

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE AÇÕES COLETIVAS

Marcelo Borges de Mattos Medina*

Sumário: I. Introdução. II. Controle incidental de constitucionalidade: técnica de decisão e natureza da questão constitucional debatida. III. Questão prejudicial de inconstitucionalidade e limites objetivos da coisa julgada. IV. Ações coletivas e controle da constitucionalidade. V O controle coletivo da constitucionalidade e a subsistência da utilidade da lei declarada inconstitucional. VI. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO.

A declaração incidental de inconstitucionalidade, ainda que proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não tem o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário. Como é sabido, somente a prática, sob determinadas condições, de um ato político – a edição de uma resolução pelo Senado, nos termos do art. 52, X, da Carta Magna – pode conferir à decisão lavrada *incidenter tantum* a mesma autoridade de que se revestem os pronunciamentos do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O controle difuso-incidental não conduz, por si só, a que se extirpe a lei impugnada do ordenamento jurídico. Nele não se anula ou revoga ato normativo algum; tão-só resolve-se uma lide deduzida em juízo. Em conseqüência, a sentença que o exercita não faz coisa julgada senão *inter partes*, nos limites do caso concreto. Bem diferente, portanto, no que diz respeito à autoridade dos julgados, é a fiscalização constitucional nesses termos praticada daquela que se efetua no sistema concentrado-principal¹.

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.
¹ Anota LUÍS ROBERTO BARROSO “que incidental não é sinônimo de difuso, tampouco principal é sinônimo de concentrado” (Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in* O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99, obra coletiva organizada por Daniel Sarmiento, p. 245). De fato, há, mesmo no país, exemplos de controle incidental e, a um só tempo, concentrado. No que diz respeito, todavia, às modalidades de fiscalização constitucional de que cuida este estudo, há sempre correspondência entre o controle incidental da constitucionalidade das leis e dos atos normativos gerais e abstratos e o controle difuso, bem como entre o controle principal e o concentrado. Empregando-se as expressões *controle incidental* e *controle principal*, quer-se referir, a propósito, o modo pelo qual a fiscalização constitucional é exercida. Já com as expressões *controle difuso* e *controle concentrado*, quer-se aludir aos órgãos que podem desempenhar tal fiscalização: no primeiro caso, todos os tribunais e juízes, federais ou locais, ordinários ou especiais, ou quem quer que legitimamente exerça a função jurisdicional (cf. C. A. LÚCIO BITTENCOURT, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis., p. 35); no segundo, o Supremo Tribunal Federal ou os Tribunais de Justiça estaduais, como órgãos de cúpula do Poder Judiciário nas órbitas nacional e estadual, respectivamente.

Em verdade, nesse aspecto – tanto quanto, aliás, no que concerne aos órgãos aos quais pertence o poder de controle e ao modo por que tal poder é exercido – os dois tipos básicos de jurisdição constitucional adotados no país mostram-se complementares. De um modo geral, por isso, não se encontram maiores dificuldades na compatibilização das decisões tomadas em cada um deles: tais decisões se equacionam, cobrindo, talvez como em nenhum outro ordenamento jurídico, os campos em que pode ser exercido o controle de constitucionalidade. Mas, daí, não se segue seja sempre fácil conciliá-las.

Acrescente-se um elemento à equação – as ações coletivas tendentes a pronunciamentos judiciais que produzam coisa julgada *erga omnes* – e perplexidades surgem no convívio entre os sistemas concentrado e difuso. Em face da referida extensão subjetiva da *auctoritas rei iudicatae*, que LIEBMAN ensinou ser a qualidade que “torna imutáveis os efeitos produzidos pela sentença, porque os consolida e os assegura do perigo de uma decisão contraditória”², adquire força a opinião segundo a qual essas ações coletivas não se prestam ao exercício do controle incidental da constitucionalidade. Não poucos autores sustentam semelhante ponto de vista, impressionados pelo argumento de que, desse controle, resultaria a invasão da competência concentrada do Supremo Tribunal Federal para declarar, com autoridade *erga omnes*, a inconstitucionalidade das leis.

Haverá, porém, efetiva incompatibilidade prática entre o controle difuso da constitucionalidade exercido por intermédio de ações coletivas e a competência que o STF desempenha privativamente como Corte Constitucional ?

Ressalte-se, desde logo, que é somente tal contradição prática entre decisões que repugna ao Direito. “É pacífico” – assinala LIEBMAN – “que a lei não se preocupa com o simples conflito lógico ou teórico dos julgados e não o impede”³. Pouco importa, por isso, que um tribunal tome certa lei por constitucional e outro, em hipótese distinta, pronuncie, ao revés, a sua inconstitucionalidade. Contradições como essa podem até ser consideradas inconvenientes e o ordenamento jurídico prevê instrumentos destinados a uniformizar o entendimento em torno da questão constitucional, como o recurso extraordinário, por exemplo. Entre tais instrumentos, no entanto, não se inclui a chamada objeção de coisa julgada, somente oponível para evitar julgados praticamente inconciliáveis.

² Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, p. 182.

³ Ob. cit., p. 102.

Mas será, então – insista-se –, que a declaração incidental de inconstitucionalidade de um ato normativo, no julgamento de uma ação coletiva apta a produzir coisa julgada *erga omnes*, realmente obsta a que o STF resolva a controvérsia constitucional em abstrato no julgamento de uma ação direta ?

Tal indagação será respondida no presente trabalho, que pretende identificar os limites da *auctoritas rei iudicatae*, que qualifica as sentenças de mérito prolatadas no exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis. E é com esse fito que se passa a estudar, já agora, a natureza da declaração incidental da inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos.

II. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA DE DECISÃO E NATUREZA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DEBATIDA.

No campo do controle difuso-incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade prende-se invariavelmente a um caso concreto e não constitui o objeto da decisão. De tal modo, o juiz ou o tribunal “não anula, rescinde, cassa, destrói ou revoga a lei”, conforme a exata Lição de C. A. LÚCIO BITTENCOURT⁴, mas limita-se, com fundamento na inconstitucionalidade, a deixar de aplicá-la ao caso que lhe é apresentado. O órgão jurisdicional, em outras palavras, subtrai um dado caso da esfera de incidência da lei impugnada, sem, nem por isso, abalar a eficácia, a força e o caráter imperativo que lhe são inerentes. Ao verificar a incompatibilidade entre duas normas jurídicas que se ajustariam à espécie – a Constituição e a lei –, o julgador resolve o problema tão-somente com a prevalência do diploma de maior hierarquia. É isso o que, segundo o autor citado, o Min. CASTRO NUNES denominava de *técnica de declaração de inconstitucionalidade*⁵.

O controle incidental realiza-se, assim, por meio da interpretação do Direito ou, mais precisamente, mediante a identificação das normas legais que devem reger a relação jurídica litigiosa. MAURO CAPPELLETTI, nesse sentido, ensina que a questão constitucional há de resolver-se segundo o critério *lex superior derogat legi inferiori*,

⁴Ob. cit., p. 135. No mesmo sentido, ALFREDO BUZARD, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, p. 81.

⁵Ob. cit., p. 99.

equiparável a outras regras usuais de interpretação, como a *lex posterior derogat legi priori* e a *lex specialis derogat legi generali*⁶.

