

paulista, Professor José Frederico Marques, num “não senso”, ou seja, numa verdadeira, e até inconcebível, falta de senso...

- 6.6. De qualquer modo, equívocos como esse, realmente graves, prestam-se para reforçar a convicção de que, na grande maioria dos casos, a *ação civil pública* é mesmo utilizada abusivamente, pelo Ministério Público. E, por via de consequência, inviabilizam o pretendido êxito da atuação ministerial, e — o que é pior, — ao contribuírem, vigorosamente, para abarrotar, mais e mais, as prateleiras de Cartórios, se traduzem num autêntico desserviço à administração da Justiça, com evidente prejuízo para a já sufocada atividade jurisdicional...
- 6.7. Tratá-se, enfim, de quadro inescandível, indisfarçável e realmente chocante, que se consubstancia em inusitada e caótica situação, merecedora de profunda meditação de todos nós, especialmente dos Senhores Ministros, Desembargadores e Juízes aqui presentes.

Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade

Dr. Gilmar Mendes
Procurador Geral da República

Constitui hoje quase um truísmo a constatação de que o surgimento de uma moderna sociedade de massas está a exigir o desenvolvimento de novas formas jurídicas que superem, tanto quanto possível, o modelo processual calcado numa concepção individualista de direito subjetivo.

Não são poucos os autores que destacam a necessidade de adoção de institutos que permitam a superação desse modelo processual de caráter individualista, permitindo não só a adequada defesa de determinados interesses que, do contrário, restariam desprotegidos, mas também uma efetiva economia processual, que pouparia o Judiciário de um número elevado de processos idênticos¹.

Como se sabe, no Brasil, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, consagrou a ação civil pública como instrumento de defesa dos chamados “interesses difusos e coletivos”. Nos termos da própria Lei especial, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto da ação civil pública na ordem jurídica brasileira, estando a sua utilização condicionada, fundamentalmente, apenas à própria definição do conceito jurídico indeterminado relativo aos “interesses difusos e coletivos”.

Esse objeto extremamente amplo tem ensejado, não raras vezes, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade. A despeito do embaraço que não raras vezes provoca, o tema não tem merecido, com uma ou outra exceção, reflexão mais acurada no âmbito da nossa Dogmática Constitucional.

¹ Capelletti, Mauro, *Vindicating the Public Interest through the Courts*, in: *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, New York, Toronto, 1991 (reimpressão), p. 268 s

A pergunta básica que se pretende introduzir é a seguinte: é legítima a utilização da ação civil pública na ordem jurídica brasileira para obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo? Evidentemente, essa questão sugere desdobramentos: em face das próprias especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública, poder-se-ia ainda cogitar de um controle meramente incidental ou concreto de constitucionalidade cuja eficácia restaria limitada às partes envolvidas na controvérsia? Ou, de fato, estamos diante de um processo especialíssimo, de característica notoriamente objetiva, isto é, sem partes, no qual o requerente atua na defesa genérica do interesse público?

Não há dúvida de que as respostas a essas questões dependem de algumas reflexões sobre o próprio modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. O sistema adotado no Brasil, de inspurção americana, limitava-se, inicialmente, a um controle incidental ou concreto. A questão constitucional haveria de ser considerada no âmbito de um caso ou de controvérsia concreta entre as partes. A adoção da representação interventiva a partir, efetivamente, de 1946, ensejou o desenvolvimento do controle abstrato, consagrado pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965 e mantido pelo Texto Constitucional de 1967/69.

É verdade que o monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A ampla legitimação conferida ao controle abstrato levada a efeito em 1988, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial - ainda que não desejada - ao modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

A Constituição de 1988 reduziu, portanto, o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição

para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle, o controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, passando as questões constitucionais a serem veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

É importante notar, por outro lado, que, ainda sob o império da Constituição de 1967/69, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, dado o seu caráter eminentemente político, não poderia o controle de constitucionalidade das leis *in abstracto* ser adotado no âmbito das unidades federadas, mesmo que para o controle de legitimidade apenas das leis municipais.

