

**RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE ENTRE A DECISÃO NO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A DECISÃO COLETIVA COM
RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO:
O ESTUDO DO CASO DO "SALÁRIO ESPOSA" NO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS
(SP)**

**EQUIVALENT PRACTICAL RESULT BETWEEN THE DECISION IN THE
CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND THE COLLECTIVE
DECISION RECOGNIZING UNCONSTITUTIONALITY IN DIFFUSE CONTROL: THE
STUDY OF THE "WIFE'S SALARY" CASE IN THE MUNICIPALITY OF SÃO CARLOS
(SP)**

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini¹

Vitor Hugo Trindade Silva²

INTRODUÇÃO

A eficácia subjetiva da sentença proferida no processo coletivo é objeto de amplos estudos e análises. A concepção do próprio sistema de tutela de direitos metaindividuais exigiu um maior grau de detalhamento, pela necessidade de congregar os interesses de um grande número de pessoas em um processo, considerando ainda que esse grande número de pessoas não integra diretamente nenhum dos polos da relação jurídica processual.

A amplitude da eficácia subjetiva da sentença nos processos coletivos, não limitada apenas às partes da relação jurídica processual, torna possível a consecução dos próprios

¹ Possui graduação em Enfermagem pela Universidade de São Paulo (1986), graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1991), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Atualmente é professora do curso de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito ministrado pela Universidade de Ribeirão Preto. Juíza de Direito Titular da 4 Vara Cível de São Carlos-SP. Desde abril de 2021, a docente Flávia de Almeida Montingelli Zanferdin vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNAERP. E-mail: fzanferdini@hotmail.com

² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: vitor.husilva@sou.unaerp.edu.br

objetivos da tutela coletiva de direitos, especialmente em relação aos direitos individuais homogêneos. Visando esse objetivo, as normas que compõem o microsistema de tutela coletiva preveem dispositivos acerca da eficácia *erga omnes* da sentença (Lei da Ação Popular, artigo 18; Lei da Ação Civil Pública, artigo 16; Código de Defesa do Consumidor, artigo 103). Nesse ponto, a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade produz a mesma eficácia da decisão proferida nas ações coletivas.

Com suporte no princípio constitucional de acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, a inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos, por meio do controle difuso, pode compor o objeto dos processos judiciais (ABBOUD, 2017). A mesma premissa aplica-se aos processos coletivos.

A particularidade da similitude do efeito de ambas decisões torna-se controversa a partir de quando a sentença do processo coletivo, em que há o controle difuso de constitucionalidade, produz a mesma eficácia da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade. Apesar dessa singularidade, o processo coletivo não está submetido ao mesmo grau de exigência e nem aos mesmos requisitos, por exemplo, da ação direta de inconstitucionalidade.

Em decorrência dessa colidência, a Medida Provisória nº 1.570/97, depois convertida na Lei nº 9.494/97, alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública para limitar a eficácia da sentença à competência territorial do juiz na tentativa de restringir os efeitos da decisão no processo coletivo no qual há o controle difuso de constitucionalidade. Contudo, reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, a controversa identidade de efeitos entre a decisão do processo coletivo com controle difuso de constitucionalidade e a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade passou pela análise da jurisprudência.

Para a solução da controvérsia descrita, a jurisprudência fixou a tese de que a ação civil pública não se destina ao questionamento em abstrato da inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo. Por outro lado, até pela necessidade de prevalência dos direitos fundamentais em face de uma eventual inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, foi mantida a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, com algumas especificidades.

Entretanto, apesar da construção jurisprudencial, em algumas hipóteses, os efeitos da decisão do processo coletivo, que reconheça incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, pode corresponder exatamente aos mesmos efeitos práticos da decisão proferida no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Para análise dessa situação jurídica, o presente artigo desenvolve o estudo do caso do "salário esposa" no Município de São Carlos, através da análise da ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo contra a Fazenda Pública de São Carlos e Outros.

Adotando a metodologia analítico-dedutiva, com base em estudo de caso prático, buscar-se-á demonstrar que, por determinadas circunstâncias, os efeitos da decisão do processo coletivo que reconheça incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo pode produzir efeitos práticos iguais aos da decisão proferida no processo de controle concentrado de constitucionalidade.

