

## *O controle cautelar de inconstitucionalidade nas ações de interesse difuso*

LUIZ FABIÃO GUASQUE (\*)

### **1. Introdução**

A concepção de Estado se assenta basicamente na idéia de segurança. Tanto na regulamentação normativa quanto na proteção prática e na fiscalização da liberdade, o Estado usa de sua autoridade. Isso explica porque, entre justiça e segurança, o Estado optará pela última, base de sua existência.

A liberdade em si não é uma criação do Direito nem do Estado. Absolutamente certos estão os jusnaturalistas quando afirmam que as liberdades fundamentais são anteriores ao Estado e mesmo inatas. Trata-se de uma anterioridade lógica, não cronológica: posso conceber a Liberdade anteriormente a qualquer cogitação de Estado. Esse não cria a Liberdade, mas, ao contrário, limita-a e lhe regula o uso.

Claro que a Liberdade só é jurídica quando regulada pelo Direito. Mas que a matéria dela, o suporte de fato (o *Tatbestand*) é anterior ao Direito, é inegável. No conceito de Liberdade jurídica (Liberdade no Direito - ou no Estado) a substância é a Liberdade e a qualidade, o acidente, é a juridicidade. Numa apreciação alta, o Filósofo do Direito encontra a Liberdade pura, antes mesmo de ela se haver tornado Liberdade jurídica.

Respeitando a liberdade, o Estado não está, condescendentemente, criando para si limitações que poderia não criar (Teoria da autolimitação do Estado). O que ele faz é ficar onde deve estar: a noção de Estado, o Estado por definição, tem certos limites lógicos. Se o Estado se contém dentro desses lindes, ele está se realizando em sua plenitude, apenas sem procurar ser mais do que é e mais do que deve ser. O Estado que não respeita os limites do seu Ser, já não é apenas Estado, isto é, organização jurídica; passa a ser organização da força e da violência. Vai além do Direito e contra o Direito <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Hélio Tornaghi. *Manual de Processo Penal*, Vol. I, pp. 28/29.

Os direitos individuais têm por objeto assegurar o livre desenvolvimento, a liberdade de realização do indivíduo. O Estado falha em sua missão, frauda sua finalidade e perde sua razão de ser quando desrespeita a liberdade individual.

A Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo a evolução histórica da *Magna Carta Libertatum*, de 1215, confirmada em 1225 e novamente ratificada em 1297; do *Statutum de tallagio non concedendo*, de 1297, a princípio taxa cobrada pelos Reis pelo uso de terras da Coroa, mais tarde, tributo pago aos senhores em geral, pelo aproveitamento de seus feudos; da *Petition of Rights*, de 1628; do *Habeas Corpus Act*, de 1679; do *Bill of Rights*, de 1689, do *Act of Settlement* de 1701, assegura nos incisos do seu art. 5º este estado de liberdade jurídica ao cidadão, ao estabelecer:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

E como primado da segurança jurídica, essência do Estado Democrático de Direito, assegura a liberdade individual com o princípio da legalidade, do direito à ampla defesa e ao contraditório, além da aplicabilidade do princípio da isonomia.

“I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

A viga mestra de todo esse sistema se assenta, como não poderia deixar de ser, no princípio da legalidade, gênero de direito individual indisponível, que tem como suas espécies o contraditório e a ampla defesa.

Procurando dar efetividade aos direitos fundamentais que assegura, a Carta Política de 1988 deu ao Ministério Público a função de:

“Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”



Desta forma, o *Parquet*, que até então retirava da legislação ordinária sua legitimação para a tutela do meio ambiente, por exemplo, quando o protege hoje, está, pela sistemática constitucional, garantindo o direito à vida, direito fundamental da pessoa, e que agora tem sua legitimação de defesa conferida à uma função essencial do Estado, que é o Ministério Público.

Da mesma forma, todos os direitos subjetivos públicos assegurados ao longo da lei maior, quando expressões desses mesmos direitos, impõem a atuação dessa nova função do Estado, organizada à semelhança dos chamados Poderes da República.

Mas não se pense que os ataques à Liberdade somente podem provir de autoridades administrativas. Também o legislador pode feri-la. Daí o poder dado ao Judiciário de exercer o contraste da constitucionalidade das leis.

## 2. A natureza jurídica dos chamados interesses difusos

Assim, todos os direitos subjetivos públicos assegurados na Constituição da República, têm a tutela, por imposição constitucional, do Ministério Público, que deverá praticar todos os atos necessários para garanti-los.

