

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Fábio Bezerra dos Santos

Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Membro da Comissão de Defesa da República e Democracia da OAB/PB.
Advogado.

Marina Josino da Silva Souza

Mestranda em Direito Econômico da Universidade Federal da Paraíba.
Advogada.

RESUMO

A tutela processual dos direitos transindividuais dá-se através de ações coletivas. A análise dos objetivos das ações coletivas é possível sob três aspectos: economia processual, acesso à justiça e aplicação do direito. Nesse diapasão, o presente estudo baseia-se na possibilidade de aplicação da ação civil pública (modalidade de instrumento processual de tutela coletiva) no controle incidental e difuso de constitucionalidade, tendo como escopo específico deflagrar a correção da quebra da unidade do sistema via processo coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade, ação civil pública, acesso à justiça.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético (híbrido ou misto), combinando o controle por via incidental e difuso (de influência americana), que vinha desde o início da República (1891), com o controle por via principal e concentrado (inspirado no sistema continental europeu). Isto, porque “a fórmula

política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social" (VERDÚ *apud* GUERRA FILHO, 2005, p. 16)¹⁻².

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos aptos a deflagrar a correção da quebra da unidade do sistema, consubstanciado na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição³.

Como assegura Luís Roberto Barroso (2006, p. 1), caracterizado o descompasso, o sistema provê uma série de medidas que objetivam superá-lo, restabelecendo, assim, a harmonia perdida.

A idéia de controlar a conformidade das leis, e, em certas ocasiões, a dos atos e decisões emanados de órgãos públicos em geral, com a Constituição, teve origem no nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional. Em virtude desses sistemas, tem-se criado determinados tribunais, usualmente chamados Tribunais Constitucionais (CAPPELLETTI, 1984: p. 599).

Não apenas interessa um efeito acessório exercido por outras atividades políticas, porém, também, organizar uma instituição, uma instância especial que tenha respaldo dos diversos poderes; enfim da Constituição mesma. Como aponta Schmitt (1998, p. 213), não parece oportuno, em um Estado de Direito que diferencia os poderes, confiar a missão precitada a um dos poderes existentes⁴.

¹ Willis Santiago Guerra Filho, no mesmo trecho, afirma, ainda, que a fórmula política, como elemento caracterizador da Constituição, é o principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico, se apresentando como um verdadeiro programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade. Também na esteira de Verdú, conclui o insigne professor que "a fórmula política é um fator essencialmente dinâmico, pois toda ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e implantação na realidade social."

² Como já é possível inferir, o presente estudo baseia-se na possibilidade de aplicação da ação civil pública como instrumento de controle incidental e difuso de constitucionalidade, conforme veremos ao longo da explanação.

³ A proteção dos direitos fundamentais perfaz um dos alicerces do controle de constitucionalidade, inclusive os direitos sociais esculpidos no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988.

⁴ Em verdade, o autor está a defender a existência de um poder moderador, prova constitucional, aliás, catastrófica na experiência de 1824. Contudo, a idéia de um órgão neutro ainda é bastante útil, nada obstante utópica em sua plenitude. A idéia de qual o poder que vem antes, decorre da necessidade de legitimação dos atos de governo. Contudo, essa é uma equação que se pudéssemos encontrar algum parâmetro analógico nas ciências exatas, certamente seriam as dízimas periódicas.

O cerne dessa idéia consiste no fato de que existe uma 'lei superior' derogável somente por procedimentos especiais e complexos, os quais vinculam até mesmo o legislador, não podendo ser aplicada uma lei ordinária que a contradiga.

Vem de Aristóteles o entendimento de que o poder é dotado de uma tendência natural a se corromper, e que uma forma pura de governo virá a se converter impura (ilegítima). Assim: a monarquia em tirania; a aristocracia em oligarquia; a democracia em demagogia; a teocracia em clerocracia (ou aiatolácracia). A necessidade de controle evidencia-se, portanto, no constante desvirtuamento do poder estatal, em todas as esferas, transformando o *welfare state* em demagogia, o que freqüentemente tem servido para disseminar desconfiança naqueles que o exercem.

Rui Barbosa (2006, p. 23), a respeito da matéria, propugna limites, no domínio da realidade, averbando como inconstitucionais (inválidos) os atos parlamentares que se oponham à moral, ao direito das nações, aos princípios fundamentais da Constituição, chegando a afirmar que a vontade soberana pode mudar de direção e que, neste sentido (e neste caso), a legislação e a soberania devem ser termos conversíveis.

Para o combate à centralização das funções estatais e na expectativa de neutralizar a desnaturalização do poder, Montesquieu levou a idéia da separação dos poderes (funções) do Estado à sua feição mais radical, estágio em que se apresenta praticamente toda cultura de Estado moderna.

Contudo, o aumento da complexidade das atividades do Estado imprimiu uma nova visão da teoria da separação dos poderes, estabelecendo novas formas de relações entre os Poderes Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário.

Do contrário, rechaça Barbosa (idem, p. 26) em análise ao sistema inglês, se um parlamento pudesse divorciar-se do sentimento nacional, a ponto de confundir as funções da justiça com as do Executivo, subordinar o direito de reunião à

É como colocar um espelho em frente ao outro. Seu reflexo encontra-se no infinito. Virá uma imagem depois da outra, até virar um ponto no infinito. Essa mesma idéia que deu origem às Cortes Constitucionais, ao Ministério Público, aos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público etc. – e, certamente, não deve parar por aí. A pergunta quem controla ou previne o controlador não deve calar, podendo até zerar e começar tudo novamente.

autorização prévia do governo, estabelecer a eletividade da magistratura, dar à milícia a escolha de seus oficiais, ou retirar aos tribunais ordinários os crimes de ordem comum perpetrados por militares, a inconstitucionalidade de tais leis, seu conflito com esse espírito de liberdade, que é a expressão geral do direito político na Grã-Bretanha, que forma, por assim dizer, a sua Constituição imanente, não teria paradeiro, não encontraria solução em nenhum dos poderes constituídos.

Ainda hoje, temas como a concretização dos direitos fundamentais, poder discricionário da Administração Pública, controle jurisdicional, estão em processo de maturação no Judiciário.