2 ALTERAÇÕES NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A princípio, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública previa que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova" (BRASIL, 1985). Após a edição da Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública passou a prever que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova" - grifamos (BRASIL, 1997).

De acordo com a Exposição de Motivos nº 149, de 25 de março de 1997, que instruiu o processo legislativo que promoveu a alteração legal, seria necessária a modificação do artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, pela “conhecida deficiência do processo de ação civil pública que tem dado ensejo a inúmeras distorções, permitindo que alguns juízes de primeiro grau se invistam de uma pretensa jurisdição nacional” (BRASIL, 1997).

A Exposição de Motivos ainda acrescentou que:

A despeito das censuras já emitidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o mau uso da ação civil pública, inclusive como instrumento de controle de constitucionalidade com eficácia contra todos, persistem algumas tentativas de conferir eficácia universal às decisões liminares ou às sentenças dos juízes de primeiro grau (BRASIL, 1997).

Com a explanação desses elementos, a Exposição de Motivos concluiu pela imprescindibilidade “que se explicita, de certa forma, o óbvio, isto é, que a decisão judicial proferida na ação civil pública tem eficácia nos limites da competência territorial do órgão judicial” (BRASIL, 1997).

A Medida Provisória nº 1.570/97 foi editada em um contexto em que as decisões judiciais, proferidas em ações civis públicas com controle difuso de constitucionalidade de leis ou de atos normativos, produziam, na prática, a mesma eficácia das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade. Esse efeito decorria justamente da similitude entre a eficácia das decisões dos processos coletivos e a eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Em ambas hipóteses a decisão produz efeitos *erga omnes*.

Na prática ocorria um desvirtuamento do controle de constitucionalidade, em torno do qual havia uma série de requisitos constitucionais e legais, como, por exemplo, em relação aos legitimados e às espécies de atos normativos sujeitos a sua alçada.

Posteriormente a Medida Provisória nº 1.570/97 foi convertida na Lei nº 9.494/97 (BRASIL, 1997) e, por essas alterações, o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passou a circunscrever a eficácia subjetiva das ações civis públicas à competência territorial do juiz prolator da decisão (BRASIL, 1997).

Embora tivesse a finalidade de tentar corrigir essa distorção, a doutrina teceu inúmeras críticas a alteração legislativa por diversos motivos (ZANETI JR. e DIDIER JR., 2008, v. 4, p. 161; MAZZILLI, 2017, p. 698; MANCUSO, 2009, p. 322/323; GRINOVER, 2007, p. 942).

A despeito da motivação da alteração do artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a jurisprudência também apontou diversas inadequações técnicas, pela utilização incorreta de conceitos diferentes como se fossem sinônimos, *ex vi* os conceitos de efeitos e de eficácia adotados pela Medida Provisória e depois ratificados pela Lei nº 9.494/97 (BRASIL, 2016).

Dentre todas as análises da alteração do artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a conclusão mais importante foi a de que a pontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides (BRASIL, 2016).

Apesar da atecnia da Medida Provisória nº 1.570/97, depois convertida na Lei nº 9.494/97, os motivos que ensejaram a sua edição buscavam a solução para a controvertida eficácia da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pela via difusa, nos processos coletivos.

Na prática deparou-se com o fato de que as decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas no controle concentrado de constitucionalidade, tinham a mesma eficácia das sentenças proferidas nos processos coletivos, ainda em primeira instância, cujo pedido fosse a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela via difusa.

Embora o controle concentrado de constitucionalidade estivesse sujeito a um elevado grau de exigências e de requisitos, como por exemplo a representação adequada, a legitimidade e a pertinência temática, a decisão judicial acerca do controle difuso de constitucionalidade, proferida no processo coletivo, também tinha eficácia *erga omnes*, produzindo um efeito similar em ambas hipóteses.

A conjunção das inúmeras críticas doutrinárias e da existência de decisões judiciais repelindo a alteração promovida no artigo 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, resultou no questionamento da constitucionalidade da Medida Provisória nº 1.570/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97, junto ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP, como *leading case* (BRASIL, 2021).