Essa concepção, esse modo de atuar a partir dessa legitimação, é que coloca o *Parquet* como tutor do princípio da isonomia, por exemplo, quando pratica ações para obrigar ao cumprimento do preceito do art. 205, que determina que a educação é direito de todos e da família, o que determina que a União aplique nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, **na manutenção e desenvolvimento do ensino**, sendo que nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição o poder público deve aplicar, pelo menos, **cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 220, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental** (art. 60 do Ato das Disposições Transitórias).

Mas essa forma de atuar para proteger a liberdade individual como um todo é mais sentida quando o Estado desrespeita o princípio da legalidade, instituindo tributo sem observância à adequação prevista na lei maior.

Quando o indivíduo é compelido a pagar ao Estado determinada prestação não autorizada pela Constituição, não apenas se infringe o princípio da legalidade, mas em verdade se inobserva o primado básico de sua existência que se assenta na idéia de segurança.

Assim, todos os direitos subjetivos públicos como expressão direta dos direitos fundamentais têm a natureza jurídica de interesses difusos, pois, quando não observados, atingem o próprio Estado Democrático de Direito, legitimando o Ministério Público à prática de atos para restabelecer a lesão que atinge a toda a coletividade.

### 3. O primado da legalidade e o sistema de controle de inconstitucionalidade das leis

Há dois tipos de controle que decorrem explícita ou implicitamente da Constituição da República. O por via de **ação direta**, previsto em matéria federal no art. 103 c/c 102, inc. I, letra "a", da C.R., e o por via de **u**, decorrente do sistema, e previsto implicitamente no art. 102, inc. III, letra "a" da Carta da República, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, arts. 176 e segs., no art. 480 do Código de Processo Civil e no Regimento Interno de todos os tribunais da federação, este consubstanciado no princípio de qualquer juízo, desde a mais inferior instância, não está obrigado a aplicar ou respeitar lei que considere inconstitucional.

Sem um sistema que garanta o controle da legalidade dos atos do Estado, não será possível o regime democrático e a garantia das liberdades públicas no Brasil.

Como instrumentos constitucionais de tutela desse estado de liberdade, a Constituição assegura o mandado de segurança, para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (inc. LXIX do art. 5º da C.R.), além do mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania (inc. LXXII). Portanto, quando a carência de norma impossibilite a efetividade desses direitos.

Para o controle da legalidade dos atos do Estado, usualmente, o Ministério Público e o particular têm utilizado a ação civil pública para sua tutela.

Entretanto, é importante observar que assim como se tem utilizado esse instrumento para a defesa do cidadão contra a cobrança ilegal de tributos, o próprio mandado de segurança se presta a tal finalidade, desde que a questão que embasa a ordem de não cobrar seja fundada em uma inconstitucionalidade <sup>2</sup>.

A posição restou positivada na lei 8.625, de 12.2.93 que em seu art. 32, conferiu expressamente a legitimidade para o mandado de segurança ao *Parquet*, que estabeleceu:

“Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na lei orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

---

<sup>2</sup> Para um aprofundamento sobre a legitimação do Ministério Público no mandado de segurança para controle da legalidade da atuação estatal, ver o nosso *Direito Público - Temas Polêmicos*, p. 23.



I - impetrar *habeas corpus* e **mandado de segurança** e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes.”

São as hipóteses de cobrança de taxas de iluminação pública ou renovação de alvará, por exemplo, onde a constrição ao pagamento contrasta com o conceito expresso na lei maior.

Nesses casos, o controle incidental tem sido o mais utilizado para a defesa do Estado de Direito, pois a ação direta de inconstitucionalidade, embora a mais eficaz, não tem a peculiaridade de pretender a abstenção da cobrança de forma célere.

As formas incidentais de controle, normalmente utilizadas através da ação civil pública (lei 7.347/85), têm sido de extrema eficácia, embora o pedido de segurança seja ainda mais rápido, pois após as informações, terá o magistrado que prolatar a sua decisão.

#### **4. Os interesses difusos e os efeitos jurídicos das decisões por via de ação direta e incidental no controle da constitucionalidade**

Entretanto, tal realidade tem sido obstada por considerações que partem da premissa de que os efeitos do controle incidental, em ações de tutela de interesses difusos, são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, abrindo a possibilidade de decisões conflitantes entre os juízos de primeira instância, os Tribunais de Alçada, e os Tribunais de Justiça competentes para julgar em ação direta a pretensão declaratória de lei inconstitucional.