Observa-se, pois, que a fiscalização difusa da constitucionalidade assume a condição de uma etapa a ser percorrida pelo julgador no raciocínio que tem de desenvolver, para decidir a lide submetida à sua apreciação. A questão constitucional configura antecedente lógico do pronunciamento judicial que há de versar sobre a relação jurídica existente entre as partes litigantes. Tal questão reveste, por conseguinte, como se demonstrará, todas as características de uma questão prejudicial. Sobre isso, a propósito, é pacífica a doutrina⁷, conquanto ainda haja acentuado dissenso em torno do que seja exatamente questão prejudicial.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em já clássica tese de concurso, adverte para a circunstância de que “está longe de ser unívoca a acepção em que costuma aparecer na literatura processual, brasileira e estrangeira, a expressão ‘questões prejudiciais’”⁸. Comum às principais formulações em torno do tema seria apenas o reconhecimento daquela ordem lógica que conduz o juiz a resolver algumas questões antes de outras. Dessa trilha comum, afirma o insigne jurista, “irradiaram-se duas principais tendências doutrinárias”⁹. A primeira incluiu no conceito de questão prejudicial todas as questões cuja solução deva preceder logicamente a de outras, sendo-lhe característico “o uso promíscuo dos adjetivos ‘prejudicial’ e ‘preliminar’”¹⁰. A segunda, arbitrariamente, “restringiu o conceito de ‘questões prejudiciais’ para fazê-lo abranger apenas as questões prévias de mérito (...). E reservou em geral a designação de ‘preliminares’ para as questões referentes ao processo e às chamadas ‘condições da ação’”¹¹.

Retornando às origens romanas e dissecando os equívocos de uma e outra tendência, o eminente processualista procura, então, reconstruir o conceito de questão

⁶ O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado, p. 75.

⁷ Ver, por todos, CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro, p. 91.; LUÍS ROBERTO BARROSO, ob. cit., p. 246; GILMAR FERREIRA MENDES, Controle de constitucionalidade, p. 200.; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, Do controle da constitucionalidade, p. 64.; JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, v. IV, p. 110.

⁸ Questões prejudiciais e coisa julgada, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, n.º 16, p. 158.

⁹ Idem, p. 159.

¹⁰ Como representantes dessa corrente, BARBOSA MOREIRA arrola CALAMANDREI, C. CARVALHO, J. F. MARQUES e MOACYR AMARAL SANTOS (Idem, ibidem).

¹¹ LIBBMAN teria sido o maior partidário dessa tese, que, consoante BARBOSA MOREIRA, nos últimos anos vêm se impondo com mais força (Idem, pp. 159 e 160).

prejudicial. Assenta seu raciocínio na percepção de que, entre duas questões, pode haver duas espécies distintas de relações. “Com efeito”, escreve, “a solução de certa questão pode influenciar a de outra: (a) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra; ou (b) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida”¹². Em seguida, de modo a preservar ao máximo o conteúdo histórico das expressões, designa as relações contidas na letra “a” de preliminares e as encerradas na letra “b” de prejudiciais. E evita, assim, o vício dos que, referindo-se indistintamente a questões prejudiciais e a questões preliminares, reúnem “entidades heterogêneas no mesmo item de uma classificação”¹³.

Ademais, e de outra parte, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA refuta também a classificação das diferentes questões segundo a natureza de cada uma delas, quando consideradas em si mesmas. As *preliminares* e as *prejudiciais*, adverte, podem verificar-se sem nenhuma variação de suas características essenciais, no âmbito do *meritum causae*, no plano das condições da ação ou no terreno puramente processual¹⁴. Daí se segue que tanto pode haver questões preliminares de mérito, como a referente à prescrição, quanto questões prejudiciais tipicamente processuais.

Na perspectiva adotada pelo acatado professor, em suma, “o critério discretivo entre prejudiciais e preliminares há de ser buscado na diferenciação entre os dois tipos de influência acima descritos”. A expressão “questões preliminares” será, assim, reservada “para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o sentido em que estas outras hão de ser resolvidas”¹⁵. A denominação de “prejudiciais”, por sua vez, “será aplicável às questões de cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões”¹⁶.

No presente trabalho, acolhem-se por inteiro as lições de BARBOSA MOREIRA. E, à luz da doutrina que elas revelam, a questão constitucional suscitada incidentalmente pode, agora com precisão, ser referida como questão prejudicial: sua solução condiciona, efetivamente, o teor ou o conteúdo da decisão relativa à questão dita *principal* ou *prejudicada*, que será resolvida num ou noutro sentido, conforme se aplique a

¹² Idem, p. 169.

¹³ Idem, p. 170.

¹⁴ Idem, ibidem.

¹⁵ Idem, p. 175.

¹⁶ Idem, p. 173.

lei impugnada ou a Constituição, acompanhada das normas que por aquela teriam sido revogadas¹⁷.

III. QUESTÃO PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE E LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA.

Eis que chegamos a um ponto crucial do presente estudo. Visto que a questão constitucional, no controle difuso, adquire todos os contornos de uma prejudicial, resta saber se sobre essa questão – ou, noutros termos, se sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade – estende-se a autoridade da coisa julgada material. Antes de tudo, porém, advirta-se para a circunstância de que só faz sentido essa investigação nos casos em que o pronunciamento sobre a questão prejudicial é capaz de tornar-se, ele mesmo, imutável. E isso porque, “se não o for, excluída ficará, *ipso facto*, a possibilidade da *res iudicata* no pronunciamento sobre a prejudicial”¹⁸. A observação, que inadvertidamente se poderia tomar por um truísmo, é, aqui, relevante na medida em que pode a questão prejudicial, a teor da doutrina acima perfilhada, ser apreciada por ocasião do exame de aspectos eminentemente processuais¹⁹. E, sendo essa a hipótese, não há, absolutamente, sentido em cogitar-se de incompatibilidade prática entre decisões proferidas no controle difuso e no controle concentrado.

O ponto que, neste item, vai discutir-se concerne ao problema de se determinar, numa decisão judicial, qual a matéria suscetível de se qualificar pela imutabilidade própria da coisa julgada. Em uma palavra, importa, agora, fixar os limites objetivos desse instituto processual.

A teoria clássica de SAVIGNY em torno do assunto partia da distinção entre

¹⁷ Em se entendendo que a lei inconstitucional padece, *ab initio*, de nulidade, é forçoso concluir que a legislação anterior, que teria sido revogada não fosse essa nulidade, deve continuar a ser aplicada. Esse é o entendimento dominante no país, firmado pelo STF no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais as decisões produzem *efeitos repristinatórios*. Tudo recomenda que assim se posicionem os tribunais também no que concerne ao controle difuso (cf., acerca do efeito repristinatório, LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 87 e ss.; e CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, *ob. cit.*, pp. 249 e 250).

¹⁸ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.*, p. 214.

¹⁹ Não assiste razão a quantos autores se referem à questão de inconstitucionalidade como sendo, necessariamente, uma prejudicial de mérito. Não só a doutrina, mas também a prática estão a refutar esse entendimento. Basta recordar, nesse sentido, que a própria decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana no célebre caso *Marbury v. Madison*, que consagrou o controle difuso da constitucionalidade, versou sobre a competência do Tribunal e não, em última análise, sobre o mérito da causa (cf. CHARLES A. BERAD, *A Suprema Corte e a Constituição*, p. 115).

motivos objetivos e subjetivos da decisão para concluir que a *actoritas rei iudicatae* abrangia aqueles e não estes. Tais motivos subjetivos seriam, meramente, as razões que impressionam o espírito do juiz e o levam a decidir num ou noutro sentido. Os motivos objetivos, por sua vez, seriam, conforme recorda BARBOSA MOREIRA, “os elementos ou partes constitutivas das relações jurídicas cuja afirmação ou negação põe os fundamentos do *decisum*”²⁰.