Ao analisar a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal adotou as premissas de que:

1. A Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos interesses difusos e coletivos, não somente constitucionalizando-os, mas também prevendo importantes instrumentos para garantir sua pela efetividade.
2. O sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios meta individuais, atingiu status constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos, decorrente de uma natural necessidade de efetiva proteção a uma nova gama de direitos resultante do reconhecimento dos denominados direitos humanos de terceira geração ou dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade.

3. Necessidade de absoluto respeito e observância aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional.
4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional (BRASIL, 2021).

Em decorrência dessas premissas, no julgamento da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal firmaram-se as teses de que:

- I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original.
- II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).
- III – Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e, fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas (BRASIL, 2021).

Com a declaração de inconstitucionalidade da alteração promovida no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública pela Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97, a solução jurídica para a questão da eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas, que envolvam o controle difuso de constitucionalidade, foi encontrada pela jurisprudência, o que doravante se analisa.

3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E INCONSTITUCIONALIDADE

Deparando-se a jurisprudência com o fato de que as decisões prolatadas no controle concentrado de constitucionalidade tinham a mesma eficácia das sentenças proferidas nos processos coletivos, cujo pedido fosse a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela via difusa, fixou-se a tese de que o questionamento de lei em tese não poderia ser objeto de ação civil pública, de ação popular e nem de mandado de segurança.

Em seus precedentes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fixou a interpretação jurisprudencial no sentido de que é inadequada a pretensão voltada contra lei em tese, com caráter normativo, abstrato e geral, através de processo coletivo em sentido amplo, especialmente quando a declaração de inconstitucionalidade é formulada como fundamento da ação (SÃO PAULO, 2019).

O Supremo Tribunal Federal, exatamente no mesmo sentido, fixou a tese de que “a ação civil pública não é servil à obtenção da declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes” (BRASIL, 2013).

Na decisão, ainda houve a ponderação de que:

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. Traduzindo-se em pedido principal da demanda, não se pode falar, portanto, que se cuida de mero efeito incidental do que restou então postulado. In casu, verifica-se que a causa de pedir da ação civil pública é a própria declaração de inconstitucionalidade das leis municipais, no entanto, ainda que inviável a sua propositura, não há que se falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois, nos termos do art. 102, I, ‘a’, da Constituição Federal, somente os atos normativos federais e estaduais contestados em face da Constituição Federal sujeitam-se ao controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013).

A interpretação jurisprudencial, em suma, é a da inadequação da via eleita quando o processo coletivo é utilizado como supedâneo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Se a interpretação fosse outra, o resultado do processo coletivo resultaria no mesmo efeito (*erga omnes*) da ação direta de inconstitucionalidade, já que, nas duas hipóteses, a eficácia subjetiva da decisão judicial ultrapassa as partes formais do processo (CLÈVE, 2008).

Acerca desse aspecto, Mazzilli (2019, p. 195) destaca que:

O que não se tem admitido, porém, é que se use a ação civil pública ou coletiva para atacar, em abstrato, os efeitos erga omnes, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional. Com isso, em última análise, estaria o juiz a invadir atribuição constitucional dos tribunais, aos quais compete, com exclusividade, declarar a inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo, para, a seguir, ser provocada a suspensão de sua eficácia erga omnes. Com efeito, se numa ação civil pública um juiz singular pudesse cassar os efeitos pretéritos e ainda impedir todos os efeitos atuais e futuros de uma lei, porque inconstitucional, estaria na prática retirando-lhe toda a eficácia erga omnes, o que nosso sistema constitucional só admite possa ser feito originalmente pelos tribunais em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou, em alguns casos, em sede de ação interventiva.

No entanto, apesar da compreensão de que a ação civil pública não pode ser sucedâneo para o questionamento em abstrato da inconstitucionalidade de um lei ou de um ato normativo, o vício de constitucionalidade configura a causa de pedir também nos processos coletivos.

Para a efetiva compreensão, de modo geral, os elementos da demanda podem ser divididos em partes, pedido e causa de pedir (MACHADO, 2014). Por sua vez, a causa de pedir também pode ser subdividida em causa de pedir remota e em causa de pedir próxima (MACHADO, 2014).