A propósito, vale registrar pronunciamento do Ministro Moreira Alves no RE nº 91.740-RS:

“Com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido — como sucede no Brasil — ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle *incidenter tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), insito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao Judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato dos outros Poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os Poderes devem guardar obediência. Por isso mesmo, Willoughby (*The Supreme Court of the United States*, pág. 36, Baltimore, 1890) faz esta advertência:

‘Every act of the legislature is presumably valid. Its constitutionality can be tested only when brought before the court in a specific case. The court never goes to meet a law, nor anticipates its execution by an opinion as to its

constitutionality. The court is brought into the political arena, independently of its own will. It judges the law only because it is obliged to judge the case.
(Todo ato do Poder Legislativo é presumidamente válido. Sua constitucionalidade somente pode ser testada se trazida diante da Corte em caso concreto. A Corte nunca vai de encontro à lei, nem antecipa, em juízo sobre sua constitucionalidade, a execução que lhe dará. A Corte é trazida para a arena política independentemente de sua vontade. Ela julga a lei somente porque é obrigada a julgar o caso.)

Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado. Não há que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida — principalmente quando se trata, como no caso, de meio de controle para a preservação da obediência dela — por norma supletiva de Constituição Estadual. Se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições Estaduais, sob o pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais, e, portanto, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?

Ocorre, pois, no caso impossibilidade jurídica que reconheço de ofício².

Ressalte-se que na apreciação da questão destacou-se a singularidade desses tipos de processo consistente na necessária eficácia *erga omnes* do pronunciamento da Corte que profere a declaração de inconstitucionalidade.

A ela assim se referiu o Ministro Moreira Alves:

“(...) se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação — e isso hoje é matéria pacífica nesta Corte — que ela, transitando em julgado, tem eficácia *erga omnes*, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração *incidenter tantum*. O que implica dizer que se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada

2 RE 91.740-RS, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ, 93(1):461-2.

à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior; mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é da índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa³.

Também o Ministro Leitão de Abreu dela se ocupou, como se vê na seguinte passagem de seu voto:

“Gostaria de deduzir, com o desenvolvimento que o alto relevo dessa questão constitucional comportaria, as razões que, a meu sentir, militariam a favor da tese perfilhada pelo acórdão recorrido, se superáveis, em relação ao presente caso, todos os óbices que se levantam acerca do cabimento da representação proposta perante o Tribunal local, para a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, de que na hipótese se trata, por incompatibilidade com a Constituição Federal. Não achei meios jurídicos, todavia, que me habilitassem a vencer o obstáculo, levantado pelo Ministro Moreira Alves, no que diz respeito à situação que se criaria no caso de se declarar, pelo Tribunal de Justiça, inconstitucionalidade de lei municipal, por denotar conflito com a Carta Federal, sem que dessa decisão se manifeste recurso extraordinário. Transitada em julgado decisão dessa natureza, ficaria, na verdade, o Supremo Tribunal vinculado à declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Tribunal de Justiça e, por via de consequência, impossibilitado de julgar casos concretos futuros que, em recursos extraordinários, se trouxessem à sua apreciação. Como essa consequência, que seria inelutável, se me afigura, também, inadmissível, não há senão concluir, a meu ver malgrado a elegante construção jurídica do Tribunal paulista, pela inconstitucionalidade das expressões ‘inconstitucionalidade’ do artigo 54, I, e, da Constituição do Estado de São Paulo. Conhecendo, pois, do recurso, lhe dou provimento para que a inconstitucionalidade assim fique pronunciada⁴.RE 92.169-SP, Rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ, 103(3):1116-17..

Em outras palavras, reconheceu-se que a decisão de Corte estadual que declarasse a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, com eficácia *erga omnes*, poderia, de forma absurda, vincular o próprio Supremo Tribunal Federal.

3 RTJ, 103(3):1115.

4 RE 92.169-SP, Rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ, 103(3):1116-17.

A Constituição de 1988 resolveu a questão suscitada, autorizando os Estados-membros a instituir a ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual.

Antes de adentrarmos propriamente a questão sobre a admissibilidade de utilização da ação civil pública no âmbito do controle de constitucionalidade, faz-se mister proceder ainda a uma análise, ainda que ligeira, do modelo de controle incidental de constitucionalidade.

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade⁵. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, consagrava que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte”.

A matéria não sofreu alterações profundas nos textos subseqüentes. A declaração de constitucionalidade por via de exceção se erigiu, inicialmente, em dogma do novo regime. A “inconstitucionalidade — ensinava Rui — não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”⁶, uma vez que “o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal”⁷. E, dentre os requisitos elementares ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível “que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo”⁸.

É verdade, essa concepção ortodoxa sofreu profunda modificação na sua própria matriz, conforme demonstra George Jaffin no artigo intitulado “Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos”⁹. A ampla utilização da *injunction* como técnica do controle de constitucionalidade permitiu que se atenuassem, significativamente, as exigências para obter “uma declaração judicial sobre a validade da lei”, ensejan-

5 Carlos Alberto Lúcio Bittencourt. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 99; Celso Agrícola Barbi, Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil, RDP, 1(4):37; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Teoria das constituições rígidas, 2. ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 156.

