verdade que, posteriormente à edição da Lei 7.347, foram acrescentadas hipóteses em que o pedido e a sentença são constitutivos, visto que a pretensão consiste na anulação de ato. Como exemplos, citem-se o art. 25, IV, “b”, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), referente à invalidação de atos atentatórios à moralidade administrativa, e o art. 51, § 4º, do Cód. Defesa do Consumidor, concernente à invalidação de cláusulas abusivas em contratos decorrentes de relação de consumo. Mesmo assim, todavia, o problema persistiria em algumas hipóteses, porque a eficácia poderia continuar a ser *erga omnes*, como adiante será visto.

prir determinada lei ou ato normativo, convertendo o controle incidental e difuso em inevitável controle principal de constitucionalidade. Afinal, ordenar que todos façam ou deixem de fazer alguma coisa em contrário do que dispõe a lei é o mesmo que determinar que todos devem descumpri-la.

10. Vários têm sido os entendimentos de especialistas e Tribunais sobre a matéria.

Em trabalho que escreveu sobre o tema, ARRUDA ALVIM registrou, com acerto, que

“O que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, lingüísticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática, resulta de uma tal decisão” (grifos do original) ⁽²⁰⁾.

Continua o autor a sua exposição:

“Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração in abstracto, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração incidenter tantum.

Se declarada a inconstitucionalidade, dessa forma, e, somando a isto ou tendo-se em vista os efeitos erga omnes, que a Lei 7.347/85 agrega às decisões com base nela proferidas, à luz do seu art. 16 (“Lei da Ação Civil Pública”), é evidente que, transitada em julgado uma tal decisão, isto levará à inaplicabilidade, para o futuro de tais normas, dentro das jurisdições onde tais decisões hajam sido proferidas.

Ademais disto, revestida pela autoridade de coisa julgada erga omnes, acarretaria que o próprio Supremo Tribunal Federal haveria de reconhecer a autoridade de uma tal decisão” (grifos do original). ⁽²¹⁾

⁽²⁰⁾ “A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, in *Ação Civil Pública*, Edit. RT, coord. por Édis Milaré, 1995, pág. 157.

⁽²¹⁾ Trabalho e ob. cit., pág. 158.

As palavras do ilustre processualista demonstram a incompatibilidade existente entre os efeitos do controle incidental na ação civil pública e a reserva constitucional do controle concentrado atribuído ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a", da CF).

Em abono da mesma tese, manifesta-se GILMAR FERREIRA MENDES, quando, ao tratar especificamente do tema relativo à ação civil pública e à declaração incidental de inconstitucionalidade, consigna que *"as especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa...apenas ao Supremo - somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle -, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a infirmar a possibilidade de que se proceda ao controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública"* (grifos nossos) ⁽²²⁾.

De fato, a matéria não é simples, já que existem dois interesses contrapostos em jogo. De um lado, pode mesmo ocorrer que ações ou omissões violadoras de direitos coletivos e difusos sejam fundadas em lei inconstitucional; de outro, a decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de lei só pode produzir efeitos *erga omnes* no controle concentrado e principal, sendo eles inadmissíveis no controle incidental e difuso. Como é do conhecimento geral, para que a inconstitucionalidade reconhecida em controle incidental possa irradiar seus efeitos *erga omnes*, urge que o Senado Federal expeça resolução suspendendo a eficácia da lei ⁽²³⁾. Só que, no caso de ação civil pública, é comum que a decisão retrate uma ordem de fazer ou não fazer, de modo que essa determinação acabaria por envolver a própria observância ou inobservância da lei.

De nossa parte, já tivemos a oportunidade de formar conclusão, em sucinto trabalho que escrevemos sobre o tema, no sentido de que, em virtude das linhas que compõem o sistema de controle incidental e difuso de constitucionalidade, *"pela natureza dos efeitos da coisa julgada, tal como fixado no art. 16 da Lei 7.347/85, é incompatível com o sistema constitucional, e portanto juridicamente impossível, a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública"* ⁽²⁴⁾.