Essa doutrina, que certamente herdou muito do prestígio de seu idealizador, para quem “se nos limitássemos à ‘expressão abstrata do julgamento’, sem lhe penetrarmos o sentido, que só o conhecimento do raciocínio do juiz é capaz de aclarar, tornar-se-ia ‘absolutamente impossível’ a invocação da *actoritas rei iudicatae* em processo anterior”²¹, teve profunda influência entre nós²². E, assim, orientou a interpretação dominante do dispositivo do Código de Processo Civil de 1939 pertinente aos limites objetivos da coisa julgada, que dispunha, *in verbis*:

“Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.
Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.”

A referida interpretação dominante, esposada por quantos se guiavam pelas linhas traçadas por SAVIGNY – malgrado algumas vezes rejeitando-as, contraditoriamente – firmou-se no sentido de que a solução das questões prejudiciais de mérito fazia coisa julgada material. De tal modo, como corolário desse entendimento, uma vez resolvida a controvérsia constitucional em um processo, não se poderia admitir novo pronunciamento judicial sobre a matéria, ao menos não entre as mesmas partes ou com aptidão para tornar-se imutável nos mesmos limites subjetivos. E, então, efetivamente, a prevalecer essa tese, seria impraticável o controle incidental de inconstitucionalidade por intermédio de ações coletivas tendentes a decisões judiciais que fizessem coisa julgada *erga omnes*, sob pena de ter o Supremo Tribunal Federal usurpada sua competência para exercer o fiscalização constitucional concentrada, prolatando acórdãos com eficácia e autoridade contra todos.

²⁰ *Ob. cit.*, p. 217.

²¹ *Idem*, *ibidem*.

²² E isso inuito embora, após predominar durante certo período na doutrina e jurisprudência, haver sido expressamente repelida pelas legislações alemã, austríaca, francesa e italiana, sobretudo a partir do início do século XX, consoante registra JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.*, p. 218.

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil anterior, no entanto, pelo menos dois de nossos grandes processualistas – ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA e JOSÉ FREDERICO MARQUES – insurgiram-se contra a orientação prevalecente à época, para sustentar que a autoridade da coisa julgada não alcançava as questões que, sem ter constituído objeto do processo, eram examinadas como premissas ou antecedentes lógicos da decisão. Esses autores fundavam o seu raciocínio em considerações de três ordens. Em primeiro lugar, reconheciam que “dilatar as fronteiras da coisa julgada aos pontos prejudiciais seria lógico, mas não seria jurídico, nem prático”, e isso porque “fora absurdo obrigar a parte a prever e a prover com prova todas as questões prejudiciais que pudessem surgir no curso do processo”²³. Em segundo lugar, alertavam para o risco de ofensa aos princípios de fixação da competência, se ao juiz da causa fosse permitido sempre resolver, com força de coisa julgada, as questões prejudiciais²⁴. E, por último, salientavam, decisivamente, a impropriedade de se considerar as prejudiciais, nos termos do dispositivo citado, como *questões decididas*: “as questões prejudiciais são simplesmente conhecidas pelo juiz, o que ele o faz *incidenter tantum*, ao contrário das questões que são decididas, no âmbito da lide, e que ficam abrangidas e cobertas, por isso, pela autoridade da coisa julgada”²⁵. Essas *questões decididas* são as referentes ao pedido, que é julgado *principaliter*. No que lhe concerne, é que “exerce o juiz o *judicium*, poder principal de sua função jurisdicional, enquanto que, em relação à prejudicial, tão-só a *cognitio*, poder implícito no de jurisdição”²⁶.

Ora, em face de tais argumentos, o art. 287 do Código de 1939 haveria de ser interpretado apenas como consagração do princípio do “julgamento implícito” das questões não suscitadas no processo, ainda que se pudesse demonstrar que a decisão seria diferente se se houvesse levado em conta alguma dessas questões omitidas. “Nessa óptica”, esclarece JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “o verdadeiro sentido do parágrafo único há de ser, tão somente, o de pôr a *res iudicata* a salvo de ataques fundados em argumentos que poderiam ter sido, mas de fato não foram, trazidos à balha no processo”²⁷. O fim que se colimava com a regra em exame era, portanto, a preservação da finalidade prática do instituto da coisa julgada, pondo-se a salvo o julgado imutável e a tutela jurisdicional nele contida de quem quer que os questionasse com base na circunstância de a discussão das questões

²³ ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, v. III, p. 433.

²⁴ Cf. ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, *ob. e p. cit.*

²⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. V, p. 57.

²⁶ *Idem*, *ibidem*.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 241.

relevantes ter sido incompleta²⁸. Nada que permitisse supor, pois, que as questões prejudiciais incidentalmente resolvidas em um processo não pudessem, sem ofensa à autoridade da coisa julgada, ser renovadas em outra lide, principal ou incidentalmente.

Atento a essas lições irrecusáveis, o Código de Processo Civil atual, consagra, agora em termos categóricos, o entendimento que se vem de expor. Encerra em seu art. 474 o princípio do “julgamento implícito”, ao consignar que, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. O dispositivo é claro: não permite que se reavive a interpretação dominante que se impôs ao parágrafo único do art. 287 do Código revogado. O novo estatuto, na verdade, repele qualquer resquício da teoria de SAVIGNY, que teimava, até a sua edição, em insinuar-se na doutrina processual brasileira. É significativo assinalar, a propósito, que o art. 469, expressamente dirimiu qualquer controvérsia em torno dos limites objetivos da coisa julgada, dispondo:

“Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – (...)

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

À luz do artigo em apreço, consoante o preciso magistério de LIEBMAN²⁹, “é irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada”. O importante é assegurar, com a coisa julgada, a intangibilidade do resultado prático e concreto do processo, isto é, de seus efeitos. Sobrepe-se, por isso, ao elemento lógico, ao itinerário mental que o juiz percorre ao desenvolver o raciocínio que o conduz ao desate da lide, o elemento imperativo da sentença, o comando em que atua concretamente a vontade da lei³⁰. Esse comando contém-se na parte dispositiva da decisão judicial. É ela, como é cediço, que representa a resposta do juiz aos pedidos das partes, tendo, por conseguinte, os mesmos limites desses pedidos. Daí se segue que, objetivamente, a coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença; ao dispositivo, porém, considerado em um sentido *substancial* e não *formalista*, “de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em

²⁸ Cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *ob. cit.*, p. 56; e JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, p. 59.

²⁹ *Ob. cit.*, p. 57.

³⁰ Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.*, p. 225.

que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes"³¹, cada qual com a sua *causa petendi*.

Por esse prisma, os motivos e as questões prejudiciais resolvidas incidentalmente não são protegidos pela autoridade da coisa julgada. Eles podem, é verdade, ministrar subsídios para que se determinem com exatidão o sentido e o alcance da norma concreta fixada pelo dispositivo³². Mas, esgota-se aí sua relevância prática no que concerne ao instituto em exame. E isso porque, conforme a melhor doutrina, já assentada neste particular desde os tempos de CHIOVENDA, "a resolução judicial das questões lógicas, longe de conduzir em si o selo da verdade eterna, não exclui que a questão se possa sempre renovar em subsseqüentes processos"³³.