Entretanto, existindo dentro do ordenamento norma jurídica que estabeleça o direito de alguém, e havendo resistência para satisfazer a pretensão do titular do direito, será o caso de perquirir qual (ou quais) instrumento processual é adequado para que a norma irradiadora do direito substancial seja atuada. Não basta apenas localizar e identificar o direito em questão⁵, mas, visando à sua efetividade, faz-se

⁵ Segundo Ferraz Junior este procedimento – ao qual atribui a denominação de dogmática analítica – visa a dar subsídios plausíveis que integrarão a decisão, ou seja, criar argumentos sustentáveis de modo que a decisão não seja aleatória, não transmita meros conteúdos impostos e sem sentido. Para isso, o jurista parte de um ponto inicial do qual serão feitos questionamentos que o levarão à obtenção do direito. Através do princípio da inegabilidade dos pontos de partida o aplicador deve se basear na norma – considerando norma como elemento composto de significados – para iniciar o seu raciocínio e dar início à análise, quando será realizada a regressão e a sistematização do(s) direito(s) sob apreço. Para a dogmática, a norma que interessa é “jurídica”; segundo o autor esta “Ganha significação a partir do mais alto grau de institucionalização da relação emissor/receptor”. A relação de complementaridade (emissor/receptor – subordinante/sujeito) é o que classifica a norma. O processo de comunicação, dentro do comportamento social, expectativa a partir do momento que o receptor tem a possibilidade de acertar, negar ou “desaceitar” a mensagem do emissor. No momento que o receptor “desaceita” a mensagem, o emissor vale-se do reconhecimento do conteúdo por terceiros o que vai caracterizar a institucionalização dessa relação e conseqüentemente a norma como jurídica. Embora a institucionalização normativa diminua, dentro do universo de plurisignificação das relações sociais, a quantidade de expectativas, ela não dá conta do processo como um todo, visto que ainda, em algumas situações existem mais de um significado. Para ir de encontro a esse objetivo, a sociedade criou artifícios que diminuem ainda mais a plurisignificação normativa, são: a pessoa, o papel social, os valores e as ideologias, que se enquadram dentro das respectivas complexidades das relações. Saindo da conceituação e classificação da norma entra-se na discussão de pelo menos duas grandes dicotomias da dogmática: direito público e privado, e direito objetivo e subjetivo (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Introdução ao Estudo do Direito”. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003, p. 93 e seguintes).

necessário identificar qual o meio processual idôneo à sua concretização⁶. O art. 75 do CC/1916 chegava a estabelecer que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”⁷. Atualmente o art. 5º, XXXV, da CF/88, estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito fugirá à apreciação do poder judiciário. Deste modo, o ordenamento legal criou algumas ações constitucionais, legitimando direta ou indiretamente o cidadão para buscar determinado provimento jurisdicional.

Decorre, pois, da utilidade das leis ou da exigência perpétua de justiça⁸, que os direitos, especialmente aqueles cristalizados com *status* de fundamental, sejam concretizados. Tal negação configura *de per se* inconstitucionalidade. Trata-se mesmo de razão contratualista, do compromisso assumido pelo Estado⁹.

Para cada direito deve ser assegurado um ou mais meios processuais de acesso e implementação dessa parcela de justiça. De outro modo, não faria sentido algum existir o direito material se, quando negados, não houvesse meios para efetivá-los.

Verificou-se, ao longo do século passado, sobretudo nas últimas décadas, a ascensão das massas, com turbulência social irradiada daqueles socialmente excluídos. O modelo de processo individualista não mais estava apto a resolver fenômenos de massa. A palavra de ordem passa a ser isonomia real (e não apenas

⁶ A identificação da ação com o direito subjetivo material, que através dela se faz valer em juízo, ficou conhecida como doutrina clássica, civilista ou imanentista da ação. Imanentista, porque a ação era algo imanente ao próprio direito material, que não possuía vida própria. Daí a clássica proposição: “Não há direito sem ação, não há ação sem direito, a ação segue a natureza do direito”, acolhida pelo art. 75 do Código Civil de 1916 (ALVIM, José Eduardo Carreira. “Teoria geral do processo”. 10. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 116).

⁷ O art. 75 do Código Civil de 1916 estabelecia que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”. Entendemos que o fato do Código Civil de 2002 não trazer menção expressa com esse conteúdo, não implica em prejuízo algum, considerando que, como salientado, assegurar os meios para a efetivação das normas é algo inerente à própria existência do Estado. Ademais, já existe na própria Constituição (art. 5º, XXXV) a garantia de lesão ou ameaça a direito não fugirá da apreciação do Poder Judiciário.

⁸ Norberto Bobbio informa que a eterna da idéia de justiça é um fato determinante para uma constante atualização do direito positivo (BOBBIO, Norberto. “Locke e o Direito Natural”. Brasília: UNB, 2006, p. 25).

⁹ SHAPIRO, Ian. “Os fundamentos morais da política”. Coleção Justiça e Direito. Tradução: Fernando Santos. Revisão de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

formal), ombreando fracos e fortes, possibilitando aos primeiros condições de obtenção de seus direitos¹⁰.

Assume relevância, portanto, a tutela coletiva de direitos. Uma nova tendência começou a se desenhar, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica, mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas embora vinculadas por um mesmo interesse comum.

A ação civil pública, dentre os instrumentos processuais para tutela coletiva, tem se mostrado muito eficiente à realização de tal empreitada. Sua natureza jurídica como instrumento constitucional de exercício de cidadania, manejado pelos de corpos intermediários representativos da sociedade civil são indicativos de sua aptidão para concretização dos interesses e direitos coletivos e difusos, bem como, naturalmente, os individuais homogêneos, porque supraindividuais também.

Os provimentos jurisdicionais obtidos por meio de outros instrumentos de tutela coletiva são incompletos, porquanto impedem pedidos de indenização ou de condenação em obrigação de fazer ou não fazer. Deste modo, cresce mais ainda em importância o estudo da ação civil pública, sobretudo no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, especialmente em sede de direitos fundamentais.

Em que pese a importância das demais modalidades de tutela coletiva (mandado de segurança coletivo, ação popular etc.), como anunciado, o presente estudo, queda por privilegiar a ação civil pública, instituída pela Lei 7.347/85, como eficiente meio de controle de constitucionalidade difuso, hipótese aumentada pela ampliação do seu objeto, com o advento da Lei 8.078/90 (CDC).

¹⁰ Oportunamente Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, com suporte de Hans W. Fashing, destaca que a doutrina moderna rechaça a concepção privatista do processo, que o vislumbra apenas como instrumento de defesa de direitos subjetivos, estando, portanto, vinculado à vontade das partes. O interesse público, na correta atuação da norma jurídica, deve prevalecer sobre o interesse particular das partes. Eis a razão pela qual é assente o entendimento de que o processo, em tempos modernos, persegue dois objetivos: a proteção dos direitos subjetivos e a da ordem jurídica ou do direito objetivo (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. "Recurso especial". *Recursos no Processo Civil*. V. 9. Orientação de Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18).

Assim, a possibilidade jurídica de correção por meio de ação civil pública, é um tema bastante instigante. Questões do tipo: qual o limite, o objeto, prestações jurisdicionais possíveis, o alcance da ação civil pública, reclamam a atenção dos pesquisadores.