11. Em sede jurisprudencial, algumas escaramuças têm sido também enfrentadas no tocante ao tema. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de cuidar do assunto, através de despacho proferido pelo Min. Carlos Velloso em processo de Reclamação. Embora o despacho tenha sido proferido em razão de pedido de medida liminar formulado pelo Reclamante, vale a pena observar o enfoque dado pelo citado Ministro. O caso era realmente de ação civil pública, na qual, julgada procedente a ação, a 10ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível de S. Paulo declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da

⁽²²⁾ "O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade", publicado na *Revista Trimestral de Direito Público* (Ed. Malheiros, SP), nº 19, 1997, págs. 254/5

⁽²³⁾ Art. 52, X, C.F.

⁽²⁴⁾ Vide nosso trabalho "Ação Civil Pública e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade", publ. Suplemento "Doutrina" ADCOAS, nº 8, ago/98, págs. 314/6.

Lei nº 8.024/90, o que acarretou, na prática, a extensão dos efeitos *erga omnes* da referida decisão incidental.

Disse o Ministro em seu despacho:

"A questão de inconstitucionalidade, na ação civil pública, aforada no Juízo Federal da 1ª Vara, de Minas Gerais, visa, em última análise, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizam a execução extrajudicial dos débitos dos mutuários do S.F.H. verificada a inconstitucionalidade, dá-se a suspensão de todas as execuções extrajudiciais movidas no Estado de Minas Gerais. A questão da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação civil pública. Isto, entretanto, não seria possível, no controle difuso, senão no controle concentrado, em que o objeto da ação é a própria lei, ou a questão de inconstitucionalidade. Assim, em linha de princípio, a ação civil pública, aforada no juízo Federal de Belo Horizonte, usurpa competência do Supremo Tribunal Federal (C.F., art. 102, I, "a"), pelo que é cabível a reclamação (art. 102, I, "l")..." (25)

12. Se, em termos genéricos, o tema tem refletido inúmeras preocupações no que concerne àqueles dois interesses contrapostos, no tema específico relativo à inconstitucionalidade de lei instituidora ou disciplinadora de tributos a matéria tem tido entendimento quase pacífico, com a ressalva, é óbvio, de algumas poucas vezes que advogam a tese contrária.

Como a matéria tributária constitui reserva de lei (26), têm sido frequentemente suscitados vícios de inconstitucionalidade em relação a algumas leis que, quando não instituem tributos, criam alguma forma de disciplina a respeito de sua exação.

Dentre os vários aspectos tributários objeto da discussão em ações civis públicas, sobressai a que discute a inconstitucionalidade de leis que instituíram taxa de iluminação pública. Sem entrar no mérito em si da discussão, vale a pena, todavia, relembrar o argumento básico invocado pelos demandantes. Sendo a taxa a espécie de tributo destinado a remunerar serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ou colocados à disposição dos usuários, ou em razão do efetivo e regular exercício do poder de polícia (27), insurgiram-se alguns contribuintes contra a denominada taxa de iluminação pública, instituída por vários Municípios do país, sob a alegação de que estariam ausentes os re-

(25) Reclamação nº 601/96, publicada na *Revista de Direito Administrativo* nº 206 (Ed. Renovar), 1996, págs. 267/269.

(26) Art. 150, I, CF.

(27) Art. 145, II, CF e arts. 77 a 80, do Cód. Tribut. Nacional (Lei 5.172/66).

quisitos de especificidade e divisibilidade, exigidos para a criação de taxas⁽²⁸⁾.

Deduzidas tais controvérsias, foi a sua solução antecedida da discussão sobre se seria juridicamente viável, em ação civil pública, apreciar e reconhecer a inconstitucionalidade dessas leis (normalmente municipais), de modo que, procedentes as ações, fosse outorgado aos contribuintes o direito de não recolher o tributo criado ou disciplinado pela lei tida por inconstitucional pelo juiz em apreciação incidental.

13. Realmente, parecem-nos corretas as advertências trazidas anteriormente sobre a questão. A matéria, é lógico, não envolve apenas a questão tributária. Envolve qualquer lei ou ato normativo que possam ser objeto de apreciação, quanto à constitucionalidade, em preliminar suscitada em ação civil pública no caso em que o pedido do autor é o de natureza mandamental.