É sempre possível, assim, volver-se, em processos ulteriores, à discussão relativa a uma questão prejudicial, a menos, é claro, que ela haja sido objeto de ação declaratória incidental (Cód. de Processo Civil, art. 470). Tal ação consiste, precisamente, num meio destinado a converter "a questão *prejudicial*, se o quiser alguma das partes, noutra questão também *principal*, a par da que já fora de início submetida ao juiz"³⁴. Sucede, contudo, que a questão constitucional, não podendo constituir objeto do pedido (cf. item II, *supra*), não é suscetível, pela mesma razão, de ser convertida em questão principal. Ademais, não se pode perder de vista que, conforme o sistema do Código de Processo Civil em vigor, a ação incidente só cabe para declarar *relação jurídica litigiosa* (art. 5º), o que desde logo exclui de seu campo de incidência "a simples questão jurídica, sem situação de fato tangível que lhe sirva de base"³⁵, de que é exemplo a questão constitucional, considerada em si mesma.

Resulta daí, em conclusão e acima de qualquer dúvida, que a declaração incidental da inconstitucionalidade não faz coisa julgada, em hipótese alguma: seu valor se esgota no caso concreto em que é proferida. Isso, aliás, é o que proclama a doutrina, fundada

³¹ENRICO TULLIO LIEBMAN, ob. cit., pp. 57 e 58; no mesmo diapasão, GIUSEPPE CHIOVENDA, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, p. 410; e ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, ob. cit., p. 435.

³²Cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, ob. cit., p. 58; e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 225.

³³Ob. cit., p. 375.

³⁴JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, O novo Processo Civil brasileiro, p. 92.

³⁵CELSO AGRÍCOLA BARBI, Comentários ao Código de Processo Civil, v. I, p. 97.

nas razões ora apresentadas³⁶. A resolução da questão prejudicial de inconstitucionalidade, pois, produz efeitos meramente endo-processuais: condiciona o conteúdo da sentença a ser proferida ao final do feito. Não extrapola jamais esses limites para impor-se a casos assemelhados. No máximo, pode acontecer de a decisão fazer jurisprudência e, então, ser seguida em outros processos, quando se cogite da aplicação da lei tida, uma vez, por inconstitucional. Só que aí haverá manifestação da autoridade lógica e persuasiva da decisão em que for resolvida a questão prejudicial. Não haverá, contudo, manifestação da autoridade da coisa julgada³⁷.

IV. AÇÕES COLETIVAS E CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.

A circunstância de a declaração incidental de inconstitucionalidade produzir efeitos meramente endo-processuais parece não deixar margem a qualquer receio de que a prática do controle difuso possa criar entraves ao exercício do controle concentrado. Não obstante, certa corrente doutrinária e jurisprudencial, a pretexto de resguardar a competência privativa da Corte Suprema, sustenta a inidoneidade das ações coletivas para o exercício da fiscalização constitucional.

O problema não é levantado, naturalmente, no que concerne às ações individuais, que tendem a fazer coisa julgada em limites (tanto objetivos, quanto subjetivos) bem diversos dos alcançados no controle concentrado. O que impressiona à referida corrente

³⁶Tal é o consenso em torno do ponto que seria até mesmo despidendo referir autores que sustentam o entendimento perfilhado no texto. De toda sorte, consulte-se naquele sentido, por todos, PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA, Direito Processual Constitucional (inédito); JOSÉ FREDERICO MARQUES, Manual de Direito Processual Civil, v. III, p. 280; LUÍS ROBERTO BARROSO, Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99, obra coletiva organizada por DANIEL SARMENTO, p. 248; e CLÊMERTON MERLIN CLÉVÉ, ob. cit., p. 113.

³⁷Tanto maior será a autoridade persuasiva da decisão que resolve a questão prejudicial de inconstitucionalidade, quando ela for prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, incumbido precipuamente da guarda da Constituição (Const., art. 102, *caput*), ou pelo plenário ou órgão especial de qualquer outro tribunal. Em ambos os casos, o pronunciamento será capaz de elidir, nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, a presunção de constitucionalidade que milita em favor da lei impugnada. Mas, não terá força bastante para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário.

é a coisa julgada *erga omnes* resultante do julgamento de ações coletivas³⁸, as quais, se se prestassem à fiscalização constitucional, sempre segundo a tese em exame, acabariam por permitir a qualquer juiz ou tribunal pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis com a mesma força com que o faz o Supremo Tribunal Federal, a despeito de ser esse o órgão autorizado pela Carta de 1988 a exercer, de modo precípua, a guarda da Constituições Federal.

Preocupa-se com essa possibilidade, entre outros abalizados juristas, ARNOLDO WALD, em suas atualizações a clássico livro de HELY LOPES MEIRELLES. Considerando a extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada tanto na ação popular quanto na ação civil pública, opina o autor no sentido de que não se coadunam essas ações com a fiscalização constitucional³⁹. Na ação popular, afirma, não pode o juiz “exercer o controle difuso de constitucionalidade. O controle difuso tem como característica essencial a restrição dos efeitos da eventual declaração de inconstitucionalidade apenas às partes litigantes. Como a sentença de procedência da ação popular é oponível *erga omnes*, uma declaração de inconstitucionalidade nela embutida implicaria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal”⁴⁰. O mesmo argumento é empregado no que diz respeito à ação civil pública. Aqui, a admitir-se a fiscalização constitucional, de acordo com o acatado professor, de duas uma:

³⁸ Assimale-se, a propósito, que não é em qualquer processo coletivo que a sentença produz coisa julgada *erga omnes*. Tendo-se em vista a classificação adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que, em a ressalva de disposições específicas, aplica-se, no que couber, a todas as ações coletivas, fazem coisa julgada com aquela amplitude especialmente as decisões proferidas em processos relativos a direitos difusos. Estes, cuja natureza é indivisível e cujos titulares são indetermináveis, pertencem à coletividade como um todo (Lei cit., art. 81, I). De tal modo, pode-se dizer que as decisões proferidas a seu respeito fazem coisa julgada, efetivamente, *contra todos* os membros da comunidade interessada (Lei cit., art. 103, I). O mesmo não se dá, via e regra, no que concerne aos direitos coletivos *stricto sensu* e aos direitos individuais homogêneos (Lei cit., art. 1, II e III), conquanto o Código fale, no que lhes diz respeito, também em extensão *ultra partes* e *erga omnes* a autoridade da coisa julgada, respectivamente (art. 103, II e III). A bem da verdade, a coisa julgada nas ações julgadas em defesa desses direitos não se estende senão aos membros do grupo, categoria ou classe ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, no caso dos direitos coletivos (cf. ADA ELLEGRIINI GRINOVER *ei ulii*, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto, p. 589), ou às “pessoas cuja situação seja *subsumível* àquela que venha a ser descrita pela sentença, a que se tenha reconhecido que, no contexto da ‘origem comum’, o réu se houve com ilicitude”, no caso dos direitos individuais homogêneos (ARRUDA ALVIM, Notas sobre a coisa julgada coletiva, in RePro nº 88, 1997, 41). É que os titulares dos direitos de ambos os tipos são determináveis, como se vê. Mas, pode acontecer, em virtude da indivisibilidade característica dos direitos coletivos ou da origem comum de que provêm os direitos individuais homogêneos, de a ação coletiva proposta em sua defesa envolver virtualmente todos os destinatários de uma dada lei. É isso bastará a que se sustente, também, a impropriedade dessa ação para o exercício do controle da constitucionalidade, como se tem feito, v. g., em casos afetos aos contribuintes de um do tributo.

³⁹ AMES MARINS manifesta opinião semelhante quanto ao mandado de segurança coletivo (cf. Ações coletivas e matéria tributária, in RePro, nº 76, 1994, pp. 102 e 103).
⁴⁰ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, p. 146.