2. EPÍTOME DA NECESSIDADE DE SE CONTROLAR A CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 O Estado de direito

Em todo Estado há manifestações de atividades que não podem faltar sem que falte a sua vida mesma. Groppali confirma ser salutar que em qualquer organização estatutária haja uma atividade orientada no sentido de propor as normas gerais que devem regular, em primeiro lugar, a própria ordem do Estado, em seguida as relações entre Estado e cidadãos, assim como também as existentes entre cidadãos e cidadãos (1962, p. 186).

Cumpra também ao Estado a missão de fixar e valer o direito a ser aplicado nos casos concretos, além de satisfazer às necessidades e promover o bem-estar e o progresso. Assim, são funções precípua: a legislativa, a jurisdicional e a administrativa, compreendendo-se nesta, inclusive a função de governo, a qual se concretiza na determinação das diretivas gerais do Estado considerado em sua unidade¹¹, bem como na dos meios adequados¹² para pôr em execução essas

¹¹ Com precisão Vladimir da Rocha França propõe limites à ação do Poder Judiciário quando este se depara com a contestação de um ato administrativo parcialmente formado por elementos oriundos da subjetividade do administrador (2000, p. 4). Registra Carlos Maximiliano, em "Comentários à Constituição Brasileira de 1946" (1954, p. 34), que a Constituição não estabelece só a independência, mas também a harmonia dos poderes. Tal mandamento nunca foi tão atual (art. 2º, CF88). Também Edilson Pereira Nobre Júnior (2004, p. 67), com suporte em "O Federalista", revela o mesmo pensamento ao afirmar em tom peremptório que o direito dos tribunais em declarar a nulidade dos atos da legislatura não importa na idéia equivocada de sustentar-se a superioridade do poder judicial frente ao Legislativo - ou mesmo ao Executivo, como seria o caso.

diretivas reveladoras da soberania popular (idem, p. 187). Isto por que, como assevera Duguit (2003, p. 43), "Ninguém possui o direito de mandar nos outros (...)".

2.2 Controle dos atos de governo e tripartição do poder

Os atos de governo, então, só podem se impor aos governados quando se conformam com as normas do Direito. Vladimir da Rocha França (2007, p. 93), leciona que "no arbítrio não há qualquer espaço para o dever de motivação dos atos jurídicos do Estado, uma vez que a legitimação da decisão se faz mediante sua mera imposição material".

Neste sentido, o poder político tem por finalidade realizar o Direito, sendo, assim, o poder político é a força que é posta a serviço do Direito¹³.

Não fazemos qualquer objeção ao que diz Duguit se pensarmos que o Direito está em total consonância com a vontade da maioria¹⁴, ou como propõe Luhmann em sua visão sociológica (1983): de acordo com as "expectativas congruentes"¹⁵.

¹² Oportunamente Pedro Lenza destaca a necessidade de provimentos jurisdicionais mais bem adequados, com o objetivo, acima de tudo, de preservação do objeto material pretendido, qual seja, a tutela específica a ser analisada, particularmente em relação às ações coletivas que tenham por objeto bens transindividuais (LENZA, Pedro. "Teoria geral da ação civil pública". 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 334).

¹³ Otfried Höffe (2005, p. 1) de intróito propõe o redimensionamento do discurso da justiça, esclarecendo que a idéia da justiça política, as leis e as instituições políticas são submetidas a uma crítica ética; e já que modernamente o universo político assume a figura de uma ordem de direito e de Estado, a justiça política designa também a idéia de ética de direito e de Estado. Precisamente o autor dá as primeiras linhas para se distinguir formas legítimas e não-legítimas de direito e de Estado. Não é demais salientar que legitimidade não é o mesmo que legalidade, mas especialmente a verificação da conformidade de todo ato administrativo com a origem do poder que o autoriza. Retomando Höffe no mesmo trecho: "As relações de direito e Estado não são avaliadas e desprezadas, mas são redimensionadas pelo alcance e limites de sua legitimidade; a crítica filosófica visa uma legitimação e limitação do direito e do Estado".

¹⁴ Mesmo a prevalência da vontade da maioria em detrimento de interesses minoritários (individuais ou coletivos), carece de ponderação. Isto porque em face do princípio da (des)igualdade é necessário haver um nexos lógico que justifique a vedação de acesso a interesses pela desigualdade. Em igual sentido Jürgen Habermas destaca que a (re)leitura liberalista da autodeterminação democrática mascara o problema das minorias em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos (HABERMAS, Jürgen. "A inclusão do outro":

À evidência da necessidade de uma separação do poder legislativo do executivo, em primeiro plano, bem destacou Groppali (*idem*, p. 187), já existe desde Aristóteles, encontrando-se já bem definida em S. Tomás de Aquino, Marcílio de Pádua, Maquiavel, Buchanan e Hoocker, devendo caber um mérito todo especial, em face da atribuição do valor jurídico, a Locke e a Montesquieu, este último tendo a levado às suas últimas conseqüências.

estudos de teoria política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 170). As duas correntes que justificam o sistema representativo são abordadas nesse instante, quais sejam: a teoria da soberania nacional e a teoria da soberania popular. Esta, de origem mecanicista, com a máxima de que todo poder emana do povo e em nome do povo deve ser exercido (direta ou indiretamente); e aquela, numa perspectiva orgânica, que o poder emana de um espírito nacional, consubstanciado na máxima de que o interesse público (empiricamente o interesse do Estado) sobrepõe-se ao interesse individual e dos grupos (BONAVIDES, Paulo. "Ciência Política". 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 57). Essas vertentes, aparentemente dicotômicas, irão se digladiar para tornarem-se detentoras da legitimidade dos atos administrativos. Não se deve olvidar que a legislação, em grande parte, busca sustentar os interesses das classes que dominam o poder e que, em algumas situações, estão em contraste com os interesses gerais da Nação. Assim, outro compromisso do processo legislativo é fazer cessar o conflito, mediante debate preordenado, por ato parlamentar (COUTURE citado e comentado por SILVA, In: SILVA, José Afonso. "Processo constitucional de formação das leis". 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42).

¹⁵ A respeito das expectativas de expectativas, também produtos das incursões de Luhmann, 'vemos' sua aplicação quando percebemos os cidadãos esperando que o Direito espelhe a sua vontade soberana, ao mesmo tempo em que o Direito tenta lhes impor o seu poder político. Imbricada nesta simbiose quase sempre imperfeita, reside a complexidade que demanda dos aplicadores da lei o aprofundamento filosófico nas searas política e sociológica (LUHMANN, Niklas. "Sociologia do Direito I". Biblioteca Tempo Universitário 75. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45).

Carl Schmitt aponta que em Locke¹⁶ se encontra também a repetida justificação da distinção entre Legislativo e Executivo (1982, p. 187): “no es bueno que los mismos hombres que hacen las leyes las apliquen”. Conclui o autor: “Con la diferenciación de varios ‘poderes’ se anuda el ulterior pensamiento orgánico de introducir más amplias divisiones en el seno de los campos así diferenciados de la actividad del Estado para alcanzar un alto grado de controles y frenos (checks and controls)”.

