

Taxa de Iluminação Pública. Legitimação do MP para a tutela do princípio da legalidade tributária. Possibilidade de controle incidenter tantum em ação de interesse difuso

Recorrente: *M.P.E.R.J.*

Recorrido: *Prefeitura Municipal de Duque de Caxias.*

RAZÕES

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

Da exposição do Fato e do Direito

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs Ação Civil Pública, visando obrigar o Município de Duque de Caxias a se abster da cobrança da taxa de iluminação pública.

A causa de pedir foi o fato de a referida taxa, cobrada com base na lei municipal nº 439/82, alterada pela de nº 639/84, ter hipótese de incidência própria de imposto, o que determina a inconstitucionalidade de sua cobrança.

Nestes termos, o objeto da ação foi “a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei municipal nº 439/82, e a conseqüente procedência do pedido para determinar a cessação definitiva da cobrança da taxa de iluminação pública” (fls. 9).

Entendeu o Juízo de primeira instância que nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição da República:

“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”.

Assim sendo, “a hipótese dos autos versa sobre direito individual de cada contribuinte pagar ou não taxa de iluminação, portanto, nitidamente patrimonial”.

Desta forma, “à luz da Constituição da República, o Ministério Público não tem legitimidade para defender o contribuinte em ação civil pública”.

E conclui: “considerando que o principal alicerce da presente ação é a alegação de inconstitucionalidade da taxa de iluminação e tendo em vista o disposto no art. 158, IV, a, da Constituição do Estado, deve o referido tributo ser objeto de ação

direta de inconstitucionalidade, a ser proposta pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, perante o Egrégio Tribunal de Justiça, deste Estado”.

Em consequência, indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos dos arts. 295, II, e parágrafo único, III, e 267, I, do Código de Processo Civil (fls. 18/19).

“Art. 295. A petição inicial será indeferida:

.....
.....

II - quando a parte for manifestamente ilegítima;

.....
.....

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

.....
.....

III. o pedido for juridicamente impossível;

Contra a mesma interpôs o *Parquet* apelação (fls. 21/24), insurgindo-se contra a negativa da legitimação constitucional do Ministério Público posto que “a afronta ao princípio da legalidade, pelo Município, na cobrança de taxa decorrente da prestação do serviço essencial de fornecimento de energia elétrica, já legitimava o Ministério Público à propositura de medidas para impedir a ilegalidade e garantir o direito fundamental da pessoa de não ser impelido a fazer alguma coisa em virtude de uma lei que confronta com a Constituição da República e a Carta Estadual”. (A hipótese de incidência se contrapõe ao conceito de taxa expresso no art. 145, inciso II da Lei Magna).

Em segunda instância, após manifestação da Procuradoria de Justiça às fls. 36/39, e nova manifestação do juízo às fls. 42/44, entendeu a 5ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro em negar provimento ao recurso, entendendo que o Ministério Público não é legitimado à propositura da ação civil pública, posto que o defendido é individual plúrimo, patrimonial e disponível, abrangendo apenas uma parcela da comunidade” (fls. 56).

E, tomando como arrimo de sua fundamentação acórdãos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, considera que “admitida, portanto, 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”.

E demonstra sua perplexidade ao anuir às perguntas:

“Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação 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 deste caos está a demonstrar a impossibilidade da ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade”.

Além disso, entendeu que o conceito de serviço não se adequa ao de prestação de iluminação pública, nos termos do art. 3º, par. 2º, do Código de Defesa do Consumidor (fls. 56).

A demonstração do cabimento do Recurso Extraordinário

A decisão afronta, claramente, os preceitos do art. 127, *caput*, 129, incisos II, III, e 145, inc. II, todos da Constituição da República.

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

Está, portanto, claramente, na Constituição da República, a colocação do Ministério Público como legitimado extraordinário constitucional, para a defesa do princípio da legalidade, primado do Estado Democrático de Direito.

Este princípio, Direito Fundamental da Pessoa, está insculpido no inciso I do art. 5º da Lei Fundamental, que por sua vez o repete quando trata das limitações ao poder de tributar no art. 150, inciso I.

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

Por via de consequência, se a lei que obriga o pagamento da taxa de iluminação pública é inconstitucional, ou seja, não se adequa ao conceito expresso na Constituição da República, sua cobrança afronta o princípio da legalidade, legitimando, por conseguinte, o Ministério Público, conforme a sua legitimação extraordinária constitucional da carta política.

Além disso, comete ainda ao *Parquet* no art. 129, incisos II e III:

“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

.....
.....
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

No âmbito dos entes federados, segue-se a mesma sistemática de competência privativa da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, inciso XII, letra “a” da C.R.).

Isto porque, a atividade de exploração é considerada de interesse público, que por via de consequência o coloca como serviço de relevância pública, conforme a diretriz do constituinte originário.