“a) ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão-somente na área de competência do juiz, e, aplicando-se *erga omnes*, cria um Direito Substantivo estadual diferente do nacional e viola a Constituição, que estabelece a unidade do Direito Substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um Direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná;

b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo juiz, da função do STF.”⁴¹

Em abono de seu entendimento, ARNOLDO WALD invoca pronunciamentos, no mesmo sentido, de GILMAR FERREIRA MENDES⁴² e transcreve trechos de acórdãos diversos. Em um deles, exarado pela 1ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul ao apreciar a Ap. Cível 191130194, em 10.12.91, em ação civil pública intentada para que fosse repetido IPTU inconstitucionalmente majorado, assentou-se que, com a admissão de “ação civil pública para obstar à cobrança de tributo havido por inconstitucional, abre-se a possibilidade de prolação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes*, o que resulta absurdo”. É que, portanto, “a simples possibilidade desse caos está a demonstrar

⁴¹ Ob. cit., pp. 199 e 200. A alternativa “a” pressupõe, por certo, que se observe na determinação dos limites da coisa julgada na ação civil pública a redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.09.97, ao art. 16 da Lei nº 7.347, de 24.07.85, que hoje dispõe: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator”. A alternativa “b”, por sua vez, há de partir da desconsideração da alteração legislativa, que, como observa o próprio ARNOLDO WALD, buscou “afastar a tentativa de atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais” (ob. cit., p. 207).

⁴² Realmente, a pretexto de “que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil”, advoga GILMAR FERREIRA MENDES “a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade”. O autor se vale, em defesa de sua tese, a par de argumentos assemelhados aos de ARNOLDO WALD, do entendimento segundo o qual “a ação civil pública aproxima-se 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”, de tal modo que, nessa ação, em qualquer hipótese, “não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a *caso concreto*, porque de interesse concreto não se cuida” (O controle incidental de normas no direito brasileiro, in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, pp. 380 e 381, *passim*). Ora, a esse entendimento opõe-se a circunstância, sintetizada com precisão por LUÍS ROBERTO BARROSO, de que “o processo da ação civil pública, em verdade, nada tem de ‘objetivo’. Há, com efeito, partes determinadas e uma pretensão deduzida em juízo por intermédio de um *pedido*, que, em hipótese alguma se confunde com a declaração de inconstitucionalidade. (...) É claro que a tutela do interesse público, via de regra, estará presente, mas com feição nitidamente subsidiária. É isto, por si só, não é capaz de transmutar a natureza do processo ou encobrir a existência do caso concreto” (O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, pp. 242 e 243).

possibilidade de se admitir a ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade”⁴³.

O acórdão mencionado bem revela a tendência jurisprudencial de se não admitir o controle difuso da constitucionalidade por ações coletivas. Não se trata de uma ação isolada ou que traduza apenas o pensamento de um tribunal. Também o Superior Tribunal de Justiça já se tem manifestado, às vezes, no mesmo diapasão. Nos Embargos de Declaração nº 106993/MS, relatado pelo Min. ARI PARGLENDER, por exemplo, essa Corte declarou que na ação civil pública o controle da constitucionalidade “*incidenter tantum*” valerá, pelos seus efeitos, a verdadeira ação direta de inconstitucionalidade”⁴⁴. E, no Recurso Especial nº 233664/MG, rel. o Min. GARCIA VIEIRA, decidiu-se pela

*“Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade. A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitir 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.”*⁴⁵

Ora, com a devida vênia, o entendimento perfilhado pelos acórdãos e doutrinas doutrinárias referidos não é acertado. A resolução incidental de uma questão de inconstitucionalidade, insista-se, não produz coisa julgada. No controle difuso, como já se sabe, desaplica-se, caso a caso, a lei considerada inconstitucional. Não se a revoga ou anula. A declaração incidental de inconstitucionalidade, pois, ainda que proferida numa decisão que não é apta a passar em julgado com autoridade *erga omnes*, não se podem atribuir efeitos que não lhe são próprios, como o de equivaler a uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual, efetivamente, se fulmina em tese o ato normativo inconstitucional. Isso porque a coisa julgada, ali, faz-se, tão somente, nos limites do pedido, o qual não pode senão adstringir-se a um caso específico e determinado. De tal modo, a lei impugnada, se deixa de valer para o caso singular e concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, nem por isso perde a eficácia no que toca às demais situações abrangidas por seus termos gerais e abstratos. Estando fixada, assim, a possibilidade de prolação de decisões praticamente contraditórias com autoridade *erga omnes*, a menos, é claro, que as decisões versem sobre o mesmo pedido, porém, jamais ocorrerá quando se trate de ação coletiva e ação direta de

b. cit., p. 202.
J. 18.05.98.
J. de 21.02.2000.

inconstitucionalidade, cujas decisões não podem ser senão logicamente contraditórias, o que – lembre-se – é irrelevante para o Direito.

É bem verdade que, às vezes, o pedido na ação coletiva, tal qual sucede na ação direta de inconstitucionalidade, se volta contra a própria lei acionada de inconstitucional. Mas, então, uma das duas situações há de verificar-se: ou se impugna, em via principal, lei de efeitos concretos, meramente; ou se postula a declaração em tese da inconstitucionalidade de lei geral e abstrata. Na primeira hipótese, é naturalmente admissível o pedido formulado, porquanto as leis de efeitos concretos nada têm de normativo. “Não contém”, ensina HELY LOPES MEIRELLES, “mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos”⁴⁶. Por essa razão, tais leis nem sequer podem ser submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁴⁷. E, assim, não há sentido em temer que a arguição de sua inconstitucionalidade por meio de ações coletivas resulte em usurpação de competência privativa daquele Tribunal. Na realidade, os atos de efeitos concretos não são lei em sentido material. Podem lesar diretamente direitos subjetivos. Por isso, sujeitam-se sempre ao controle exercido ordinariamente pelo Poder Judiciário.

O mesmo não se dá com as leis dotadas de generalidade e abstração. Essas são suscetíveis de incidir sobre a esfera subjetiva das partes quando se lhes dá ou ameaça dar execução por meio de atos concretos. Daí se segue que, na hipótese de se postular diretamente a declaração de sua inconstitucionalidade, o pedido há de ser considerado, efetivamente, inadmissível. Mas, isso não se deve, em primeiro plano, a uma suposta usurpação da competência privativa do STF em decorrência do exercício da fiscalização constitucional por outros órgãos judiciais, por ocasião do julgamento de ações coletivas. Antes, seja em ações coletivas, seja nas tradicionais ações individuais, não há interesse processual para que se postule a declaração, em tese, da inconstitucionalidade, já que a lei, por si só, não viola direitos subjetivos dos litigantes. Essa é a razão da Súmula 266 do STF, pela qual “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. E, dessa razão, vê-se que não é a simples circunstância de a coisa julgada nas ações coletivas poder operar *erga omnes* que impede o controle da constitucionalidade na hipótese de que ora se cogita, mas sim a natureza do pedido deduzido em juízo. Essa importante distinção parece, todavia, ter

⁴⁶ Ob. cit., p. 39.

⁴⁷ Cf. CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, ob. cit., p. 188 e ss..

escapado à corrente doutrinária e jurisprudencial examinada, que se opõe ao exercício da fiscalização constitucional por ações coletivas, qualquer que seja o pedido formulado.