Mauro Cappelletti (1993, p. 13) adverte que a preocupação de se deparar com um governo de juízes, combater a “criatividade” da função jurisdicional, ou seja,

¹⁶ Vladimir da Rocha França, oportunamente apresenta o pensamento de Locke nos seguintes termos: “No estado civil, os homens estabelecem por meio do consentimento uma sociedade política, em que superam as instabilidades e precariedade do estado da natureza, facilmente convertido em estado de guerra. A sociedade política passa a acumular o poder natural de todos os seus membros, tornando-se o árbitro de todas as controvérsias, baseado em regras imparciais cuja execução está autorizada a intentar: *‘Aqueles que estão reunidos de modo a formar um único corpo, com um sistema jurídico e judiciário com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com outros; mas aqueles que não têm em comum nenhum direito de recurso, ou seja, sobre a terra, estão ainda no estado da natureza, onde cada um serve a si mesmo de juiz e de executor, o que é, como mostrei antes, o perfeito estado de natureza.* Constitui tal fato, para Locke, a origem dos poderes executivo e legislativo, o julgamento por meio de leis estabelecidas para punir os atentados cometidos no seio da sociedade política, determinando, (...) *por meio de julgamentos ocasionais fundamentados nas presentes circunstâncias de fato, a que ponto as injustiças de fora devem ser vingadas, em ambos os casos empregando força de todos os membros sempre que for necessário.* O poder no qual é investido o estado civil não é absoluto. Dependerá sempre do consentimento entre os membros da comunidade social em partilhar as mesmas leis e se submeter ao julgamento e execução dessas normas, em igualdade de condições, consoante a decisão de sua maioria. Por isso lembra Locke: *Por este meio, cada pessoa considerada individualmente, igual às outras, mesmo às mais humildes, ficou sujeita a leis que ela mesma estabelecia, como parte integrante do legislativo; e ninguém, por sua própria autoridade, podia escapar à força da lei estabelecida ou por qualquer pretensão de superioridade solicitar isenção de seus próprios erros ou daqueles de seus dependentes.* Locke era adversário do Estado Absolutista. Para o pensador inglês, não podia ser admissível que tanto poder pudesse ser acumulado nas mãos de um só homem, pondo em perigo a vida e os bens dos homens, e nenhuma das teorias construídas para justificar o absolutismo, então predominante, encontravam fundamento em sua teoria (FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Revista de Informação Legislativa*, “Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke”, pp. 191-192, Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000b).

da produção do direito por obra dos juízes, subsiste desde os primórdios da "Common law".

Nesse sentido, Rui Barbosa já denunciava que toda forma de centralização se mostrou danosa para o regime representativo, tanto é verdade, que obrigam o Parlamento as garantias instituídas nas leis supremas, em virtude do princípio de que um direito garantido contra um poder se deve igualmente reputar garantido contra os outros, como comprovam os casos de direito de resistência (*idem*, p. 26).

A diferenciação das funções de governo não serve apenas à separação, porque então surgiria uma variedade de atividades estatais isoladas, sem conexão alguma, sem que tenham o fim de produzir equilíbrio. A idéia de equilíbrio domina o pensamento europeu desde o século XVI. Importa saber, então, que já não mais se trata daquela idéia de 'equilíbrio' (independência) apregoada por Montesquieu, aliás, reduzida a mero ornamento retórico no complexo direito dogmático de hoje.

O valor científico de tal tripartição, como se observa, é muito duvidoso e, conseqüentemente, alvo de muitas críticas. A título de ilustração, basta observar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Não é demais lembrar que o próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo (FERREIRA FILHO, 2006: pp. 134-135).

Igualmente irrepreensível é a doutrina de Marcelo Neves (2007, p. 80) ao tratar do tema "divisão de poderes e a diferença entre política e administração". Segundo o autor, as Constituições modernas institucionalizam a "divisão de poderes", especificamente contra a possibilidade de equiparação entre direito e política. Fato, aliás, que tem inviabilizado a concretização de isonomia real.

É por intermédio do direito que se processa a extensão da comunicação conforme o código do poder sobre a comunicação de acordo com o código jurídico. Assim, a "divisão de poderes" pode ser a própria limitação do poder político por uma esfera jurídica autônoma (perspectiva de Montesquieu). Entretanto, cumpre ainda a função de filtragem entre política e administração, e a função de prolongamento da cadeia do poder, que, do mesmo modo, não podem prescindir do apoio na Constituição.

Em análise terminativa, é através dessa prestação de direito positivo perante o sistema político (*dever ser*), que se obtém a neutralização ou imunização da administração contra interesses concretos e particulares; ela atua, então, conforme preceitos e princípios com “pretensão de generalidade”¹⁷.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E INCIDENTAL

A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803.

Consolidou-se na jurisprudência norte-americana a doutrina do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário como uma decorrência inevitável da superioridade da Constituição¹⁸ escrita em relação às demais normas. Esse

¹⁷ Nessa orientação sustenta Niklas Luhmann: “A separação entre política e administração possibilita a aplicação prática do princípio da igualdade”. É o que informa Marcelo Neves (*idem*, p. 81).

¹⁸ A respeito de hierarquia das normas constitucionais, Vladimir da Rocha França assim preleciona: “Através da Constituição, os padrões axiológicos e teleológicos a serem seguidos na produção e concretização da norma são predeterminados, vinculando toda a atividade estatal à obediência dos fundamentos e diretrizes consagrados constitucionalmente. Destes, a Constituição de 1988 destaca em seus arts. 1º e 3º, os fundamentos e diretrizes constitucionais fundamentais, as opções político-ideológicas que devem orientar o ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional. Contudo, os fundamentos e diretrizes constitucionais fundamentais somente encontram positividade quando sistematizados e ordenados em normas constitucionais, tornando possível sua individualização no caso concreto. As normas constitucionais podem ser princípios ou regras constitucionais. As normas constitucionais se encontram hierarquizadas na Constituição, para que sua aplicação não seja desordenada e incerta. A hierarquia entre as normas constitucionais ocorre da seguinte maneira: a) Em primeiro lugar, os princípios constitucionais fundamentais, expressos ou não no texto constitucional, assim qualificados por compor parte do núcleo de limites materiais ao Poder de Reforma, que incidem sobre todo o ordenamento jurídico, e aos quais se encontram subordinados os demais princípios constitucionais e as regras constitucionais; b) Em segundo lugar, os princípios constitucionais gerais, que são decorrentes e/ou subordinados aos princípios fundamentais, com incidência limitada a um determinado subsistema constitucional; c) Por fim, as regras constitucionais, subordinadas aos anteriores. Como não há hierarquia entre as regras constitucionais, na antinomia entre elas, uma terá que necessariamente excluir a outra. As regras jurídicas são ou não são constitucionais, mesmo que elas estejam formalmente na Constituição. Os princípios constitucionais guardam uma hierarquia entre si, ao sobrepor os princípios constitucionais fundamentais aos princípios constitucionais gerais. Entretanto, inexistente uma antinomia entre princípios, mas sim uma concretização proporcional dos princípios nas situações jurídicas individuais. Inexistente um princípio

modelo influenciou o Brasil que passou a admitir o controle judicial da constitucionalidade a partir da primeira Constituição Republicana, em 1891.