A natureza especial desse tipo de pretensão, que tutela interesses coletivos e difusos, bem como da decisão com efeitos *erga omnes*, não se compatibiliza, no quadro jurídico vigente, com o sistema adotado para controle difuso e incidental de constitucionalidade, visto que tal sistema traz como pressuposto exatamente o fato de que a decisão na causa (que precisa ter natureza concreta) produza efeitos *inter partes* ⁽²⁹⁾.

Ora, quando contribuintes se insurgem contra determinada cobrança tributária através de ação civil pública, suscitando a inconstitucionalidade de determinada lei, seu pedido consiste na determinação judicial, pelo órgão julgador, no sentido de que o réu da ação (evidentemente a Fazenda Pública) se abstenha de cobrar o tributo em relação a todo e qualquer contribuinte situado no território em que a sentença tem poder jurisdicional.

Sentença dessa ordem não contém apenas um tipo de decisão. Além da determinação de fazer ou não fazer, que espelha o conteúdo prevalente na ação, a sentença profere também decisão de caráter declaratório, ao dizer que, *tendo em vista a inconstitucionalidade da lei, ninguém mais deverá submeter-se a seus ditames*. Ora, dar eficácia *erga omnes* à decisão, insistimos, é o mesmo que outorgar ao julgador o controle concentrado de constitucionalidade, expungindo a obrigatoriedade de observância da lei pelos destinatários e, na prática, suprimindo a lei do próprio ordenamento jurídico, prerrogativa atribuída apenas ao Supremo Tribunal Federal pelo controle concentrado específico (art. 102, I, "a", CF).

14. No começo dessa discussão, ainda houve algumas vozes que se levantaram na defesa da possibilidade jurídica do controle incidental e difuso de constitucionalidade em ação civil pública ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Sobre a questão da taxa, das óticas constitucional e legal, *vide* SACHA CALMON NAVARRO COELHO (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Forense, RJ, 1999, págs. 533/4).

⁽²⁹⁾ REGNIA MARIA MACEDO NERY FERRARI, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, Ed. RT, 2ª ed., 1990, pág. 103.

⁽³⁰⁾ É o caso da 1ª Turma do STJ no Rec. Especial nº 49.272-RS, Relator o Min. Demócrito Reinaldo (DJ de 17.10.94), em que se decidiu, quanto à legitimidade da taxa de iluminação pública, que *"apesar de se cuidar da proteção de direitos individuais, a origem comum recomenda a defesa de todos através de um único instrumento processual,..."*, no caso a ação civil pública.

Entretanto, veio a dominar amplamente a corrente contrária, a nosso ver coerente com o sistema jurídico vigente, que rechaça a declaração de inconstitucionalidade incidental dentro do regime difuso, quando a ação é direcionada à lei de natureza tributária, posto que tal decisão acabaria por invadir a competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, órgão dotado de competência privativa para, no controle concentrado, definir a questão da constitucionalidade com efeitos *erga omnes*.

15. Esse entendimento começou a dominar entre os próprios Tribunais estaduais.

O T.J. do Rio de Janeiro, por exemplo, decidiu:

"Inconstitucionalidade. Código de Defesa do Consumidor. Ministério Público. Ação civil pública. Ação civil pública por este ajuizada visando compelir Município a abster-se de cobrança de taxa de iluminação pública, sob fundamento de sua inconstitucionalidade, cuja declaração incidental se pede....Sem embargo das relevantes e dilargadas funções, essenciais à preservação da legalidade democrática, cometidas na Constituição Federal à Instituição, a pretensão deduzida implica em reconhecer-se a inconstitucionalidade de lei municipal com efeitos erga omnes, viável apenas em seu controle concentrado mediante Representação de Inconstitucionalidade perante o E. Tribunal de Justiça, ex vi dos arts. 156, IV, "a" e 170, "b", da Carta Estadual" ⁽³¹⁾.

O T.J. de Minas Gerais adotou a mesma posição. Em ação civil pública movida pelo Ministério Público, na qual abordou também a questão da legitimidade ministerial para a defesa de direitos decorrentes de leis tributárias, deixou assentado o Tribunal:

"Ação civil pública – Inconstitucionalidade de lei municipal – MP – Ilegitimidade e impropriedade. A ação civil pública há de ser intentada estritamente nas hipóteses legalmente previstas, dentre as quais não se divisa a de arguição de inconstitucionalidade de lei municipal, para a qual a CF/88 prevê a via própria, que é ação direta de inconstitucionalidade, tendo-se como impróprio o manejo da ação civil pública como sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade" ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Ap. Cível nº 3.269/96, 5ª Câm.Cív., unân., Rel. Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes (julg. em 26.09.96).