As ações coletivas, tanto quanto qualquer ação individual, não podem ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, como frisou-se no item II, *supra*. Nada obsta, porém, ao contrário do entendimento em referência, a que por intermédio daquelas ações se exercite o controle incidental da constitucionalidade. Nada obsta, em uma palavra, a que, como fundamento do pedido, levante-se questão prejudicial de inconstitucionalidade. Basta que o pedido defina “um litígio concreto, com os elementos essenciais de um litígio (fatos concretamente acontecidos, atribuídos ou relacionados com o réu ou réus)”⁴⁸. Não se admite, evidentemente, conforme salienta PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA quanto à ação civil pública, que os autores forjem “o uso da ação até para obter a declaração de inconstitucionalidade de leis, sem que se cuide, efetivamente, da composição de uma lide”⁴⁹.

O pedido, prendendo-se, de fato, a uma situação concreta, há de ser constitutivo, condenatório ou declaratório, na hipótese de processo de conhecimento⁵⁰. Ao revestir qualquer dessas naturezas, será compatível com a declaração incidental de inconstitucionalidade. É que, afastada a incidência de lei considerada inconstitucional em um caso concreto, para qualquer daqueles três efeitos, a norma jurídica, a despeito da decisão judicial, continuará em vigor para os demais casos que se amoldem a seus termos abstratos. Veja-se, por exemplo, uma decisão que, em ação coletiva, declare não ser devido certo imposto no exercício fiscal corrente, com base em sua inconstitucionalidade. Ora, conquanto a decisão possa adquirir autoridade *erga omnes*, nem por isso se pode pretender que ela

⁴⁸ ARRUDA ALVIM, A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor, in Ação Civil Pública, obra coletiva coordenada por ÉDIS MILARÉ, p. 152.

⁴⁹ Ob. cit..

⁵⁰ Não há, com efeito, qualquer óbice sequer ao manejo da ação declaratória para o exercício do controle de constitucionalidade, desde que, é claro, o objeto dessa não se ligue senão a uma relação jurídica que envolva a aplicação de uma lei contestada em face da constituição. O importante é que, em qualquer caso, se configure efetivamente uma controvérsia real e não simplesmente hipotética. É preciso assinalar, a propósito, que “não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois a ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, da relação jurídica que se pretende já existente. A declaração da impossibilidade do surgimento de relação jurídica no futuro porque não é esta admitida pela Lei, ou pela Constituição, se possível de ser obtida por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é admissível em nosso ordenamento jurídico” (Voto do Min. MOREIRA ALVES na Ação Rescisória nº 1.239-9-MG, *apud* HUGO DE BRITO MACHADO, Mandado de segurança em matéria tributária, p. 203). Não se confunde, porém, com fatos geradores futuros relação jurídica continuativa já instaurada (tal é, aliás, o que sustenta o próprio HUGO DE BRITO MACHADO, *ob. e p. cit.*) Ver, sobre a declaração coletiva da inconstitucionalidade de relações jurídicas continuativas, o item V, *infra*.

configure usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para, declarando a inconstitucionalidade, expungir a lei do ordenamento jurídico. Sucede que, consoante escreve LIEBMAN a respeito de situação análoga, “decidida a lide, a coisa julgada não permite novas discussões relativamente àquela dívida fiscal, mas também não pode obstar ao lançamento e à cobrança do mesmo imposto para o ano seguinte. O imposto pode ser devido hoje, embora não fosse devido no ano passado, e *vice-versa*”⁵¹, haja vista que a lei, mesmo já declarada incidentalmente inconstitucional pelo Judiciário, permanece eficaz..

Eis por que não há razão para considerarem-se as ações coletivas instrumentos inidôneos ao controle difuso-incidental de constitucionalidade. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal não se deixou levar pela corrente jurisprudencial equivocada que se tem aqui combatido e, em mais de uma oportunidade, tem considerado “que a ação civil pública é adequada para o controle difuso da constitucionalidade de lei ou ato normativo”⁵². Aliás, como se demonstrou, também o são as demais ações coletivas, desde que atendidas as condições genéricas de todas as ações.

V. O CONTROLE COLETIVO DA CONSTITUCIONALIDADE E A SUBSISTÊNCIA DA UTILIDADE DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL.

Assentou-se, no item anterior, que, entre decisões proferidas em ações coletivas e em ações diretas de inconstitucionalidade, não pode haver contradição prática, mas apenas lógica. Com efeito, do ponto de vista da Ciência do Direito, tais decisões têm objetos distintos e estendem a autoridade de seus comandos sobre domínios inconfundíveis: o dos fatos concretos e o das normas abstratas, respectivamente. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE frisa, a propósito, que os efeitos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade “repousam no plano da norma e não no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma)”⁵³. Os efeitos da decisão tomada em ação coletiva, ao revés, dão-se exclusivamente no plano normado, sem que se abale a eficácia da lei no plano normativo.

Isso, contudo, não significa que, mesmo sem atingir a lei em tese, a decisão proferida em ação coletiva apta a revestir autoridade *erga omnes* não possa comprometer a

⁵¹ Limites da coisa julgada em matéria de imposto, in Estudos sobre o Processo Civil brasileiro, p. 171.

⁵² RE nº 213.631-MG, rel. o Min. ILMAR GALVÃO (RTJ 173/295). Em sentido idêntico, a Rcl. nº 602-6, de que foi relator o mesmo Ministro, bem como a Rcl. nº 600-0, relatada pelo Min. NÉRI DA SILVEIRA.

⁵³ Ob. cit., p. 253.

própria ponte que liga a lei ao plano normado, onde essa haveria de operar os seus efeitos. É sempre possível pensar em hipóteses em que a decisão chegue, de fato, a quase esgotar as possibilidades de aplicação da lei, fazendo coisa julgada não só sobre o universo de seus destinatários, mas, virtualmente, também sobre o universo de situações por ela regidas. E, para essas hipóteses, ao que parece, voltam-se as preocupações de alguns autores, sobretudo em face da jurisprudência mais recente e acertada do Supremo Tribunal Federal, admitindo o controle incidental de inconstitucionalidade em demanda coletiva. Escreve, por exemplo, GILMAR FERREIRA MENDES que:

“De qualquer sorte, não se pode negar que a abrangência que se empresta – 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”⁵⁴.

O trecho transcrito traduz uma ponderação séria, que não resulta, ao contrário da posição combatida no item antecedente, de uma açodada confusão de conceitos. Importa, pois, examiná-la com cuidado, para averiguar se, em verdade, corre riscos a competência exclusiva do STF ou, antes, a coordenação entre os dois principais modelos de controle de constitucionalidade praticados no Brasil.

Não se há de negar que, em certos casos, efetivamente, a decisão coletiva poderá abranger virtualmente todas as situações sobre as quais deveria incidir a lei havida por inconstitucional. Não são muitos esse casos, é certo. A regra é a de que a lei, se deixa de valer para o caso singular e concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, nem por isso perde eficácia quanto às incontáveis situações abrangidas por seus termos gerais e abstratos, especialmente as que estão ainda por vir. O controle difuso da constitucionalidade não costuma produzir efeitos para o futuro. É o que ocorre no campo tributário, por exemplo, no que diz respeito aos tributos questionados em relação a exercícios financeiros determinados. A esses se aplica a Súmula 239 do STF, para a qual “decisão que declara a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Aplica-se-lhes, também, o escólio de LIEBMAN supracitado (item IV, *supra*), no sentido de que a coisa julgada não permite novas discussões relativamente à

⁵⁴ Ob. cit., p. 385.

dívida fiscal em torno da qual se forma, mas não pode obstar ao lançamento e à cobrança do mesmo imposto para o ano seguinte.