A partir das idéias de Hans Kelsen, na Europa se desenvolveu um outro arquétipo com vistas a assegurar a supremacia das normas constitucionais. Instituiu-se o controle de constitucionalidade em abstrato, exercido por um órgão externo ao Poder Judiciário, um Tribunal ou uma Corte Constitucional, que passaria a argüir a lei em tese e com efeito *erga omnes*. Essa forma de controle no Brasil foi definitivamente introduzida, durante o regime militar (1965), com a Emenda Constitucional n. 16 à Constituição de 1946, nada obstante a Constituição de 1934 já continha a possibilidade de representação interventiva por iniciativa do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

Como anunciado, a Carta Política de 1988 consagra o sistema misto, combinando o controle por via incidental e difuso (de influência americana)¹⁹, com o controle por via principal e concentrado (inspirado no sistema continental europeu). Isto, porque "a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social.

constitucional inconstitucional, pois ao se dar maior relevância a um em aparente detrimento de outro, não se está excluindo este do ordenamento jurídico-constitucional. Temos sim a presença mais forte de um princípio constitucional de grau hierárquico maior, sem invalidar o de grau inferior. Se há um aparente conflito entre princípios de mesma hierarquia, deve-se aplicar o princípio constitucional fundamental da proporcionalidade, que concederá ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, pesando a incidência que cada um deve ter, e, preservando-se assim, o máximo dos direitos e garantias consagrados constitucionalmente. A Constituição pressupõe uma hierarquia entre suas normas, pois do contrário, sua concretização se torna desarrazoada e insegura" (FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Perfil constitucional da função social da propriedade", capturado de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676> , em 09 de dezembro de 2007).

¹⁹ Também a ação civil pública, bem como todo o processo coletivo brasileiro, sofreu, e ainda sofre, forte influência do modelo americano. Exceto alguns pormenores técnicos, como a legitimidade para agir e a coisa julgada, não há diferenças substanciais entre as ações coletivas brasileiras e americanas. O abismo existente entre ambos os sistemas no que se refere à tutela coletiva dos direitos é conseqüência das diferenças existentes entre o direito, o processo civil e o sistema político, social e econômico do Brasil e dos Estados Unidos. As ações coletivas brasileiras são derivadas das *class actions* norte-americanas por via indireta, através da doutrina italiana. Muito embora a *class action* seja a fonte mais importante na interpretação e na aplicação do nosso direito processual coletivo, o tema ainda não recebeu a atenção merecida pela doutrina brasileira.

O controle concentrado é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal²⁰.

Em tempos de preocupação com o acesso à justiça e efetivação de direitos, assume evidente relevância o sistema difuso, em razão, sobretudo, de que essa modalidade de controle permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte²¹. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade difuso é exercido por todos integrantes do Poder Judiciário. Qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da lei no caso em exame.

4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MODALIDADE INSTRUMENTAL DO PROCESSO COLETIVO E ACESSO À JUSTIÇA

Como afiança Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 29) aquele modelo de processo, também chamado de processo civil clássico, baseia-se na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a neutralidade do juiz, a autonomia de vontade, a não ingerência do Estado nas relações particulares e a incoercibilidade do *facere*.

São cada vez mais freqüentes as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem de base. A sua defesa coletiva em regime de

²⁰ No Brasil existem cinco modalidades de controle em abstrato ou concentrado de constitucionalidade: a) ação direta de inconstitucionalidade; b) ação declaratória de constitucionalidade; c) ação de inconstitucionalidade por omissão; e, d) representação interventiva; e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (cf. arts. 102, I, 103, §§ 1º e 2º, 129, IV, CFRB).

²¹ Lenio Luiz Streck, argumenta haver uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o exercido pelos tribunais. Segundo sustenta, ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, mas apenas deixa de aplicá-lo (STRECK, Lenio Luiz. "Jurisdição constitucional e hermenêutica": uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 456).

litisconsórcio ativo é, nos termos do CPC (art. 46 e ss.), inviável do ponto de vista prático.

Por seu turno a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora porque do ponto de vista do titular do direito, o custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido amplo (financeiro, emocional, profissional, social), sobretudo, se somado a isto o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência.

Cappelletti e Gerth citados por Alonso Jr. (2006, p. 196), destacam que atualmente existe uma verdadeira simbiose entre o acesso à justiça e a legitimação para a tutela dos direitos coletivos, com o escopo de conseguir um eficiente acesso ao Judiciário. Destaca o autor, nas vozes prelecionadas, o que denominam de três 'ondas', cronologicamente cadenciadas, do movimento rumo à tutela coletiva: a) a primeira foi a idéia de assistência judiciária; b) a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para interesses 'difusos', especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e, c) a terceira é que chamamos de acesso à justiça. Esta última tem o condão de incluir os posicionamentos anteriores e ir muito além deles, dessa forma, consubstancia-se numa tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Nesse contexto surgiram as experiências brasileiras no domínio das ações coletivas, destinadas a enfrentar e dar solução a controvérsias de grande dimensão subjetiva. Inspiradas nas *class action for damages* do direito norte-americano, as ações coletivas têm, como aquelas, vertentes bem definidas.

O legislador não poderia ficar insensível às inquestionáveis vantagens que decorrem da concentração, num único ou em alguns poucos processos, da tutela de direitos individuais "semelhantes", resultantes de lesão perpetrada a grande número de indivíduos envolvidos em situação com características comuns.

O emprego das ações constitucionais implica uma série de dificuldades, sobretudo em decorrência das especificidades que cercam cada uma delas; isto porque, naturalmente, algumas ações têm grau de complexidade mais elevado que outras. Por exemplo: enquanto o uso do "habeas corpus" em sede de controle difuso de constitucionalidade não se reveste de muito enredamento, considerando que os efeitos da decisão somente aproveitam à parte suplicante, discute-se o alcance da

provocação de inconstitucionalidade em sede de mandado de segurança, especialmente na modalidade coletiva, hipótese que pode abranger a ação popular, em muitas situações, bem como a ação civil pública, em defesa de direitos sociais fundamentais²².