6 Rui Barbosa. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in Trabalhos jurídicos, Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

7 Rui Barbosa. Os atos inconstitucionais..., in Trabalhos jurídicos, cit., p. 81.

8 Rui Barbosa. Os atos inconstitucionais..., in Trabalhos jurídicos, cit., p. 95, e O Direito do R Amazonas ao Acre septentrional, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1910, v.1, p. 103.

9 RF, 86:285 e s.

do a propositura de ações visando a impedir que determinado agente oficial desse execução a uma lei inconstitucional¹⁰. Admitia-se, como observado por Benjamin Cardozo, “que o prejudicado chorasse antes de sentir dor”¹¹. O reconhecimento da legitimidade da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade outorgou maior flexibilidade ao sistema, superando a exigência de uma controvérsia ou de um contraditório rígido e nem sempre autêntico¹².

Entre nós, a instituição das garantias constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança ampliou, significativamente, a chamada via de defesa ou de exceção contra o ato ou omissão eivado de inconstitucionalidade, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios em caráter preventivo¹³. Reconheceu-se, igualmente, a legitimidade da ação declaratória como instrumento processual hábil a obter a pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato desconforme com a ordem constitucional¹⁴.

Não se cuida mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lúcio Bittencourt¹⁵, ou de alegação de inconstitucionalidade emanada de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei, como preconizado por Buzaid¹⁶.

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. “É mister — diz Lúcio Bitten-

10 Jaffin, George, H., Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, RF 86, p. 287 e 281; Bittencourt, O controle jurisdicional, cit., p. 101; Alfredo Buzaid, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 24-6.

11 Apud Bittencourt. O controle jurisdicional, cit., p. 101.

12 Nashville C. and St. Louis Railway vs. Wallace 288 U.S. 249. Cf. Bittencourt, O controle jurisdicional, cit., p. 101; Alfredo Buzaid, Da ação direta, cit., p. 27-9; Jaffin, Evolução, RF, cit., p. 290-1; Eduardo Jiménez Arechaga, A ação declaratória de inconstitucionalidade na Constituição uruguaia de 1934, RF, 86:293-300.

13 Bittencourt, O controle jurisdicional, cit., p. 101 e 105-10; Alfredo Buzaid, “Juicio de amparo” e mandado de segurança, Revista de Direito Processual Civil, 5:69; Celso Bastos, Curso de direito constitucional, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 58-60.

14 Bittencourt, O controle jurisdicional, cit., p. 102-5.

15 O controle jurisdicional, cit., p. 97: cf., a propósito, Celso Bastos, Curso, cit., p. 58.

16 Da ação direta, cit., p. 24.

court — que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva”¹⁷.

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”¹⁸.

De qualquer sorte, impende salientar que, a partir de 1934, vem a ordem constitucional brasileira emprestando tratamento especial ao controle incidental de constitucionalidade.

Como se sabe, a Constituição de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 91, IV, c/c o art. 96). E, no art. 179, condicionou a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais ao sufrágio da maioria absoluta.

Tais modificações são reveladoras de uma nítida diferenciação no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Embora preservasse a competência do juiz singular para apreciar a questão constitucional, o constituinte estabelecia pressupostos para a declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais. Subordinou-se a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da lei ou ato à resolução do Senado Federal (art. 91, IV).

Não obstante, o sistema de declaração de inconstitucionalidade por todos os juízes e tribunais, exigida, no caso destes, a observância do *quorum* especial, e a suspensão pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional, pelo Supremo Tribunal, foram incorporados pela Constituição de 1946 (arts. 101, III, *b e c*, 200 e 64), pela Constituição de 1967/1969 (arts. 119, III, *a, b, c*, 116, e 42, VII) e pela Constituição de 1988 (arts. 97 e 52, X).

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência¹⁹. A decisão, “que não é feita sobre o objeto

principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”²⁰, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada.

Daí recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/1969, art. 42, VII)²¹.

A questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex-officio* pelo juiz ou tribunal²². Todavia, perante o tribunal, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada “pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial”, disciplinado no art. 144, V, da Constituição de 1967/1969²³.

A lei processual de 1973 introduziu, nos arts. 480 a 482, breve disciplina do controle de constitucionalidade *incidenter tantum* exercido por órgãos fracionários dos tribunais²⁴. Argüida, a qualquer tempo, a questão, o relator deverá submetê-la à Turma ou à Câmara competente para julgar o processo, após a audiência do órgão do Ministério Público (art. 480). Rejeitada a questão, terá prosseguimento o feito; acolhida, há de ser lavrado o acórdão a fim de ser submetida ao Tribunal Pleno (art. 481).