**Arnold Wald**, por exemplo, em artigo intitulado “Usos e Abusos da Ação Civil Pública”, afirma que, em várias oportunidades, tem ela sido utilizada como verdadeiro substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para o julgamento do Juiz singular e não do Supremo Tribunal Federal, na esfera da União <sup>3</sup>.

E sustenta sua posição, afirmando:

“Ora, conhecemos no Direito brasileiro os controles abstrato e concreto. O abstrato é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e o controle só se aplica em casos específicos ou de modo incidental. Como a decisão da ACP tem efeitos *erga omnes*, não pode ensejar o controle da constituição da lei por via disfarçada, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>3</sup> “Seleções Jurídicas ADV”, janeiro de 1995, p. 8.

Esta impossibilidade decorre da inviabilidade das duas conseqüências alternativas:

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 Supremo Tribunal Federal.

O caráter excepcional do controle de constitucionalidade *in abstracto* foi salientado, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Moreira Alves, que a respeito afirmou:

“O controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o incidente *tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consecutório, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado” (RE nº 91.740-RS, in RTJ 93 (1) 361/462).”

E prossegue:

“A tese do descabimento da utilização da ação civil pública para afastar normas inconstitucionais teve, aliás, o ensejo de ser defendida, em Congresso do Ministério Público e em outros pronunciamentos, pelo Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes.

Por sua vez, vários acórdãos consideram a ação imprópria para este fim, destacando-se os acórdãos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que se manifestaram em ações civis públicas intentadas para que fosse devolvido aos contribuintes o IPTU inconstitucionalmente aumentado pelo Município.



Neste sentido, decidiu a egrégia 1ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ao apreciar a Apelação Cível nº 191130194, em 10.12.91, esclarecendo na ementa do acórdão que: “Ação civil pública. Ação direta de inconstitucionalidade de tributo travestida de ação civil pública. Descabimento.”

O acórdão reconheceu que inexistia viabilidade de ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos e acrescentou que também era imprópria a ação para pretender que fosse reconhecida uma inconstitucionalidade *erga omnes*. Foi a seguinte a conclusão da decisão: “Existe ainda uma outra razão para idêntico resultado. É que, em se tratando de tributo acoimado de inconstitucional, há a previsão constitucional de ação direta de inconstitucionalidade. O art. 102 da Constituição da República atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originalmente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O art. 97 da Constituição Estadual atribuiu ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante a Constituição Federal, inclusive por omissão. Ora, tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos produzem efeitos *erga omnes*.

Admitida, portanto, a ação civil pública para obstar a cobrança de tributo havido por inconstitucional, **abre-se a possibilidade de prestação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes***, o que resulta absurdo. Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação civil pública julgada pelo Tribunal de Alçada, afirmando a inconstitucionalidade de um tributo municipal e uma outra ação direta de inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça. Qual decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro lugar? A proferida por último? A proferida pelo Tribunal Superior? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade da ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade” (julgados do

No mesmo sentido do estudo e com as mesmas dúvidas o acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, na apelação nº 3.269/96 em ação civil pública para obstar a cobrança da taxa de iluminação pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro.

As afirmações, e as decisões, com todas as vênias, parte de uma premissa errada que os conduz a uma conclusão infundada.

Consideram que os efeitos do controle de inconstitucionalidade por ação direta são os mesmos do *incidenter tantum* em ação civil pública.

Mas assim não é.

Estabelecem os arts. 460, 461, 468 e 469 do Código de Processo Civil que:

“Art. 460 - É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Art. 468 - A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469 - Não fazem coisa julgada:

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

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

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

Esses os preceitos que informam a sistemática do Código de Processo Civil no que respeita à correlação entre o pedido e a sentença e os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Estabelece, portanto, a lei de processo, várias premissas.

No que respeita a pedidos de abstenção de cobrança de taxas inconstitucionais por inadequação ao conceito expresso na Constituição da República (art. 145, inc. II), a primeira delas, conforme os arts. 460 e 461, é a de que o pedido, na ação civil pública ou no mandado de segurança, é sempre o de obrigar o Poder Público a se abster da cobrança. Este o limite objetivo da sentença.



A decisão nesse sentido faz coisa julgada *erga omnes*, por força do art. 16 da lei da ação civil pública (lei 7.347/85), apenas nos limites do pedido. Em outras palavras, o Poder Público estará, na hipótese de procedência, obrigado a não cobrar a taxa correspondente ao serviço a todos os sujeitos passivos da obrigação. Não pode pretender cobrar de uns e beneficiar outros. Na situação inversa, poderá cobrar de todos. Estes os limites subjetivos da demanda.