Para Machado (2014), a causa de pedir remota seria a: *“descrição ou alegação dos fatos aptos – uma vez subsumidos às normas pertinentes – a produzirem os efeitos jurídicos pretendidos no pedido”*.

Por outro lado, ainda de acordo com Machado (2014), a causa de pedir próxima seria:

Constituída pela: (a) descrição das normas jurídicas aplicáveis ao caso, i.e. proposições jurídicas aptas a produzirem os efeitos pretendidos com o pedido; ou (b) descrição ou indicação do enquadramento dos fatos narrados como causa de pedir remota às normas jurídicas (proposições normativas) que, uma vez aplicáveis, seriam aptas a produzirem os efeitos pleiteados com a demanda.

A definição desses elementos é importante porque, em diversas situações fáticas, na análise da sua juridicidade, a descrição da causa de pedir próxima pode corresponder, em maior ou menor grau, ao próprio pedido. Nessa hipótese específica, de acordo com o entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência, a inconstitucionalidade não poderia ser objeto da ação civil pública, justamente porque os efeitos da decisão judicial seriam os mesmos produzidos pela ação direta de inconstitucionalidade, proferida no controle concentrado de constitucionalidade.

Acerca da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo como causa de pedir em ação civil pública, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que:

Iniciado o julgamento de reclamação na qual se alega ter havido a usurpação da competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a), por juiz federal de primeira Instância, em razão de ter deferido liminar em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, na qual se pleiteia a nulidade de enquadramento dos ex-ocupantes do extinto cargo de censor federal nos cargos de perito criminal e delegado federal de que trata a Lei 9.688/98, levado a efeito mediante Portarias do Ministro da Justiça, com a declaração incidenter tantum da inconstitucionalidade da Lei 9.688/98. O Ministro Carlos Velloso, relator, proferiu voto no sentido de julgar improcedente a reclamação por entender que o controle difuso de constitucionalidade de lei pode ser exercido em sede de ação civil pública, no juízo de primeiro grau, quando for necessário para a decisão de hipótese concreta, e que, na espécie, a declaração de inconstitucionalidade pleiteada pelo Ministério Público não consubstancia o pedido da ação civil pública, mas sim a causa de pedir (BRASIL, 2002).

Nada obstante a uníssona compreensão de que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo não pode ser objeto de ação civil pública, não há óbices para que a inconstitucionalidade, em controle difuso, seja trazida ao processo como a causa de pedir (CPC Art. 330, § 1º, I). Nesse caso, no entanto, é necessário que o pedido e a correspondente causa de pedir sejam criteriosamente delimitados, para que não haja uma intersecção entre ambos e não inviabilize o processamento da própria ação civil pública.

4 O CASO “SALÁRIO-ESPOSA”: MPSP vs. FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS E OUTROS

No município de São Carlos (SP), foi editada a Lei Municipal nº 7.508, de 21 de outubro de 1975, que, segundo a ementa, concedia aumento de vencimentos ao funcionalismo municipal e dava outras providências. Além do aumento do vencimento especificamente mencionado na ementa, a referida Lei também incluiu uma vantagem financeira para os servidores públicos municipais.

De acordo com o art. 2º da referida Lei Municipal nº 7.508, de 21 de outubro de 1975, seria "concedido mensalmente ao funcionalismo municipal, a partir de 1º de janeiro de 1976, o salário esposa, no valor de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros)" (SÃO CARLOS, 1975). Embora tenha sido editada com outro propósito, diferente da específica instituição do "salário esposa", a Lei Municipal não estabeleceu as premissas e nem especificou os critérios para a percepção do acréscimo nos vencimentos dos servidores públicos municipais.

Posteriormente, pela Lei Municipal nº 7.553, de 25 de fevereiro de 1976, foi alterado o parâmetro de cálculo do "salário esposa", passando do valor nominal de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros), que constava na Lei Municipal nº 7.508, de 21 de outubro de 1975, para o percentual "de 5% (cinco por cento) sobre o salário mínimo" (SÃO CARLOS, 1976).

Desde a sua edição, os dispositivos legais foram interpretados restritivamente, de forma que apenas os servidores públicos municipais do sexo masculino faziam jus ao recebimento do "salário esposa" (SÃO PAULO, 2017). Além disso, também foi apurado que o “salário esposa” era pago independentemente do valor dos vencimentos e independentemente da esposa exercer atividade remunerada (SÃO PAULO, 2017).