Numa perspectiva comparada Antonio Gidi (2007, p. 15), destaca alguns requisitos que devem ser observados para a propositura da ação coletiva: a) o grupo titular do direito violado seja tão numeroso que o litisconsórcio seja impraticável; b) exista uma questão comum, de fato ou de direito, unindo as pessoas interessadas em um grupo mais ou menos uniforme; c) o representante tenha as mesmas pretensões dos demais membros do grupo, sendo um representante típico dos interesses do grupo; d) o autor represente adequadamente os interesses dos demais membros do grupo.

Hipóteses de cabimento que autorizam a propositura da ação coletiva, que somente poderá prosperar se a situação fática (o conflito coletivo) se subsumir em uma das três amplas categorias previstas na lei, todas relacionadas aos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, aliás, em todo caso, situações onde a titularidade dos direitos encontra-se calcada na supraindividualidade. Há que se destacar, contudo, que não sem justificativa o processo coletivo poderá suprimir direitos nomeadamente individuais²³.

²² Vladimir da Rocha França define os direitos fundamentais como direitos constitucionais (individuais, sociais, econômicos, políticos e ambientais), baseados na norma constitucional (princípios e regras constitucionais), que têm existência jurídica incondicionada e inviolável, gozando de supremacia jurídica sobre dos demais direitos constitucionais e infraconstitucionais. Em trecho, adverte o autor que a concretização desses direitos não pode estar condicionada por normas remissivas ou programáticas, sob pena de "paralisa constitucional" (FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Perfil constitucional da função social da propriedade", capturado de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>, em 09 de dezembro de 2007). Noutra oportunidade o professor citado leciona que as diretrizes constitucionais estabelecem objetivos para o Estado e para sociedade, os quais deverão ser alcançados por instrumentos jurídicos (FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988". *In*: Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 2. Nº 4. Recife: ESMape, abril/junho de 1997, p. 481).

²³ Teori Albino Zavascki chega a afirmar que os direitos individuais homogêneos não estariam sob o alcance da LACP, por não prestar-se, tecnicamente, o *nomen juris* à tutela de direitos dessa natureza. Segundo o autor, para esses direitos, o procedimento deveria ser outro; terminando, então, por sugerir diferente nomenclatura: "ação coletiva ou ação civil coletiva" - termos já empregados pelo

O processo nesses casos é *sui generis*, portanto; possuindo aspectos não só do processo de conhecimento, como também do processo cautelar e do processo de execução. A esses processos dá-se a execução provisória da sentença. São, acima de tudo, ações cognitivas, nas quais, em geral, há uma concentração do iter procedimental, por suprimidas a possibilidade de produção de provas em momento especialmente destinado a isso. Assim, as provas, em geral, são pré-constituídas e apresentadas já com a inicial²⁴, e a necessidade de produzi-las posteriormente, em se fazendo presente, faz com que se remeta a ação para o rito comum ordinário (GUERRA FILHO, 2005: p. 11).

Assim, durante muito tempo, não se admitiu a utilização da ação civil pública em sede de controle incidental de constitucionalidade, tendo em vista que a decisão que afastava a incidência de determinada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional possuía o mesmo efeito das ações diretas de inconstitucionalidade. Nada obstante o imediatamente postulado, vejamos a seguir o posicionamento de alguns doutrinadores acerca da hipótese que nos move.

5. DOCTRINA E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE INCIDENTAL E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 A tese de Gilmar Ferreira Mendes

CDC (art. 91) -, para logo depois reconhecer que tanto a legislação quanto as jurisprudências do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e do STF (Supremo Tribunal Federal) conferem a denominação de ação civil pública para *todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo, inclusive para as que tratam de direitos individuais homogêneos* (ZAVASCKI, Teori Albino. "Processo coletivo" – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.65).

²⁴ Trata-se do princípio da eventualidade que em sua conceituação ampliativa é princípio segundo o qual as partes têm o ônus de apresentar, concentrada e simultaneamente, em um único ato, todas as alegações e meios de prova pertinentes, ainda que de natureza diversa ou incompatíveis entre si, para a eventualidade de não ser acolhido algum dos argumentos utilizados, cabendo ao juiz utilizar o subsequente. Tal princípio também recebe a denominação de "princípio de ataque e defesa global", "princípio de acumulação eventual" ou "princípio da concentração" (cf., TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. "O princípio da eventualidade no processo civil". Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 10. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24).

Tal conjuntura levou Gilmar Mendes a posicionar-se contra a aplicação da ação civil pública no controle de constitucionalidade. Segundo o autor, uma vez admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo Pretório Excelso no caso concreto tem apenas eficácia entre as partes, competindo a extensão da decisão ao Senado Federal (MENDES, 1999, p. 355 e seguintes)²⁵.

Diz o autor que ação civil pública não se confunde pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de “processos subjetivos”. Destaca, que a ação civil pública se aproxima muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público. Infere daí, que não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*” (MENDES, 2005: p. 202).

²⁵ A Constituição brasileira, em seu art. 52, X, dispõe que compete privativamente ao Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Duas controvérsias surgiram acerca do alcance desse artigo. A primeira consiste na afirmação de que o STF estabeleceu que somente nos processos de controle em concreto da constitucionalidade, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é proferida de forma incidental (com efeito entre as partes), há necessidade de comunicação da decisão do Senado, para que este órgão providencie a suspensão da executoriedade da lei. Transitada em julgado, a decisão no caso concreto produz efeitos *ex tunc* e *inter partes*. Tão logo publicada a resolução do Senado Federal, suspende-se a executoriedade da lei, com a extensão dos efeitos *ex nunc* e *erga omnes*. Contudo, a resolução do Senado não invalida, nem revoga a lei declarada inconstitucional pelo STF, apenas lhe retira a eficácia jurídica, produzindo efeitos em relação a todos a partir daquela data. Em decisões proferidas no controle direto ou em abstrato da constitucionalidade já não há necessidade dessa comunicação, já que a decisão *de per se* já produz efeitos *erga omnes*. A segunda celeuma diz respeito ao fato de que o Senado Federal não é obrigado a suspender a executoriedade da lei assim que recebe a comunicação da decisão definitiva proferida pela via incidental, em razão de que os Poderes Judiciário e Legislativo são “independentes”. A decisão do STF não vincula o Senado, que age com absoluta discricionariedade, podendo optar pela suspensão imediata ao aguardar por outras decisões proferidas num mesmo sentido. Há que se ressaltar que ambas dificuldades já foram solucionadas pela jurisprudência constitucional pátria.

Por silogismo simples, conclui 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.

Nessas condições, propõe o autor, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

O autor chega a cogitar em hipóteses de controle de constitucionalidade em ação civil pública, de suspensão do processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal via argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Sugere simples alteração da Lei 9.882 de 1999 (lei que dispõe sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental) e da Lei 7.347 de 1988 (Lei da ação civil pública) poderia permitir a mudança proposta, elidindo a possibilidade de decisões conflitantes, no âmbito das instâncias ordinárias e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com sérios prejuízos para a coerência do sistema e para a segurança jurídica.