Acolhida a argüição, que poderá ser por maioria simples, “será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno” (art. 481), ou ao órgão especial (CF 1967/1969, art. 116 c/c o art. 144, V)²⁵. Dá-se “a cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie”²⁶.

20 Celso Bastos, Curso, cit., p. 59; Alfredo Buzaid “Juicio de amparo”..., Revista de Direito Processual Civil, cit, p. 69.

21 O ordenamento constitucional de 1988 manteve inalterada essa orientação (CF 1988, art. 52, X). A amplitude emprestada ao controle abstrato de normas e a adoção de novos institutos, como o mandado de injunção, permitem indagar se não seria mais coerente reconhecer eficácia *erga omnes* à pronúncia de inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida de que já não mais subsistem as razões que determinaram a adoção desse instituto pelo Direito Constitucional brasileiro.

22 Bittencourt, O controle jurisdicional, cit., p. 113.

23 Esse princípio foi mantido na Constituição de 1988 (art. 97).

24 José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1973, v. 5, p. 41; Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 6, p. 79 e s.

25 Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 82.

26 Moreira, Comentários, cit., p. 50.

17 Bittencourt, O controle jurisdicional, cit., p. 111-12; cf., sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, p. 795.

18 Alfredo Buzaid, “Juicio de amparo”..., Revista de Direito Processual Civil, cit. p. 69. Cf., também, Zagrebelsky, La giustizia, cit., p. 84; Mauro Cappelletti, La pregiudizialità, cit., p. 4-10.

19 Bittencourt, O controle jurisdicional, cit., p. 36-7 e 46.

O Controle Incidental de Normas no Supremo Tribunal Federal

O julgamento da matéria constitucional exige *quorum* de oito ministros (RISTF, art. 143, parágrafo único), somente podendo ser proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito ou ato impugnado se, num ou noutro sentido, se tiverem manifestado seis ministros (RISTF, art. 173, *caput*, c/c o art. 143).

Não será declarada a inconstitucionalidade se não for alcançada a maioria de seis votos (RISTF, art. 173 c/c o art. 174). Declarada, porém, a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, serão comunicados os órgãos interessados, remetendo-se cópia autêntica da decisão ao presidente do Senado Federal, para os fins do disposto no art. 42, VII, da Constituição Federal de 1967/1969.

Esta colocação parece explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal. A suspensão constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressalta, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”²⁷. Ora, é fácil ver, pois, que, no âmbito da sistemática adotada pela ordem constitucional brasileira, ao contrário da decisão proferida no controle direto ou concentrado, que, por sua própria natureza, é dotada de eficácia geral, a decisão manifestada no controle difuso ou incidental há de ter eficácia limitada às partes envolvidas na controvérsia. Eventual extensão da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal há de depender sempre do pronunciamento do Senado Federal.

27 RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RDA, 105:111(113). Evidentemente, esta eficácia ampla há de ser entendida com temperamentos. A pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base na lei inconstitucional, criando apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações. Tanto a coisa julgada quanto outras fórmulas de preclusão podem tornar irreversíveis as decisões ou atos fundados na lei censurada. Assim, operada a decadência ou a prescrição, ou decorrido in albis o prazo para a propositura da ação rescisória, não há mais que se cogitar da revisão do ato viciado. Alguns sistemas jurídicos, como o alemão, reconhecem a subsistência dos atos e decisões praticados com base na lei declarada inconstitucional, desde que tais atos já não se afigurem suscetíveis de impugnação. A execução desses atos é, todavia, inadmissível. Exclui-se, igualmente, qualquer pretensão de enriquecimento sem causa. Admite-se, porém, a revisão, a qualquer tempo, de sentença penal condenatória baseada em lei declarada inconstitucional (Lei do Bundesverfassungsgericht, § 79). A limitação da retroatividade expressa, nesses casos, a tentativa de compatibilizar princípios de segurança jurídica e critérios de justiça. Acentue-se que tais limitações ressaltam, outrossim, a necessária autonomia jurídica desses atos.

De todas essas digressões resulta ser inadmissível a criação de processos destinados a aferir a legitimidade de normas de forma abstrata ou com eficácia geral pelo legislador ordinário ou pelo constituinte estadual.

A ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade

Em face das características especiais que ornaram a ação civil pública seria lícito indagar sobre a sua adequação para o controle de constitucionalidade das leis na modalidade de controle incidental ou concreto. Em outros termos, seria possível que o juiz, ao apreciar pedido formulado em ação civil pública, afastasse topicamente a incidência ou a aplicação de uma dada norma federal ou estadual em face da Constituição Federal? Qual seria a eficácia dessa decisão?

É fácil ver, desde logo, que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de “processos subjetivos”.

A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesses próprios, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil senão impossível sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público²⁸.

Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”.

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria um afazer político de determinadas Cortes realça a impossibilidade de

28 Koch, Harald, *Prozessführung im öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, 1983, p. 103 s.

utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

Deve-se acrescentar, ademais, que o julgamento desse tipo de questão pela jurisdição ordinária de primeiro grau suscita um outro problema, igualmente grave, no âmbito da sistemática de controle de constitucionalidade adotada no Brasil. Diferentemente da decisão *incidenter tantum* proferida nos casos concretos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia fica adstrita às partes do processo, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo juiz de primeiro grau haveria de ser dotada de eficácia geral e abstrata. Nem poderia ser diferente: como as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico específico, mas, propriamente, na proteção do interesse público, qualquer pretensão no sentido de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processos apenas às partes formais do processo redundaria na sua completa nulificação.

Em outros termos, admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga de poderes direta à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pela Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia inter partes, dependendo a sua extensão da decisão do Senado Federal.

É certo, ademais, que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que, na ação civil ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo de uma impugnação direta de lei.

Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e

abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

É verdade que o tema ora abordado ainda não foi objeto de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal. É certo, porém, que, tal como enunciado, essas conclusões parecem encontrar respaldo pleno na jurisprudência da Corte Suprema. A par de outras decisões já mencionadas, afigura-se digno de referência acórdão recém-publicado, no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu Reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações e ajuizadas na 2ª e 3ª varas da Fazenda Pública da comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese²⁹.

A propósito, mencione-se a seguinte passagem do voto do eminente Relator, Ministro Francisco Rezek:

“A leitura do acervo aqui produzido faz ver que o objeto precípua das ações em curso da na 2ª e 3ª varas da Fazenda Pública da comarca de São Paulo é, ainda que de forma dissimulada, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Carta da República. As requerentes, ao proporem a providência cautelar, preparatória da ação principal, deixam claro que esta visa a “... decretar a ilegalidade da medida...” (fls. 34). Ocorre que a medida tida por ilegal é a própria lei. E o juízo de inconstitucionalidade da lei só se produz como incidente no processo comum — controle difuso — ou como escopo precípua do processo declaratório de inconstitucionalidade da lei em tese — controle concentrado³⁰.

Essa orientação da Suprema Corte reforça a idéia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública haverá de restar ainda mais evidente, porquanto, diversamente na situação referida no precedente referido, o autor aqui pede tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia *erga omnes*. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juízo monocrático terá força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade.

29 Reclamação nº 434, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 09.12.94.

30 Reclamação nº 434, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 09.12.94.

As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa, no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo — somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle —, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a infirmar a possibilidade de que se proceda ao controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública.

Assevere-se que a medida não se compadece com qualquer intenção de restrição do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Cogita-se, ao contrário, da possibilidade de fazê-lo com consequência, sem impugnar a higidez do complexo sistema de controle de constitucionalidade instaurado entre nós. Proposta neste sentido chegou a ser veiculada quando da Revisão Constitucional (1993-1994) pelo Deputado Adroaldo Streck, havendo o Relator-Geral, Deputado Nelson Jobim, contudo, optado por fórmula diversa, em que se conferia competência para tais processos aos Tribunais — vide Parecer nº 29, Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Tomo II, p. 29.

Deferindo-se a competência aos Tribunais, haveria de cogitar-se ainda de incidente de inconstitucionalidade que permitisse ao Supremo Tribunal Federal, provocado pela Corte inferior, decidir tão-somente acerca da questão constitucional em exame (vide Parecer nº 27, Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Tomo I, p. 317-8)³¹. Com isto, restaria preservada não só a competência da Corte Constitucional como também a possibilidade de tutela daqueles interesses.

31 Propunha-se então a adoção de dispositivo após o atual art. 103, com a seguinte redação: "Art. 104. O Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, de Procurador-Geral de Justiça ou de Procurador-Geral ou Advogado-Geral de Estado, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, nestes incluídos os atos anteriores à Constituição, e houver perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada. Parágrafo único. À decisão prevista no caput deste artigo aplica-se o disposto no § 2º do art. 102 e no § 1º do art. 103, da Constituição".

Contrato de Seguros e Liberdade Contratual