No que respeita a esses limites determinados no art. 468, são partes nesse processo todos os sujeitos passivos tributários, ou melhor, todos os beneficiários do serviço que embasa a cobrança, representados em juízo ativamente pelo Ministério Público ou qualquer pessoa jurídica legitimada pela lei ordinária (lei nº 7.347/85, art. 5º), e no polo passivo o ente público titular do injustificado crédito tributário.

No caso de procedência da pretensão, os parâmetros deste pedido se limitam a impor ao Poder Público a obrigação de não cobrar, partindo-se da análise incidental de que o pagamento é abusivo por inconstitucional. É como se o juiz dissesse: por no meu juízo considerar inconstitucional a lei que instituiu o dever de pagar, determino que o credor tributário não efetue a cobrança enquanto não declarada inconstitucional ou não a exigência.

Este juízo prejudicial sobre a inconstitucionalidade não faz coisa julgada, nos expressos termos do art. 469, inc. III do C.P.C., como referimos.

Como então atribuir-lhe efeitos *erga omnes*?

Perdoem-nos a ousadia, mas, ao que parece, confunde-se os efeitos de fato produzidos pelo ato jurídico sentença, com os efeitos jurídicos decorrentes da decisão que declara, por ação direta, a inconstitucionalidade ou não da lei.

Já no século passado, **Adolf Wach** se referia aos efeitos da sentença como fato ao tratar da intervenção de terceiros (*Thatbestandswirkung des Urtheils*), no seu *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, parágrafo 55, p. 626.<sup>4</sup>

Toda a doutrina alemã posterior estudou os efeitos reflexos ou colaterais da sentença.

No caso da ação civil pública ou mesmo no mandado de segurança, a questão prejudicial da inconstitucionalidade, no que respeita às partes do processo tem apenas efeitos *erga omnes de fato*.

Note-se que a pretensão, em qualquer hipótese, é constitutiva negativa, pois envolve obrigação de não fazer, com efeitos *ex nunc*.

Não se deve confundir com a decisão declaratória sobre a inconstitucionalidade, essa sim, com efeitos *erga omnes de iure*, pois torna certo o que antes era incerto, retirando do mundo jurídico a força vinculante do preceito acoimado de inconstitucional ou declarando a constitucionalidade no caso de improcedência e obrigando, conseqüentemente, a todos, o seu cumprimento.

---

<sup>4</sup> Hélio Tornaghi. *Instituições de Processo Penal*, Vol. IV, p. 353.

A eficácia da decisão na ação direta, segundo voto do Ministro Moreira Alves “se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional (e, portanto, nulo desde a origem) ou constitucional (e, conseqüentemente, válido)”<sup>5</sup>.

Os italianos chamam a sentença declaratória de *setenza di accertamento* e os alemães *Feststellungsurteil*. Ensina Helio Tornaghi, que quando se fala em sentença declaratória (meramente declaratória) o que se quer referir não é apenas a operação lógica de acertar, de tornar certo o que antes era incerto. **É, sim, a operação lógica que dá força de coisa julgada a esse pronunciamento. A sentença meramente declaratória esgota a prestação jurisdicional ao tornar indiscutível o que antes podia ser disputado. É um fim. Produz efeitos *ex tunc***<sup>6</sup>.

Na hipótese de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça, ou pelo Supremo Tribunal Federal, na órbita da Justiça Federal, que nesses casos declaram a constitucionalidade da lei, com efeitos *erga omnes*, aqui sim com eficácia jurídica, ou seja, com o poder causal de afirmar a constitucionalidade, obrigando a todos sua observância, não colide com a decisão de primeira instância ou em grau de recurso do Tribunal de Alçada ou Justiça por suas Câmaras que, *incidenter tantum*, em ação civil pública, considera a inconstitucionalidade e por via de conseqüência, determina a abstenção da cobrança.

Isto porque, nesta hipótese, estará o Poder Público, por sentença, esta sim, com efeitos *erga omnes de iure*, obrigado a respeitar a autoridade dessa decisão, e por via de conseqüência, afastada a obrigatoriedade da abstenção da cobrança que considerou como premissa a inconstitucionalidade.

É importante observar que a existência de interesse difuso determina a impossibilidade de identificação dos beneficiários da suspensão da cobrança inconstitucional, pois o direito em discussão é de todos.