Sucedem que, às vezes, as situações regidas pelo ato normativo não são instantâneas ou não têm seus termos bem delimitados no tempo, de forma que, a cada vez que elas novamente se verificam, configuram-se relações jurídicas inteiramente novas, fazendo-se necessária uma nova decisão judicial para impedir que incida a lei cuja inconstitucionalidade foi uma vez declarada. Há relações jurídicas duradouras, como as *continuativas*. Essas protraem-se no tempo, produzindo, sempre, renovados efeitos. E as sentenças que as resolvem têm a mesma sorte, projetando-se igualmente sobre o futuro.

Segundo certa doutrina, exemplo de relação jurídica continuativa, no campo tributário, é a que envolve a cobrança do ICMS⁵⁵. Tratando-se, então, de pedido formulado para que a autoridade administrativa se abstenha de cobrar o imposto, trântica em julgado a sentença que acolher o pedido, escreve EDUARDO ARRUDA ALVIM, “projetará a coisa julgada inegavelmente efeitos para o futuro. Toda vez que configurar-se uma situação de fato (fato imponível, na terminologia de Geraldo Ataliba) que devesse ensejar, segundo o entender do Fisco, a incidência do ICMS, essa estará obstada pela sentença concessiva da ordem até que seja sanada a ilegalidade”⁵⁶.

⁵⁵ Cf. HUGO DE BRITO MACHADO, *ob. cit.*, pp. 204 e 205. Acentua o autor que no ICMS, como de resto também no IPI, “o valor a ser pago, em cada período, é apurado em função de uma *conta corrente* (...)” e que “os fatos relevantes para a determinação do valor do tributo devido entrelaçam-se de tal modo que tornam evidente a existência de uma relação continuativa”, tanto que se faz necessário um cadastro de contribuintes. No mesmo sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM, *apud* ARRUDA ALVIM, Anotações sobre a coisa julgada tributária, *in* RePro, n° 92, 1998, p. 7. Em oposição ao entendimento de que se trata, no caso, de relação continuativa, há quem sustente que cada fato gerador do tributo é instantâneo e autônomo e, a despeito da reiteração com que esses fatos se verificam, não há entre eles qualquer unidade.

⁵⁶ *Ob. cit.*, p. 8. Nessa linha, firmou-se uma corrente jurisprudencial no STF (cf., entre outros tantos, o Edcl n° 109.073, relator o Min. Carlos Madeira, publicado na RTJ, 126/292). Observe-se, todavia, que o fundamento para tal projeção no futuro da autoridade do julgado resulta precisamente dos termos do pedido e da pressuposta natureza continuativa da relação jurídico-tributária a que ele se refere. É irrelevante a distinção feita no citado acórdão no sentido de que a coisa julgada é oponível para os fatos futuros “na hipótese em que o reconhecimento da inexistência do débito tributário decorre da inexistência de fonte legal da relação jurídico-tributária em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei” (ou do reconhecimento de imunidade ou de isenção). A essa distinção, acompanhada ao que parece por ARRUDA ALVIM (*ob. cit.*, p. 13), opõe-se, ainda, com vigor, a lição de LIEBMAN, segundo a qual a “intributabilidade é motivo da sentença, questão prejudicial mesmo, excluída expressamente do âmbito de incidência da coisa julgada pelo art. 469 do vigente CPC” (*ob. cit.*, p. 172). Desse ponto, aliás, no que se refere à questão prejudicial, cuidou o presente trabalho no item III, *supra*. E os entendimentos ali assentados não permitiriam compreender a coisa julgada para o futuro, nos atos de execução continuada, senão em virtude do pedido deduzido em juízo, nunca em função dos motivos da decisão.

O mesmo ocorrerá no que diz respeito, ainda, *e.g.*, a uma ação proposta para a autoridade pública deixe de proceder, nos vencimentos de funcionários públicos, a contos tidos por inconstitucionais. Se julgada procedente a ação, a coisa julgada almente repercutirá sobre fatos futuros, haja vista que o ato jurídico impugnado, cuja execução haveria de repetir-se periodicamente, protraí-se no tempo, com base na duradoura ação jurídica estatutária. Não se justificaria que, mês a mês, os interessados tivessem que fazer nova ação. Observe-se, em relação a este exemplo, que a coisa julgada coletiva, manda-se, além de projetar-se no tempo, alcança, potencialmente, todos os servidores já tratados e sujeitos aos descontos. E sempre haverá, ademais, quem sustente que a autoridade da coisa julgada, na hipótese, se estenda, também, sobre os servidores que chamam a ser admitidos, subsumindo-se ao comando da decisão⁵⁷. De qualquer modo, o importante a se destacar, aqui, é o quase esgotamento dos efeitos úteis da lei, por força da coisa julgada produzida na ação coletiva.

Em face, pois, do alcance futuro das decisões coletivas que fulminam, especialmente, relações jurídicas continuativas, é compreensível a preocupação com que o controle de constitucionalidade exercido por intermédio das ações correspondentes possa aziar, ainda que pela via oblíqua do quase esgotamento da utilidade da lei impugnada, a competência do Supremo Tribunal Federal, ao menos quanto à importância prática de seus pronunciamentos no controle concentrado.

Essa preocupação, todavia, não parece ser o bastante para que se tomem as ações coletivas como instrumentos inidôneos para o controle difuso da constitucionalidade. Ora aqui, é de se recordar e insistir: a declaração incidental da inconstitucionalidade não pode nem revogar a lei. A resolução da questão prejudicial de inconstitucionalidade não faz coisa julgada. Logo, a despeito da decisão judicial, a lei permanece em vigor e eficaz. É a verdade que as restantes possibilidades de sua aplicação podem reduzir-se, quase a zero. Mas, vale dizer, com LUÍS ROBERTO BARROSO, que “sendo a parte a causa pedir e o pedido legítimos e bem fundados, o fato de eventualmente o efeito prático da decisão na ação civil pública [ou outra ação coletiva qualquer] coincidir com a declaração de *erga omnes* de inconstitucionalidade não infirma o seu cabimento. Trata-se de uma

Il parece ser o entendimento de ANTONIO GIDI, segundo o qual “quem quer que venha, posteriormente, a parte da comunidade, da coletividade ou da comunidade de vítimas do evento há de poder ser beneficiado coisa julgada da ação coletiva” (Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, p. 184).

coincidência, não de usurpação, dissimulação ou qualquer outro vício. Uma consequência, aliás, que pode resultar também, sobretudo no caso dos direitos homogêneos, da multiplicação de demandas individuais⁵⁹.

Além do mais, a lei incidentalmente havida por contrária à Constituição poderá sempre ser submetida à apreciação do STF, por meio de ação direta. E não se pode dizer, propriamente, que eventual decisão do Supremo declarando a sua constitucionalidade, teria pouca ou nenhuma utilidade prática no âmbito territorial em que fez coisa julgada a decisão coletiva, restando, por isso, violada, ainda que por via indireta, a competência daquele tribunal. O pronunciamento em abstrato do STF, em sede cautelar ou principal, fixará a correta interpretação da Carta Constitucional, autorizando, em último caso, dentro do prazo legal, com base no art. 485, V, do CPC, a propositura de ações rescisórias dos julgados coletivos ou individuais que hajam adotado interpretação contrária⁶⁰. A partir da rescisão dessas decisões, então, a lei voltará a produzir todos os seus efeitos úteis. O que basta para evidenciar, ainda pelo prisma de que ora se cogita, a compatibilidade do controle difuso, praticado coletivamente, com o exercício da fiscalização constitucional concentrada pelo STF.