Desta forma, o juízo de ilegitimidade do Ministério Público afronta, ainda, a tutela de direitos decorrentes da inobservância do princípio da legalidade na prestação de um serviço de relevância pública prestado pelo Estado ou seus delegatários.

Por via de consequência, sua cobrança por uma taxa que não se adequa ao conceito expresso na lei maior (art. 145, II), traduz afronta a interesses difusos, posto que atinge a todos os munícipes que serão obrigados ao pagamento da taxa de iluminação pública “incidente sobre os imóveis habitados que possuem luz elétrica, na área atendida pela Light, desde que situados em logradouros abrangidos por iluminação pública”, conforme o art. 1º da referida lei municipal (fls. 35).

Portanto, a decisão nega também vigência ao art. 145, inc. II (conceito de taxa) e ao art. 129, incisos II e III, como referimos.

Se não bastasse, afasta o controle *incidenter tantum*, tradicional no direito brasileiro, e previsto implicitamente no art. 102, inc. III, letra “a” da lei magna, no art. 176 e segs. do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 480 e segs. do Código de Processo Civil.

As razões do pedido de reforma da decisão recorrida

Em síntese, a decisão de indeferimento da inicial e conseqüente extinção do processo se funda nas seguintes premissas:

1. Ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, onde pretende obrigar o Poder Público a abster-se da cobrança de taxa afrontando o princípio da legalidade, por considerar tratar-se de direito patrimonial disponível;

2. Inexistência de interesse difuso na relação jurídica entre os contribuintes e a Administração que pretende a cobrança de taxa sem base legal, afrontando o princípio da legalidade tributária;

3. a prestação do serviço de iluminação pública e a taxa que o remunera não se adequam ao conceito de serviço;

4. Impossibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade *in-cidenter tantum* em ação civil pública, posto que seus efeitos seriam os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Estado Federado.

Vejam-se se nos é possível enfrentar todas essas questões.

1. O Código Civil Brasileiro, no seu art. 289, inciso III, atribui ao marido a titularidade das ações judiciais relativas aos bens dotais da mulher, ao prescrever:

“Art. 289 - Na vigência da sociedade conjugal, é direito do marido:

.....
.....

III - Usar das ações judiciais a que derem lugar.”

O legislador, por razões de conveniência, substituiu aquele que ordinariamente seria legitimado por terceiro, que é então a parte legítima, a parte em sentido formal, que vai pleitear em nome próprio direito alheio. Esse fenômeno foi estudado por **Josef Kohler** que falou em estado processual (**Prozesstandschaft**). **Chiovenda** propôs a expressão **substituição processual**, adotada entre nós (**Hélio Tornaghi, Comentários ao C.P.C., Vol. I, p. 100**).

É despiendo lembrar que a legitimação extraordinária do marido, para defesa dos bens dotais da mulher, não é contestada na doutrina ou na jurisprudência.

Por que então a perplexidade, quando a Constituição da República incumbe ao Ministério Público a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, no seu art. 127?

Por que a dúvida, quando mais adiante, no art. 129, inc. II, a lei maior arrola como funções institucionais do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”?

Será que, por tratar-se de normas constitucionais, não têm a mesma amplitude e aplicabilidade do preceito do Código Civil?

É evidente que não. As normas constitucionais, por esta natureza, têm sempre a interpretação mais ampla possível em sua aplicabilidade.

Não me parece que possam infundir dúvidas os preceitos que conferem ao *Parquet* legitimação extraordinária constitucional para defender em nome próprio os direitos fundamentais da pessoa assegurados na Carta da República.

Dentre eles, inscreve-se o princípio da legalidade tributária, pedra de toque do regime democrático e alicerce da ordem jurídica.

Se o Município cobra taxa de iluminação pública que não se adequa à sua hipótese de incidência determinada na Constituição da República, tal situação afronta o direito fundamental da pessoa de só ser obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei que, evidentemente, não confronte com a ordem jurídica estabelecida pela lei maior. Sua inobservância atinge direitos fundamentais da pessoa, produto de lutas na história da humanidade, onde no século XVIII e especialmente quando da libertação Americana, em 1776, e da revolução francesa de 1789, já se havia chegado a uma formulação mais ou menos precisa de tais direitos.

Portanto, não há como negar que a afronta a esse princípio atinge o primado do Estado de Direito, que assenta seu fundamento na idéia de segurança, calcada no princípio da legalidade, legitimando o Ministério Público à sua defesa.

Não é por outra razão que o Superior Tribunal de Justiça, instado a se manifestar sobre a legitimação do Ministério Público na hipótese, reafirmada pela legislação infraconstitucional, julgou:

“Processual Civil. Ação Civil Pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de iluminação pública. Possibilidade.

A lei nº 7.347, de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto.