A aparente inconstitucionalidade dos dispositivos legais ensejou a instauração de inquérito civil, através do qual foram apuradas as bases dos pagamentos de vantagens pecuniárias a título “salário esposa”, bem como os valores, os percentuais e os destinatários (SÃO PAULO, 2017).

Posteriormente, ao final das apurações do inquérito civil, foi proposta ação civil pública que visava “a suspensão dos pagamentos e a declarar nulas as despesas doravante efetivadas com o pagamento do ‘salário-esposa’ previsto nas Leis Municipais nº 7.508, de 21 de outubro de 1975, artigo 2º, e nº 7.553, de 25 de fevereiro de 1976, artigo 7º” (SÃO PAULO, 2017).

Os fundamentos da referida ação civil pública foram (SÃO PAULO, 2017):

- 1) a existência de discriminação de gênero;
- 2) a ausência de razoabilidade na instituição de vantagem remuneratória, apenas decorrente do fato de o servidor público municipal ser casado;
- 3) a violação ao princípio da isonomia;
- 4) a indevida utilização do salário mínimo como indexador da vantagem remuneratória;
- 5) a violação ao artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Pelas apurações e pelo que consta no processo judicial correspondente, de fato, apenas os servidores públicos municipais do sexo masculino, casados ou em união estável, faziam jus ao recebimento da vantagem pecuniária denominada “salário-esposa”. Por outro lado, as servidoras públicas municipais do sexo feminino, mesmo que casadas ou em união estável, não faziam jus ao recebimento dessa vantagem pecuniária (SÃO PAULO, 2017).

A despeito dos outros vícios de inconstitucionalidade em torno dos atos normativos, as leis municipais que instituíram e reajustaram o “salário-esposa” no âmbito do Município de São Carlos estabeleciam uma forma de discriminação de gênero, pelo fato de a vantagem pecuniária ser paga apenas aos servidores públicos municipais do sexo masculino casados ou em união estável. Com esse teor, e pela interpretação dele decorrente, as leis municipais contrariavam expressamente o artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, segundo o qual *“são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX - proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”*.

Além da proibição de diferença de salários pelo gênero, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal também estabelece, como objetivo fundamental, que a República Federativa do Brasil deve “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o que não foi observado na aplicação concreta das Leis Municipais nº 7.508, de 21 de outubro de 1975, e nº 7.553, de 25 de fevereiro de 1976.

Malgrado o descompasso entre os atos normativos e a Constituição Federal acerca da discriminação, também não havia supedâneo constitucional, seja na Constituição Federal, seja na Constituição Estadual, para a instituição de uma vantagem pecuniária para os servidores públicos municipais pelo simples fato de serem casados ou de viverem em união estável. Esse tipo de vantagem pecuniária não efetivava qualquer valor constitucional para o atendimento de uma finalidade social ou coletiva, em prol da população.

Não havia, nas regras motrizes federais ou estatais, qualquer disposição apta a fundamentar essa vantagem pecuniária, de forma que a inconstitucionalidade dos dispositivos também era dedutível pela ausência de atendimento à estrutura de valores prevista nas constituições. Nesse caso, a falta do embasamento pertinente, em particular, também violava os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em outras palavras, a instituição de benefícios ou vantagens, que não seja para o atendimento dos bens jurídicos ou dos valores constitucionais, não pode ser reputada como constitucional e deve ter sua concretude interpretada segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A análise da não conformação dos atos normativos com a Constituição Federal fica ainda mais clara quando a vantagem pecuniária, denominada de “salário-esposa”, é contraposta aos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade.

De acordo com Silva (2002, p. 30):

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

No caso concreto, o “salário esposa”, ainda que instituído pelas Leis Municipais nº 7.508, de 21 de outubro de 1975, e nº 7.553, de 25 de fevereiro de 1976, não estava adequado aos fins previstos pelas Constituições Federal e Estadual, por não haver fundamento para a instituição de uma vantagem pecuniária aos servidores públicos municipais apenas pelo fato de serem casados ou, contemporaneamente, viverem em união estável, em detrimento das aspirações da sociedade para com o Estado.