⁵⁸ Ob. cit., p. 245.

⁵⁹ Cf., nesse sentido, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, ob. cit., p. 276.

⁶⁰ Ver, nessa linha, OSWALDO LUIZ PALU, Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos, p. 222; e, especialmente, TEORI ALBINO ZAVASCKI, Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 122 e ss.. Esclarece esse último autor que em matéria constitucional, segundo a jurisprudência do STF, não se aplica a Súmula 343 dessa mesma Corte, para a qual “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de interpretação controvertido nos tribunais”. E isso em face da “especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o ‘vício’ da inconstitucionalidade das leis” (p. 133).

TEORI ALBINO ZAVASCKI, ademais, admite que, mesmo sem ação rescisória, no caso das relações jurídicas continuativas, os interessados invoquem, com base no art. 471, I, do CPC, a decisão do STF, no controle concentrado, para afastar, em relação ao futuro, a autoridade da coisa julgada antes produzida. “É que, a partir da data da publicação da decisão do Supremo, cuja eficácia *erga omnes* lhe outorga incontestável valor normativo, se opera – na visão do jurista – uma relevante modificação do estado de direito: a declaração, com efeito vinculante e *erga omnes*, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do preceito normativo. Essa modificação, embora não seja apta a desconstituir automaticamente os efeitos passados e já consumados da sentença que julgou o caso concreto, terá, certamente, influência em relação aos seus efeitos futuros” (pp. 99 e 100).

Tal entendimento, sem dúvida, logra conferir ainda maior utilidade prática ao pronunciamento em abstrato do STF sobre a constitucionalidade de lei já apreciada em decisão coletiva que, dispondo sobre relação jurídica continuativa, transitou em julgado com autoridade *erga omnes*. No que importa, contudo, à declaração abstrata de *constitucionalidade*, quer parecer, ao contrário do que sustenta ALBINO ZAVASCKI, que “não se tem uma *mudança qualitativa* da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo. A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente” (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FBRREIRA MENDES, Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999, p. 327). Em consequência, a decisão do STF não é causa suficiente para a revisão do julgado que tenha pronunciado a *inconstitucionalidade* da lei, embora o seja para a sua rescisão.

VI. CONCLUSÃO.

Demonstrou-se, neste estudo, que a arguição de inconstitucionalidade, no controle difuso, faz-se incidentalmente, por meio de questão prejudicial, sobre cuja resolução, *ex vi* do art. 469, III, do Cód. de Processo Civil, não se estende a autoridade da coisa julgada. Nessa modalidade de controle, afasta-se a incidência da norma jurídica, impugnada em relação à situação concreta submetida à apreciação do Poder Judiciário. A decisão proferida, ainda que possa revestir autoridade *erga omnes*, como nos casos de processos coletivos, não cassa nem anula a lei, nem tampouco exaure a sua eficácia. Segue-se, daí, que, ao contrário do que sustenta certa corrente doutrinária e jurisprudencial, o controle da constitucionalidade das leis praticado em ações coletivas não se assemelha àquele que cumpre ao Supremo Tribunal Federal exercer, concentradamente, em via principal. E, portanto, tal controle não representa usurpação da competência da nossa mais alta Corte.

Em verdade, considerando que o controle difuso prende-se à interpretação do Direito ou à identificação da norma que deve reger a situação jurídica litigiosa, o entendimento de que esse controle não pode ser realizado em processos coletivos, além de fundar-se em argumentos falhos, constitui um casuísmo por tudo injustificável, tanto mais no Brasil, onde a fiscalização da constitucionalidade é considerada uma atividade inerente à função jurisdicional.

Qualquer afirmação no sentido de que, em ações coletivas, os juízes hão de abster-se de examinar a constitucionalidade das leis soa, assim, como uma restrição indevida ao exercício da jurisdição, sobretudo em virtude da importância que o processo coletivo e a fiscalização constitucional difusa, cada qual a sua maneira, têm no ordenamento jurídico pátrio.

A tutela dos interesses difusos ou coletivos em juízo, como também a tutela coletiva de direitos individuais, configura exigência impostergável do *acesso à justiça* que se quer disponibilizar no país. MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, em já clássica obra, chamam a atenção para a necessidade de se fundir à visão individualista do processo uma concepção social, coletiva, sem a qual novos direitos não encontrarão a necessária proteção⁶¹. No campo do controle da constitucionalidade, em particular, não se pode deixar

⁶¹ Acesso à justiça, p. 51.

de reconhecer que, por intermédio de ações coletivas, alcançam-se fins inatingíveis pela via das ações individuais, cujos ônus frequentemente são proibitivos para muitos interessados. E isso sem falar nas pretensões genuinamente coletivas e baseadas na inconstitucionalidade de leis, que não encontrariam outra via para ser deduzidas em juízo. Por esse prisma, o controle coletivo da constitucionalidade fornece, em parte, solução para uma das principais deficiências apontadas no sistema difuso pelo citado MAURO CAPPELLETTI, em outro livro notável: a de existirem “algumas leis que, ainda que inconstitucionais, fogem, porém, a toda possibilidade de controle incidental”, pelo simples fato de não darem azo a processos em que possam ser impugnadas⁶².

Não se diga que, entre nós, a possibilidade de exercício da fiscalização constitucional concentrada baste para suprir as deficiências do controle difuso. Ambas as modalidades de controle colimam fins distintos. Enquanto o concentrado se volta, precipuamente, para a preservação da ordem constitucional e não para a tutela de situações subjetivas, o inverso ocorre com o sistema difuso. Sua finalidade primeira é a proteção de direitos subjetivos violados ou ameaçados pela aplicação de uma norma contrária à Constituição. Por isso, mais que aquele outro, o controle difuso se afigura como uma garantia fundamental. Inestimável é essa forma de controle – posta ao alcance de todos, no caso das ações individuais, ou da sociedade civil organizada e de seus legítimos substitutos, no caso das ações coletivas – numa ordem de idéias em que a Constituição se apresenta como a síntese dos valores ou, em suma, da Justiça que conhece a sociedade. E o controle da constitucionalidade passa a ser o meio de resistência às leis iníquas, desarrazoadas ou injustas⁶³, convertendo-se, assim, na garantia máxima dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA.

ALVIM, Arruda. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor*, in *Édis Milaré, Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Anotações sobre a coisa julgada tributária*, in *Revista de Processo*, nº 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁶² O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado, p. 112.

⁶³ O problema das leis injustas, ao menos na vigência de Constituições que consagram em princípio fundamentais valores de índole geral, situa-se, com efeito, segundo acentua KARL LARENZ, “no contexto de comprovação da constitucionalidade das leis e é assim uma questão de interpretação da Constituição” (Metodologia da Ciência do Direito, p. 271).

_____. *Notas sobre a coisa julgada coletiva*, in Revista de Processo nº 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. *Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in Daniel Sarmento, O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEARD, Charles A.. *A Suprema Corte e a Constituição*, trad. de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, vol. I, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1965.

CLEVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTA, Lopes da. *Direito Processual Civil brasileiro*, vol III, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

FRIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Limites da coisa julgada em matéria de imposto*, in Estudos sobre o Processo Civil brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINS, James. *Ações coletivas em matéria tributária*, in Revista de Processo, nº 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, volumes IV e V, 3ª e 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1969 e 1963, respectivamente.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. III. Campinas: Bookseller, 1997.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional* (obra ainda inédita).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*, 22ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O controle incidental de normas no direito brasileiro*, in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil brasileiro*, 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, in Revista da Procuradoria do Estado da Guanabara, nº 16, 1967.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.