O art. 21 da lei nº 7.347, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública a defesa dos interesses e “direitos individuais homogêneos”, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (artigo 81, parágrafo único, III, da lei 8.078/90).

Os interesses individuais, “in casu”, (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública, embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - “A ação coletiva”.

O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais n^{os} 25/77 e 272/85 são anteriores a Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inúmeras demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito da causa. Decisão unânime.” (Rel. Min. Demócrito Reinaldo - 1^a Turma, acórdão n^o 49272 de 21/09/94 - sentença confirmada - decisão unânime).

Note-se que a decisão trazida à colação pela ilustre juíza em primeira instância (fls. 43) e referida no venerável acórdão da 5^a Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro (fls. 53), que teve como Relator o mesmo Ministro Demócrito Reinaldo, tem por objeto impedir o aumento de imposto predial. Portanto, inaplicável à hipótese presente.

E, no mesmo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, referido no acórdão, vamos encontrar várias decisões acolhendo a legitimidade do Ministério Público para a tutela desses mesmos interesses:

“1. Taxa de iluminação pública. Ação declaratória de inexigibilidade. Inconstitucionalidade. Controle Difuso. 2. Tributo - Direito individual. Tutela. Ação civil pública. Cabimento - Lei Municipal. Cobrança incabível. Serviço insuscetível de utilização individual e mensurável. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimação ativa.” (Rel. Maria Isabel Brogini - Rec. n^o 194113460 de 20/12/94, 1^a Câmara Cível - sentença confirmada - decisão unânime).

“Ação civil pública. Propositura pelo Ministério Público. Legitimidade. Taxa de iluminação pública. Ilegalidade da cobrança pelo Município. Falta dos requisitos de especificidade e divisibilidade. A cobrança da taxa, como pretendida, é ilegal, sendo desnecessária ação direta de declaração de inconstitucionalidade. Recurso improvido.” (Rel. Ari Darci Wachholz, Rec. n^o 194242186 de 29/08/95 - Confirmaram a sentença unânime).

No mesmo sentido dos julgados, apenas para ilustrar, as decisões de n^{os}. 193165057 de 21/12/93, da 1^a Câmara Cível, Rel. Salvador Horácio Vizzotto - sen-

tença confirmada - unânime; 194082400 de 16/08/94, Rel. Salvador Horácio Vizzotto, 1ª Câmara Cível - dado provimento parcial. Maioria; 193110731 de 31/08/93, Rel. Heitor Assis Remonti, 1ª Câmara Cível - denegaram - unânime; 195038880 de 29/10/95, Rel. Ari Darci Wachholz, 1ª Câmara Cível - negado provimento - unânime.

E, também no mesmo sentido, apenas em hipótese de ação civil pública proposta por associação de defesa do consumidor, mas enfrentando a questão da inconstitucionalidade incidental, que trataremos adiante, vamos encontrar:

“Ação civil. Taxa de iluminação pública. Incompetência do juízo. Legitimidade ativa e passiva. Código do Consumidor. Incabimento da cobrança de taxa. Perda e danos. Não há incompetência do juízo monocrático para examinar e julgar ação civil que visa impedir a cobrança de **taxa de iluminação pública**. controle difuso da constitucionalidade das leis. Firmado convênio entre município e a CEEE, para cobrança e arrecadação da **taxa de iluminação pública**, detém legitimidade para opor-se a tal exigência a associação de defesa do consumidor criada no âmbito municipal (art. 2º, e art. 81, da lei 8.078/90), assim, como está legitimada passivamente a sociedade de economia mista estadual, que pelo convênio recebe porcentagem na arrecadação da **taxa** e a inclui em suas contas mensais de energia elétrica. **A iluminação pública** constitui serviço genérico à disposição de toda a comunidade e por isso não pode ser objeto de **taxa**. Art. 77 e art. 79, do C.T.N. Ao Município que, conveniado com a CEEE, cobra taxa indevida não pode imputar a inexecução de obrigação, na cobrança indevida, donde o incabimento de condenação em perdas e danos. Apelações e recursos adesivos improvidos e sentença confirmada em reexame. Unânime.” (APC nº 194176772 de 30/03/95, Segunda Câmara Cível do T.A. Rel. João Pedro Freire).

Portanto, os comandos constitucionais em análise, de forma clara, precisa, infismável, cometem ao Ministério Público o dever de agir para tutelar a observância do princípio da legalidade tributária pelo Estado.

2 e 3. Também correlato com esta legitimação, está o conceito de “serviço de relevância pública” expresso no art. 129, inciso II da Carta política.

É do nosso sistema federativo que a organização dos entes federados de menor atribuição siga os princípios determinados para a União (art. 25, *caput*, e 29 da C.R.).

Neste aspecto, compete à União “**explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos**” (art. 23, inc. XII, letra “b” da C.R.).