A instituição do “salário esposa” também não perfazia nenhuma necessidade de concretização de um direito, ainda que dos servidores público, porque a sua previsão original ocorreu justamente através de uma lei municipal que concedia aumento de vencimentos ao funcionalismo municipal. Uma análise criteriosa leva a conclusão de que, no caso concreto, ocorreram simultaneamente dois aumentos salariais, estabelecendo diferentes classes de servidores públicos.

Em que pesem os vícios relacionados, ao estabelecer e diferenciar os servidores públicos, as Leis Municipais nº 7.508, de 21 de outubro de 1975, e nº 7.553, de 25 de fevereiro de 1976, também violaram a proporcionalidade em sentido estrito por estabelecer distinções entre duas (ou mais) pessoas que exercem exatamente a mesma função, mas que recebem diferentes contraprestações de acordo com o estado civil ou com o gênero.

Considerando todos esses elementos de forma conjunta, a sentença proferida na ação civil pública julgou procedente o pedido para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Municipal nº 7.508, de 21 de outubro de 1.975, e do artigo 7º da Lei Municipal nº 7.553, de 25 de fevereiro de 1.976, assim como para condenar os Requeridos na obrigação de não fazer, ou seja, na obrigação de não promover novos pagamentos a título de "salário esposa" (SÃO PAULO, 2018).

Essa é a premissa necessária para a compreensão do objeto do presente artigo, sendo indiferente os demais atos ou decisões do processo utilizado como parâmetro.

A inconstitucionalidade no caso em análise foi reconhecida apenas de forma incidental, os efeitos da decisão judicial são análogos aos da decisão que eventualmente pudesse ser proferida em controle concentrado de constitucionalidade das mesmas Leis. A identidade, nesse caso, tem relação com o fato de as pessoas jurídicas de direito público, que são os

ordenadores das despesas de pessoal denominada de "salário esposa", serem partes no processo coletivo e não propriamente pelos efeitos da decisão judicial.

Como a coisa julgada, nesse caso, atinge diretamente as partes do processo e considerando que as normas inconstitucionais têm uma aplicação dirigida a um grupo específico de pessoas (servidores públicos municipais de São Carlos casados, do sexo masculino), os efeitos da decisão judicial se assemelham, na prática, aos efeitos da decisão judicial proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Em ambas hipóteses, embora por fundamentos diversos, a pessoa jurídica de direito público, a quem caberia o pagamento da vantagem pecuniária denominada de "salário esposa", não pode manter a ordenação dessa despesa de pessoal e tampouco manter os pagamentos correspondentes.

Na hipótese do caso em estudo, como efeito do controle difuso, a cessação da vantagem pecuniária denominada de "salário esposa" para os servidores públicos municipais de São Carlos casados e do sexo masculino decorre diretamente da condenação na obrigação de não fazer, ou seja, na obrigação de não promover novos pagamentos a título de "salário esposa". Por outro lado, se a decisão tivesse sido proferida em controle concentrado, as pessoas jurídicas de direito público, a quem caberiam o pagamento da vantagem pecuniária denominada de "salário esposa", não poderiam manter a ordenação dessa despesa de pessoal e nem manter os pagamentos correspondentes por falta de fundamento legal, decorrente da inconstitucionalidade da norma.

Nos dois casos, seja por uma ou por outra via, as decisões judiciais conduziriam necessariamente ao mesmo resultado prático equivalente.

CONCLUSÃO

Ainda que a doutrina e a jurisprudência convirjam no sentido de que a ação civil pública não pode ser sucedâneo para o questionamento em abstrato de lei em tese, de forma similar ao controle concentrado de constitucionalidade, há a compreensão geral de que a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo podem compor a causa de pedir nos processos coletivos.

No entanto, para que essa opção seja viável, faz-se necessária a observância criteriosa e a estrita delimitação da causa de pedir e do pedido, na petição inicial das ações

coletivas, para que não haja intersecção entre ambos e, assim, inviabilize-se a tutela jurisdicional coletiva.