Em análise terminativa, Gilmar Mendes (*idem*, p. 204-205) chega a admitir que não se pode negar que a abrangência emprestada - e que se há emprestar à decisão proferida em ação civil pública - permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal.

5.2 A tese de Mauro Cappelletti

Informa Mauro Cappelletti que sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juizes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais,

têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento (CAPPELETTI, 1999: pp. 76-77).

Diferente é o sistema francês, onde se exclui o controle de constitucionalidade propriamente "jurisdicional", admitindo, ao invés, apenas um tipo de controle de caráter puramente "político". Isto se deve ao fato de que a experiência em França mostrou que seus juízes muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com fortes tendências absolutistas; "mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso"²⁶, como assevera Cappelletti (idem, pp. 94-95).

5.3 A tese de Edilson Pereira Nobre Junior

É incontestado que a primazia da interpretação constitucional aqui no Brasil cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), mas não o monopólio da aplicação da Constituição. Tampouco, pode a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque "não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova" (MOREIRA ALVES citado por NOBRE JÚNIOR, 2006: p. 112).

²⁶ João Maurício Adeodato, trazendo à lume o contexto hodierno, destaca: "Deve-se lembrar que os procedimentos marginais de solução de conflitos não vão necessariamente de encontro à lei. O mundo da periferia do capitalismo ocidental mostra uma pluralidade de pirâmides, na imagem positivista, pluralidade de ordenamentos jurídicos diante da ineficiência do Estado em sua pretensão de monopólio na produção de normas coercitivas. Em suma, as diversas ordens jurídicas da sociedade contemporânea, hoje tornada global em alguns de seus aspectos, exibem as mais diferentes formas retóricas e procedimentais para obter um controle de algum modo eficaz sobre os conflitos. Suas estratégias de legitimação jurídico-política, sobretudo nos países periféricos, parecem bem mais multifacetadas do que os procedimentos de argumentação forense ou parlamentar nos países desenvolvidos podem sugerir" (ADEODATO, João Maurício. "Ética e retórica": para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77). Tomando de empréstimo a preleção de Fabiano Mendonça, não se toma a lei aqui como um produto do debate político, mas como o ponto de partida, como a opinião que se acrescenta à realidade, ao fato, e a partir da qual se concretiza a vontade política do Estado (MENDONÇA, Fabiano. "Limites da Responsabilidade do Estado". Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 77, 2003).

Noutras palavras, embora seja o STF o guardião da Constituição, somente será considerada válida a sua interpretação/aplicação, quando dentro de limites éticos e políticos que ainda servem de norte para o constituinte fundador, os quais ratificam aqueles requisitos indispensáveis à manutenção da sociedade: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem de todos sem qualquer espécie de discriminação etc. (arts. 1º e 2º, CF/88). Assim, de acordo com a Emenda Constitucional nº 03/1993, o Chefe do Executivo, até que o Judiciário se pronuncie de maneira inconfundível e em definitivo acerca da (in)constitucionalidade da lei, ainda poderá se recusar a executá-la, informa Edilson Pereira Nobre Junior.

Contudo, quando o assunto é controle de constitucionalidade incidental, Edilson Pereira Nobre Junior parece seguir o entendimento de Gilmar Mendes, chegando a afirmar – no tocante a aplicação da ADPF - que “malgrado entendimento adverso, há de ser inferida pela não admissibilidade de outro meio processual eficaz para a impugnação do ato violador do preceito fundamental, o qual, indistintamente, poderá ser de índole subjetiva ou objetiva” (2004, p. 121).

5.4 A tese de Rodolfo de Camargo Mancuso

O autor com precisão destaca que na realidade os chamados interesses difusos assemelham-se, em certa medida, às conhecidas “liberdades públicas”, tendo em vista que, as duas classes possuem em sua essência, o gênero humano e a importância da personalidade humana, sobretudo, no que se refere ao seu contexto de inalienabilidade e imprescritibilidade.

Entretanto, essa paridade não se demonstra absoluta, em decorrência do fato de que, atualmente, já se acolhe que uma “liberdade pública”, do modo como se apresenta, necessita ser amparada por um direito (subjetivo público²⁷) que venha a

²⁷ O direito objetivo é aquele que não pertence a ninguém socialmente, é um dado cultural composto de normas e instituições. Já o direito subjetivo faz dos sujeitos titulares de poderes e obrigações, podendo ser considerado também a garantia do que foi conferido pelo direito objetivo. Ainda no contexto do público e do privado vale salientar dois conceitos importantes, o de capacidade e competência para diferenciar o “agir” no âmbito público e no privado. A capacidade expressa uma aptidão; o sujeito de direitos e deveres. Já a competência sana o poder jurídico doado ao órgão da pessoa jurídica, o sujeito da forma as relações jurídicas de terceiros.

torná-la diligente e exigível, evidenciando, assim, uma real "credibilidade" do indivíduo frente à coletividade e ao Estado.

Algumas barreiras de ordem política - além de certos óbices (superáveis) de caráter técnico-jurídico - são enfrentadas no que tange ao acesso dos interesses difusos à justiça. O princípio da ubiqüidade (ou da indeclinabilidade) da justiça é a resposta a tais objeções, o qual não permite sejam subtraídas da apreciação jurisdicional as controvérsias não dirimidas de maneira satisfatória entre os contraditores.

Nessa esteira os interesses difusos não são uma exceção, considerando-se que, em não sendo tutelados por outros meios, podem e devem ser submetidos ao Judiciário. Dessa forma, não se pode sustentar a idéia de que haveria uma suplência da atividade jurisdicional nessa área o que, conseqüentemente, não provoca uma suposta "usurpação" de atribuições dos outros Poderes. É forçoso que cada um deles cumpra suficientemente os seus respectivos misteres, considerando a harmonia e a independência existente entre eles (art. 2º, CF/88).

Completa o insigne o professor que o conceito de interesse processual em sua vertente clássica, deve ser interpretado de maneira cautelosa no que tange aos interesses difusos. Assim, entende presente o interesse processual quando o recurso ao Judiciário se mostre adequado e eficaz à tutela pretendida, até mesmo no que se refere à urgência do provimento cabível.

Todavia, conclui o autor, a situação que demonstra que tais interesses poderiam ou deveriam ser tutelados em outra sede, não impede o juízo positivo de admissibilidade da ação coletiva e de seu julgamento pelo mérito, tendo-se em vista que - sobretudo no que se refere à urgência no atendimento à situação temida ou lamentada -, não raramente a via jurisdicional apresenta-se como sendo a mais diligente. (MANCUSO, 2004: pp. 295-296).