Como então considerar-se que o fornecimento de energia elétrica não é “serviço”? Note-se que não só o é, como a Constituição ainda o considera de relevância pública, posto que explorado por delegação pela empresa pública LIGTH.

Tanto isso é verdadeiro, que em todas as contas de energia elétrica é cobrado o ICMS, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Por tudo isso, não podemos deixar de afirmar a existência de interesse difuso na relação jurídica entre os contribuintes e a administração, que pretende a cobrança de taxa inconstitucional.

Nunca é demais repetir que a natureza desses interesses difusos decorrem da inobservância do princípio da legalidade, direito subjetivo público da pessoa em face do Estado, posto que a Constituição da República o assegura como Direito fundamental, como assinalamos.

Assim, o simples fato de uma pessoa se mudar para o Município com iluminação pública, o coloca como titular desse interesse.

Da mesma forma, todas as pessoas que adquirirem bens de consumo no Município pagarão o custo da taxa, repassado aos produtos pelos comerciantes do Município.

Pergunta-se: é possível determinar tais pessoas? É evidente que não!

4. 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.

O acórdão, com todas as venias, parte de uma premissa errada que o conduz a uma conclusão infundada.

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

Mas assim não é.

Estabelece a lei de processo várias premissas.

No caso dos autos, a primeira delas, no que respeita aos arts. 460 e 461, é-a de que o pedido na ação civil pública foi o de obrigar o Município a se abster da cobrança da taxa de iluminação pública, 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 Município 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 de iluminação pública, representados em juízo ativamente pelo Ministério Público, e no pólo passivo o Município de Duque de Caxias.

No caso de procedência da pretensão, os parâmetros deste pedido se limitam a impor ao Município 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 institui o dever de pagar, determino que o Município 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-lhes efeitos *erga omnes*?

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

Já no século passado, **Adolf Wach** se referia aos efeitos colaterais da sentença como fato ao tratar da intervenção de terceiros (*Thatbestandswirkung des Urtheils*), no seu *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, parágrafo 55, p. 626. (**Hélio Tornaghi**, *Instituições de Processo Penal*, Vol. IV, p. 353).

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

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

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

Não se deve confundir com a decisão declaratória sobre a inconstitucionalidade, esta 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.

A eficácia da decisão da 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)" (Ação Direta de Constitucionalidade) 01 - Voto do Ministro Moreira Alves - *apud Clémerson Cléve - A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 162).

Os italianos chamam a sentença declaratória de *sentenza di accertamento* e os alemães *Feststellungsurteil*. Ensina **Hélio 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 nunc* (*Instituições de Processo Penal*, vol. IV, p. 383).

Na hipótese de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça, que nesse caso declara 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 do Alçada, 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 Município, 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.

Nesses casos, ao que parece, a decisão na ação civil pública faz as vezes de uma cautelar, até os efeitos da coisa julgada em ação direta.

Não há confronto nas decisões, posto que a causa de pedir não faz coisa julgada por expressa determinação do Código de Processo Civil, como vimos.

A esta altura, parece oportuna a lição de **Ronaldo Polletti**, quando afirma:

"as eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados da lei inconstitucional antes da

declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidas 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". (*O Controle da 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” (La Jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*, 1988, 22, pp. 36 e segs.)

Por sua vez, a possibilidade jurídica do pedido decorre de ser possível ao Estado se manifestar sobre o que peço, ou melhor, o ordenamento jurídico, pelo menos em tese, tem de haver imaginado a hipótese na lei.

O art. 3º do Código de Processo Civil estabelece que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, não se referindo à possibilidade jurídica do pedido. Isto se dá pelo fato de que a atividade de julgar: aplicar a lei ao caso concreto, implica necessidade de previsão legal implícita.

Antes da lei brasileira prever a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, não era possível fazer tal pedido.

No caso da inconstitucionalidade *incidenter tantum*, sua previsão está implícita 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, e se consubstancia no princípio de que qualquer juízo, desde a mais inferior instância, não está obrigado a aplicar ou respeitar lei que considere inconstitucional.

Portanto, como considerar-se a impossibilidade jurídica do pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade, se há previsão no ordenamento pátrio?

Hipótese mais complexa seria a de duas ações diretas, a primeira no âmbito do Estado federado, arguindo 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 esta 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, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.

Reclamação conhecida, mas julgada improcedente."

Por que então a perplexidade para a hipótese de confronto entre os efeitos de fato de uma decisão, e os efeitos jurídicos de ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente?

Por todas essas razões, espera o Ministério Público, seja substituída a r. decisão por acórdão desta Corte Constitucional, afirmado a legitimidade do *Parquet* na hipótese, bem como a possibilidade de constitucionalidade *incidenter tantum* na ação civil pública.

Rio de Janeiro, 1º de novembro de 1996.

Luiz Fabião Gasque

Promotor de Justiça-designado.