⁽³²⁾ Ap. Cível nº 77.020/6, 2ª Câm. Cív., unân., Rel. Des. Sérgio Lellis (publ. no D.J. de 14.10.97, *apud* ADCOAS 8158225).

No mesmo diapasão, o 1º Tribunal de Alçada Cível de S. Paulo enfrentou a questão tributária também sob o aspecto da caracterização do direito dos contribuintes, não o considerando coletivo ou difuso, e ao mesmo tempo afastou o Ministério Público da legitimidade para a ação. Mas, também acusando a ação civil pública de via imprópria, registrou:

“Ação civil pública – Proposição pelo Ministério Público – Desconstituição de tributo sob o argumento de inconstitucionalidade. Pode-se concluir estar a defesa dos contribuintes do referido tributo fora do alcance do conceito de interesse difuso ou coletivo, porque o defendido é individual plúrimo, patrimonial e disponível, abrangendo apenas uma parcela da comunidade. Logo a ação civil pública não se presta à demonstração do tributo discutido e conseqüentemente o Ministério Público é carecedor de legitimidade para promovê-la” ⁽³³⁾.

Idêntica orientação foi adotada, quanto ao tema, pelo T.J. do Estado de Goiás. Embora não discutindo diretamente a questão da lei tributária, julgou imprópria a ação civil pública para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. Eis a ementa do acórdão:

“Ação civil pública – Ato normativo municipal – Declaração de inconstitucionalidade – Inadequabilidade. Não constitui a ação civil pública meio adequado para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal, o que deve ser intentado através de ação direta de inconstitucionalidade, cuja propositura é da competência do Procurador-Geral de Justiça” ⁽³⁴⁾.

16. O Superior Tribunal de Justiça, após leve e inicial hesitação, adotou firme orientação no sentido da inadequação da ação civil pública para discutir a inconstitucionalidade de lei tributária. Eis as ementas de alguns arestos que consagraram a atual orientação:

“Ação civil pública – Matéria tributária – Via imprópria. A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte - categorias afins, mas distintas” ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ MS 609.362/3, 5ª Câm., unân., Rel. Juiz Nivaldo Baizano (publ. na RT 723/383).

⁽³⁴⁾ Ap. 33.893-8, 2ª Câm. Cív., unân., Rel. Des. Felton Teodoro Reis (julgam. em 22.11.94).

⁽³⁵⁾ Rec. Esp. nº 103.007, 2ª Turma, unân., Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 16.11.98.

“Taxa de iluminação. Ação civil pública. A Associação Catarinense do Consumidor - Acadeco - propôs ação civil pública contra tributo incidente sobre consumo de energia elétrica. A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso do Município de Itajaí, reconhecendo que, na espécie, questiona-se a legalidade da taxa e não uma relação de consumo, portanto não é possível dar o efeito da ação declaratória de inconstitucionalidade - adin, por meio de ação civil pública” ⁽³⁶⁾.

“Ação civil pública – Impetração visando a impedir cobrança de tributo – Descabimento. É impossível o uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que a unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Assim, admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos erga omnes, o que é absurdo” ⁽³⁷⁾.

17. Mais recentemente, o mesmo Superior Tribunal de Justiça voltou a pronunciar-se pelo descabimento da ação civil pública na hipótese de discussão incidental de inconstitucionalidade.

A decisão teve origem monocrática em virtude da jurisprudência assente do Tribunal, e apresentou a seguinte ementa:

“Ação civil pública – Tributo – Direito individual. Não cabe ação civil pública para substituir ação de inconstitucionalidade e impedir a cobrança de imposto ou taxa. Contribuinte de tributo não é consumidor a ser representado pelo Ministério Público. Pagamento de tributo corresponde a direito individual, divisível e quantificável, não se equiparando a interesse difuso” ⁽³⁸⁾.