Uma das mudanças na Lei da Ação Civil Pública tentou, de forma atécnica, corrigir as distorções que a eficácia *erga omnes* da sentença coletiva produzia quando o controle de constitucionalidade era um dos seus capítulos, com a decisão acerca do questionamento da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, de forma abstrata. Com a declaração de inconstitucionalidade da alteração promovida pela Medida Provisória nº 1.570/97, que depois foi convertida na Lei nº 9.494/97, sendo expressamente repristinada na decisão judicial a redação original do artigo 16 da Lei 7.347/85, coube à doutrina e, principalmente, à jurisprudência o papel de delimitar o campo da ação civil pública para que os efeitos da decisão judicial coletiva não se equiparassem aos efeitos da decisão judicial no controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, nada obstante a fixação do campo da ação civil pública no controle de constitucionalidade, ainda remanescem hipóteses que, na prática, as decisões judiciais produzem resultados práticos equivalentes. Essa singularidade tem mais correlação com o objeto e os destinatários da norma inconstitucional, assim como com as partes do processo judicial, do que propriamente com os efeitos da decisão.

Em alguns casos, a lei ou o ato normativo têm um destinatário próprio, a quem compete a atribuição legal para o seu integral cumprimento. Nessas hipóteses, quando a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo é declarada, em controle difuso, em um processo judicial no qual o detentor da atribuição legal para o seu cumprimento integra a relação jurídica processual, os efeitos dessa decisão produzem um resultado prático equivalente ao resultado dos processos judiciais de controle concentrado de constitucionalidade, embora estejam sujeitos a diferentes níveis de exigências e requisitos.

Enquanto no controle concentrado de constitucionalidade a lei ou o ato normativo deixam de ser aplicados em decorrência da declaração da sua nulidade, no controle difuso de constitucionalidade a lei ou o ato normativo deixam de ser aplicados pela sujeição das partes aos efeitos da decisão judicial. Nesses casos, os efeitos práticos de ambas decisões judiciais são os mesmos.

Conclui-se que, embora sujeitas a diferentes requisitos constitucionais e legais, há hipóteses em que a decisão proferida no processo coletivo, em que o controle de

constitucionalidade seja a causa de pedir, pela via difusa, produz resultados práticos equivalentes aos da decisão proferida no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, a pesquisa também constatou que essa similitude decorre da correlação entre o conteúdo e os destinatários da norma inconstitucional, bem como das partes do processo judicial, quando estas têm a atribuição exclusiva de cumprimento da norma declarada inconstitucional, não aplicável como efeito decorrente da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Controle difuso de constitucionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2ª Edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/56/edicao-2/controlado-difuso-de-constitucionalidade>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/15636884>. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 149, de 25 de março de 1997, da Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14308?sequencia=381>. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial nº 1.243.887/PR. Direito Processual. Recurso representativo de controvérsia (art. 543-C, CPC). Direitos

metaindividuais. Ação civil pública. APADECO x BANESTADO. Expurgos inflacionários. Execução/Liquidação individual. Foro competente. Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Limitação territorial. Impropriedade. Revisão jurisprudencial. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada. Recorrente: Banco Banestado S/A. Recorrido: Deonísio Rovina. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 19 de outubro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1091364&num_registro=201100534155&data=20111212&formato=PDF. Acesso em: 08 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.134.957/SP. Embargos de divergência. Processual Civil. Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Ação Coletiva. Limitação apriorística da eficácia da decisão à competência territorial do órgão judicante. Desconformidade com o entendimento firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo representativo de controvérsia (REsp nº 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão). Dissídio jurisprudencial demonstrado. Embargos de divergência acolhidos. Embargante: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Embargado: Caixa Econômica Federal e Outros. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 24 de outubro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300519527&dt_publicacao=30/11/2016. Acesso em: 08 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP (Tema 1.075 da Repercussão Geral). Constitucional e Processo Civil. Inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 9.494/1997. Ação Civil Pública. Impossibilidade de restrição dos efeitos da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator. Repercussão geral. Recursos extraordinários desprovidos. Recorrente: Caixa Econômica Federal e Outros. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 08 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346690863&ext=.pdf>. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 9.973/MG. Reclamação. Ação Civil Pública. Lei Municipal. Declaração de Inconstitucionalidade. Inviabilidade. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência. Controle concentrado. Atos normativos federais e estaduais. Reclamação a que se nega seguimento. 1. A ação civil pública não é servil à obtenção da declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. Precedente: Rcl 1503, Redator para o acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 10/02/2012. 2. O sistema constitucional brasileiro não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal que tem, como competência precípua, a sua guarda. Precedente: Rcl 337, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/1994.”. Reclamante: Município de Amparo da Serra. Reclamado: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova (MG). Relator: Ministro Luiz Fux, 05 de março de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=127031541&ext=.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É inconstitucional a delimitação dos efeitos da sentença proferida em sede de ação civil pública aos limites da competência territorial de seu órgão prolator. *Dizer o Direito*, Manaus, 2021. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2021/04/o-art-16-da-lei-de-acao-civil-publica-e.html>. Acesso em: 07 out. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano, v. 45, p. 141-154, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; PFEIFER, Roberto; DENARI, Zelmo; OLIVEIRA FILHO, Vicente Gomes de (colaborador); BRAGA, João Ferreira (colaborador). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Causa de pedir e teoria da relatividade do fato essencial. *Revista de Processo*, v. 237, n. 2014, p. 89, 2014.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da ação civil pública. *Revista Jurídica*, nº 337, p. 9-20, 2016.

MAZZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. SÃO CARLOS. Lei Municipal nº 7.508, de 21 de outubro de 1.975. Concede aumento de vencimentos ao funcionalismo municipal e dá outras providências. São Carlos, SP, 21 de outubro de 1.975. Disponível em: https://cache.gtp.net.br/index.php?/70792/lei/arquivo/CODIGOLEI_2492.pdf. Acesso em: 12 abr. 2023.

SÃO CARLOS. Lei Municipal nº 7.553, de 25 de fevereiro de 1.976. Concede abono de emergência aos funcionários e servidores ativos e inativos da Prefeitura, Câmara Municipal e do SAAE e dá outras providências. São Carlos, SP, 25 de fevereiro de 1.976. Disponível em: https://cache.gtp.net.br/index.php?/70792/lei/arquivo/CODIGOLEI_2533.pdf. Acesso em: 12 abr. 2023.

SÃO PAULO. Promotoria de Justiça de São Carlos. Petição Inicial da Ação Civil Pública nº 1008140-64.2017.8.26.0566. São Carlos, SP: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FQ0002W6H0000&processo.foro=566&processo.numero=1008140-64.2017.8.26.0566>. Acesso em: 12 Abr. 2023.

SÃO PAULO. 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1008140-64.2017.8.26.0566. Processual Civil. Ação Civil Pública.

Pretensão aforada pelo Ministério Público contra entes municipais para o fim de obter declaração (dita incidental) de inconstitucionalidade de leis municipais que instituíram salário-esposa. Inadequação da via eleita contra lei em tese. Precedentes do STF e deste TJSP. Ação civil, ação popular e mandado de segurança não se prestam a questionar lei em tese. Proposta de extinção do processo sem resolução do mérito. Falta de legitimidade e inadequação da via eleita. Tese rechaçada pela maioria (vencido o Relator), para prosseguir no julgamento do mérito. Ação Civil Pública. Município de São Carlos. Instituição de salário-esposa por Lei Municipal de São Carlos. Pretensão aforada pelo MP contra entes municipais para obter declaração incidental de inconstitucionalidade. Não ofensa a dispositivos da Constituição de 1988. Sentença de procedência da ação reformada. Recurso da Câmara Municipal provido. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FQ0002W6H0000&processo.foro=566&processo.numero=1008140-64.2017.8.26.0566>. Acesso em: 12 Abr. 2023.

SÃO PAULO. Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Carlos. Sentença. Ação Civil Pública nº 1008140-64.2017.8.26.0566. São Carlos, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FQ0002W6H0000&processo.foro=566&processo.numero=1008140-64.2017.8.26.0566>. Acesso em: 12 Abr. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, p. 23-50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coisa Julgada no Processo Jurisdicional de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli (coord.); FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.); GHIGNONE, Luciano Taques (coord.). Improbidade Administrativa. Salvador: Editora Juspodium, 2012, p. 419-429.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 4 - Processo Coletivo. 3ª Edição. Salvador: Editora Juspodium, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

Submetido em 05.10.2023

Aceito em 10.10.2023