5.5 A tese de Lenio Luiz Streck

Para o autor as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico em especial, mas, sobretudo, na proteção do interesse público, com o que qualquer ambição de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processo apenas às partes formais do processo culminaria com sua completa nulificação.

Realça a importância do contributo para a sustentação da tese da admissibilidade da utilização do controle difuso em sede de ação civil pública, afirmando que uma lei perde sua eficácia, ou seja, não poderá jamais ser aplicada novamente, quando declarada inconstitucional em sede de controle concentrado. Por outro lado, no que tange ao controle difuso, há a possibilidade da lei ser aplicada para os não envolvidos na demanda, perdendo somente sua eficácia para as partes envolvidas. Dessa forma, em sede de controle difuso, no bojo de uma ação civil pública, uma vez declarada inconstitucional, nada obsta que a lei, no seguinte, torne a ser novamente aplicada.

Informa o autor, que isso se dá em decorrência do emprego dos conceitos de vigência e eficácia da lei, tomando-se como ponto de partida suas conseqüências advindas das particularidades provindas do controle concentrado de constitucionalidade - que no sistema jurídico tem a função de nulificar a lei produzindo efeito *erga omnes* -, e do controle incidental difuso de constitucionalidade - que possui a função de retirar a eficácia da lei para o caso concreto específico.

Nesse sentido, a regra é de que, as implicações da declaração incidental ficam suspensas quando o STF remete a decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso ao Senado para que decida acerca da possibilidade de revogação da lei impugnada. Assim, o ato normativo não perde a sua eficácia.

Muito embora os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo possuam uma influência que supere uma simples relação entre as partes, especificamente no caso da ação civil pública, não se pode entender que a mesma se eleve a sucedâneo do controle concentrado de constitucionalidade, conclui o autor (STRECK, 2004: pp. 486-495).

5.6 A tese de Ada Pellegrini Grinover

Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 13) é pioneira na idéia de elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, com o escopo de aperfeiçoar o sistema, sem desfigurá-lo. Tal projeto dá destaque especial em seu capítulo II, o qual é dividido em duas seções, à ação civil pública. A primeira é voltada às disposições gerais, deixando expresso o cabimento da ação civil pública como instrumento do

controle difuso de constitucionalidade. A segunda, trata da ação civil pública para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos.

6. CONCLUSÕES

A perspectiva de um sistema de tutela coletiva de direitos ganhou azo a partir do momento que o art. 117 do Código de Defesa do Consumidor passou a interagir com a Lei da Ação Civil Pública, maximizando a tutela dos interesses difusos e coletivos já identificados pelo legislador e instituindo um sistema processual coletivo até então inexistente em nosso país.

A insuficiência de teorização nesta seara revela uma grande lacuna institucional, o que tem inibido o desenvolvimento de uma justiça constitucional propriamente dita, em que pese os argumentos apresentados por Gilmar Mendes, tarefa exercida insatisfatoriamente pelo Supremo Tribunal Federal, cujos membros são escolhidos a partir dos desígnios do Presidente da República, para desempenharem atribuições de caráter jurídico e não assumidamente políticos, como já corre nos moldes europeus.

No que se refere à aplicação de ADPF's nos moldes acima propostos, entendemos que controvérsias entre leis ou atos de governo e normas constitucionais, não são hipóteses idênticas ao descumprimento por parte da Administração Pública de um preceito fundamental, e devem, portanto, ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, conforme o caso.

A tentativa de suggestionar o legislador ordinário consubstancia manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Tal empreitada pode ser explicada pelo fato de que a legitimidade para propor a ADPF ficou restrita às pessoas e órgãos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade, em contraposição à inegável ampliação de acesso à jurisdição constitucional proporcionada pela ação civil pública, sobretudo na tutela subjetiva de direitos individuais homogêneos.

Tal resistência pode ser explicada na tradição do *civil law* à brasileira, que em matéria de tutela coletiva de direitos resiste em romper com a forma, a qual durante

muito tempo manteve o processo como instrumento de manutenção do *status quo*, nada obstante o discurso fosse de uma jurisdição não política.

Atualmente a ação civil pública apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses supraindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo "limbo jurídico"; hipótese, portanto, de instrumento eficaz de acesso à ordem jurídica justa, apto a realizar os seus verdadeiros escopos jurídicos, políticos e sociais, o qual se revelou como instrumento eficiente na defesa de direitos transindividuais.

Como se observou, a ação civil pública prevista na Lei 7.347/85 e art. 129, III, CF/88, enceta a idéia de fundamentalidade material, a qual insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Daí por que mesmo sem estar topicamente dentre os direitos fundamentais merece esse *status*, pois, instrumentaliza conteúdos típicos de defesa e construção da cidadania.

Essa modalidade de ação provoca o exercício da jurisdição constitucional para tutela jurídica da ordem subjetiva, especialmente porque no trato com direitos fundamentais o alto grau de interesse público torna-se evidente, fato que tem determinado um procedimento especial (regulado em leis extravagantes), quase sempre insuficiente de mecanismos eficientes no Código de Processo Civil em vigor, contudo ainda integrantes do processo civil dito comum.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALONSO JR, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 10. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Tradução: Sérgio Bath. Tradução das expressões latinas: Janet Melasso Garcia. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. L. Favoreu et al. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-662.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Reimpressão. Porto Alegre: SAFe, 1999.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFe, 1993.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa* – No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000a.

_____. Revista de Informação Legislativa, *Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke*, pp. 191-192, Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000b.

_____. *Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988*. In: Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 2. Nº 4. Recife: ESMAPE, abril/junho de 1997, pp. 467/495.

_____. *Perfil constitucional da função social da propriedade*, capturado de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676> , em 09 de dezembro de 2007.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada. *Rumo a um código brasileiro de processo coletivo*. In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coordenador: Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-16.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Traduzida da 8. edição italiana, por Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

GROTTI, Dinorá Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In Direito Administrativo Econômico, 1ª ed., 2ª tir., p. 39-71.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON E JAY. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Biblioteca Tempo Universitário 75. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 5. ed. rev., atual. e ampl., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coordenador: Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 195-205.

MENDONÇA, Fabiano. *Limites da Responsabilidade do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed., rev. e aumentada. Vol. II. São Paulo: Max Limonad, 1953.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: SAFe, 2004.

_____. *Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília – ano 43 – nº 170, abril/junho – 2006. (Separata / Senado Federal / Secretaria de Editoração e Publicações / Subsecretaria Especial de Edições Técnicas).

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. *Recurso especial*. Recursos no Processo Civil. V. 9. Orientação de Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Prólogo de Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Teoría de la Constitución*. 4. reimp. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión espanhola de Francisco Ayala. Madrid, Espanha: Alianza Editorial, 2003.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Coleção Justiça e Direito. Tradução: Fernando Santos. Revisão de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 10. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.