Observa-se pela ementa que a questão ora em pauta tem sob discussão três temas correlatos : o primeiro diz respeito à natureza da relação entre o Fisco e o contribuinte, não considerada como relação de consumo; o segundo refere-se à natureza do direito, reconhecido como individual e divisível, e não como difuso ou coletivo, de caráter transindividual e indivisível; e o terceiro concerne à atuação do Ministério Público, também não aceita na hipótese por

⁽³⁶⁾ Rec. Esp. nº 177.540, 1ª Turma, maioria, Rel. Min. José Delgado, julgado em 25.05.99.

⁽³⁷⁾ Rec. Esp. nº 90.406, 1ª Turma, unân., Rel. Min. Garcia Vieira, publ. no DJ de 4.5.98.

⁽³⁸⁾ Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 1.853/SP/99, Relator o Min. José Delgado (in Rev. Direito Administrativo nº 218, 1999, págs. 268/271).

extrapolar às funções constitucionalmente cometidas à Instituição. Em nossa opinião, os três pontos foram resolvidos com absoluto acerto, muito embora se possa aplaudir a sempre idônea intenção do Ministério Público em prol dos direitos que emanam da conjuntura social e apresentam grande relevo no que toca aos efeitos que produzem.

Seja como for, assentou o S.T.J., pelo eminente Ministro Relator da decisão acima, que *"a jurisprudência desta Colenda Corte de Justiça vem se firmando no sentido de não ser cabível o uso da ação civil pública para fins de obstar a cobrança de taxas como as in casu apreciadas, em virtude do fato de que a relação jurídica estabelecida nestes casos desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte.... In casu, pretende-se, com a ação civil, sustar o pagamento da cobrança de taxas de limpeza pública, conservação de pavimentação, coleta de lixo e prevenção e extinção de incêndios, sob a alegativa de inconstitucionalidade das mesmas"*.

18. Nota-se, assim, que, sem embargo de algumas vozes discordantes, predomina o entendimento de que não se pode estender o alcance da ação civil pública em ordem a ensejar a declaração, mesmo que incidental, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

A inviabilidade jurídica, como visto, decorre do próprio sistema de controle concentrado de constitucionalidade e da peculiar natureza dos efeitos *erga omnes* da sentença na ação civil pública. E um dos pontos em que esse tema mereceu maior discussão foi exatamente aquele em que se questionou a inconstitucionalidade de lei tributária, sobretudo a respeito da taxa de iluminação pública.

19. Todo esse entendimento se fundou especificamente no caso de ação civil pública em que o pedido do autor consiste em obter providência judicial no sentido de ser o réu condenado a fazer ou não fazer alguma coisa. Entretanto, merece também análise a hipótese em que o pedido é o condenatório pecuniário, previsto no art. 3º da Lei 7.347/85, pretendendo o autor a condenação do réu ao pagamento de indenização em dinheiro.

A inviabilidade da declaração incidental estende-se, da mesma forma, a tal hipótese.

Com efeito, se o pedido na ação for o de condenação do réu a uma indenização em dinheiro, e o autor tiver calcado a pretensão na inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a sentença, caso procedente o pedido, muito embora condene diretamente o réu, estará *indiretamente obrigando todas as pessoas a não agir conforme a lei, sujeitando-as, caso respeitem a lei, à mesma sanção indenizatória aplicada ao réu da ação*, e isso pela simples razão de que a decisão fará coisa julgada oponível *erga omnes*.

É o caso, para exemplificar, em que certa empresa recebe autorização por determinada lei para utilizar área que alguns entendem deva merecer proteção ambiental. Proposta a ação civil pública com pedido condenatório pecuniário, fundada na inconstitucionalidade da lei, e procedente o pedido, todas as demais empresas estarão inibidas de utilizar a mesma área, porque, se o fizerem, receberão do juiz idêntica condenação indenizatória. Significa que a decisão do juiz de primeiro grau, por sua eficácia *erga omnes*, estará indiretamente

obrigando os destinatários da lei a conduta diversa daquela que a própria lei autorizou.

A *ratio* da inviabilidade, no caso, é idêntica à que inspirou a inviabilidade no caso de pedido mandamental.