Assim, no exemplo da taxa de iluminação, o simples fato de uma pessoa se mudar para o Município que instituiu sua cobrança a coloca como titular desse interesse.

Da mesma forma todos os consumidores que adquirirem bens de consumo no Município pagarão o custo da taxa repassado aos produtos pelos comerciantes.

### **5. A natureza cautelar do controle incidental de inconstitucionalidade nas ações de interesse difuso**

Como se pode notar, a decisão incidental em pretensão de tutela de interesses difusos tem natureza jurídica de ação cautelar, pois subsiste até os efeitos da coisa julgada na ação direta.

---

<sup>5</sup> “Ação direta de constitucionalidade 01 - Voto do Ministro Moreira Alves, *apud* Clémerson Cléve - *A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 162.

<sup>6</sup> *Instituições de Processo Penal*, Vol. IV, p. 383.



O que realmente caracteriza às providências acautelatórias e as distingue das demais é o fato de elas serem provisórias e instrumentais.

Destinam-se a vigorar enquanto não se tomam as definitivas, e nisso consiste sua provisoriedade.

As providências assecutatórias se destinam a prevenir, com a necessária urgência, o dano que resultaria da demora da providência definitiva, e, no caso de tributos, a proliferação de demandas individuais para a repetição do indébito, na hipótese da ação direta declarar a inconstitucionalidade da cobrança.

A providência definitiva, decorrente da ação direta, e ditada após o cuidadoso estudo da matéria de fato e de direito, atende às exigências da Justiça; a provisória, ordenada com presteza e celeridade, responde aos reclamos de segurança.<sup>7</sup>

Ainda mais, quando o que se tutela é o direito fundamental da pessoa de só ser compelido a fazer alguma coisa em virtude de lei que não confronte com a Constituição da República.

O controle incidental nas ações de interesse difuso assegura o Estado de Direito, dando efetividade aos direitos fundamentais expressos na Constituição.

Garante o sistema da Constituição rígida no Direito Brasileiro, revelando-se de grande utilidade na proteção das liberdades públicas no Brasil, tutelando os direitos que a Carta da República assegura.

Por todas essas razões, parece oportuna a lição de **Ronaldo Poletti**, quando afirma:

“as eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados da lei inconstitucional antes da declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidos sem prejuízo da dogmática do controle de constitucionalidade. O fundamento para essa solução há de estar na própria ordem jurídica, a qual está, teoricamente, apta a resolver todos os casos, ainda que nela não explicitados. Assim é, que há categorias jurídicas a aplicar àquelas situações, como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei ( não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz social, etc. Tais categorias devem ser utilizadas, e certamente isto acontece, pelos Tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição da Justiça.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Hélio Tornaghi, *ob. cit.*, vol. 3, p. 7.

<sup>8</sup> *O Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 119.

E **Rubio Llorente**, quando trata da Jurisdição constitucional como forma de criação do Direito assevera:

“É necessário, todavia, certa dose de criatividade.”<sup>9</sup>

Hipótese mais complexa seria a de duas ações diretas, a primeira no âmbito do Estado federado, argüindo a inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual que colide com artigo da Carta Estadual que reproduz preceito da Constituição da República. Aqui sim cabe a indagação: Qual decisão prevalecerá, posto que ambas têm efeitos *erga omnes de iure*?

É evidente que a do Supremo Tribunal Federal, que como Corte Constitucional da República, tem jurisdição em toda a Federação, cabendo-lhe a guarda da Constituição nos expressos termos do art. 102, inc. I, letra “a” da lei maior:

“Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I - processar e julgar originariamente:  
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

No sentido da possibilidade, já se manifestou a Corte Constitucional ao afirmar:

“Ementa: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros.

Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, como possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz norma constitucional federal de observância

---

<sup>9</sup> “La Jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. *Revista de Derecho Constitucional Española*, 1988, 22, pp. 36 e segs.)



obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.

Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.”<sup>10</sup>

Por todas essas razões, vê-se que o controle incidental de inconstitucionalidade nas ações de interesse difuso é importante instrumento de segurança da estabilidade das relações jurídicas no Estado Democrático de Direito, e de forma alguma compromete o sistema de controle de inconstitucionalidade das leis no Brasil.

Em verdade, é o mais eficaz meio de defesa contra os abusos do Poder Público à liberdade jurídica estabelecida com a Constituição da República.

---

<sup>10</sup> RCL-383; Reclamação – Julgamento 11/06/1992 – Tribunal Pleno – DJ 21/5/93.

---

(\*) **Luiz Fabião Guasque é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.**

---