20. Há, no entanto, uma ressalva importante a ser feita nessa tormentosa questão.

A conclusão da impossibilidade de apreciação incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública diz respeito, especificamente, à hipótese em que a pretensão do autor consiste em obter do juiz um mandamento no sentido de o réu ser compelido a fazer ou a não fazer alguma coisa, ou uma providência de condenação em dinheiro. A razão é simples. Como a sentença tem eficácia *erga omnes*, o mandamento judicial dela decorrente *ao mesmo tempo em que obriga a todos e reconhece que ninguém pode adotar a conduta do réu, produz idêntica obrigação, igualmente a todos, e de modo implícito, no sentido da sujeição de todos os indivíduos à eventual declaração incidental de inconstitucionalidade de lei*, o que implicaria em verdadeira ordem para que *nenhuma pessoa* tivesse a obrigação de *observar a lei*, tida por inconstitucional pelo juiz prolator da sentença.

Não obstante, o risco de usurpação, pelo juiz singular da ação civil pública, de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal (ou ao Tribunal de Justiça, em sede de controle estadual de constitucionalidade), não transparece, como regra, quando o pedido na ação for de natureza constitutiva, considerando diretamente a pessoa que participou da relação jurídica a que se refere o ato anulado.

De fato, quando, na ação civil pública, o pedido tiver caráter constitutivo, vale dizer, quando o autor postular a anulação de ato administrativo inquinado de vício de moralidade (art. 25, IV, "b", da Lei nº 8.625/93), a questão desafia solução diferenciada. Nessa hipótese, a relação jurídica vincula o autor da ação (o Ministério Público) ao ente administrativo de onde emanou o ato. A sentença, julgando procedente a ação, anulará o ato e desconstituirá a relação jurídica decorrente do ato. Ou seja: quem vai *efetiva e diretamente* suportar os efeitos da anulação é a entidade administrativa que gerou o ato, e não as demais pessoas. Assim sendo, se houver declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, será ela mero fundamento da decisão, não ensejando a consequência, ainda que por via oblíqua, de exortar os indivíduos em geral à desobediência da lei.

21. Quanto à ação civil pública em que o autor pretenda a invalidação de cláusulas abusivas (art. 51, § 4º, do Cód. Defesa do Consumidor), é preciso distinguir.

No caso de a ação civil pública se destinar à invalidação de cláusulas abusivas já constantes de contratos celebrados com base na relação de consumo, a solução será a mesma da hipótese anterior: nenhum óbice haverá em que o juiz declare *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A sentença estará direcionada a cada contrato de *per se*, e em cada um desses ajustes resultará anulada a cláusula considerada abusiva. A eficácia *erga omnes* da decisão não estará, indiretamente, obrigando as pessoas a conduta

diversa daquela que a lei contempla.

Mas se a pretensão se direcionar à determinação futura no sentido de que não mais se possa inserir certa cláusula, vale dizer, se o autor deseja que o réu seja condenado ao cumprimento de obrigação de não fazer (não mais inserir a cláusula nos futuros contratos), tomando-se como fundamento a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o problema retornará em virtude da natureza *erga omnes* da sentença. Significa que, apesar da autorização da lei, o juiz estará obrigando todas as pessoas a não cumpri-la por tê-la considerado inconstitucional na apreciação prejudicial de constitucionalidade. Em consequência, incabível, da mesma forma, será o uso da ação civil pública.

22. Fora essas ressalvas, porém, podemos registrar uma conclusão que hoje é inafastável: cada instituto jurídico deve ser interpretado e empregado dentro do sistema que integra, bem como compatibilizado com os aspectos interdisciplinares que o sistema possui.

Sendo assim, a ação civil pública não pode merecer o mesmo tratamento que recebem as demais ações no que tange ao controle incidental e difuso de constitucionalidade. Se a ação tem peculiaridade própria, sua utilização deve respeitar o quadro normativo que rege o sistema jurídico vigente. Desse modo, é forçoso concluir que, como regra, o referido controle incidental é inviável se o objetivo do autor, por via transversa, for o de obter uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, objetivo que deve ser perseguido pelo instrumento próprio – a ação direta de inconstitucionalidade – ação especial que a ação civil pública não pode substituir.

Junho/2000

^(*) JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO é Procurador de Justiça do RJ (aposentado); Professor da Universidade Estácio de Sá (graduação e pós-graduação); Professor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Campos; Professor da Universidade Cândido Mendes – Ipanema, Professor-palestrante da EMERJ - Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e Professor do CEPAD (Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito).
