

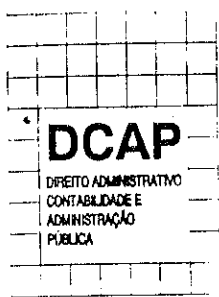
Ação livre Púnicas e Lament de Investicionarios

Gilmar FERREIRA Mendes

**DCAP**

**Direito Administrativo  
Contabilidade e  
Administração  
Pública**

 **IOB**  
informações objetivas



## O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Gilmar Ferreira Mendes\*

Nos últimos tempos, enceta-se discussão sobre a legitimidade de se utilizar a ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade de leis federais, estaduais ou municipais.

A discussão não é desprovida de sentido, até porque a decisão que, nesse processo, afirma a inconstitucionalidade de uma dada lei acaba por ser dotada de eficácia geral. Assim, muitas vezes a decisão proferida na ação civil pública pelo juízo monocrático provocará o esvaziamento do significado normativo de uma disposição. É lícito, pois, indagar sobre a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de controle de normas.

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 provoca, o tema não tem merecido reflexão mais acurada no âmbito da nossa Dogmática Constitucional.

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 inci-

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 inspiração americana, limitava-se, inicialmente, a um controle incidental ou concreto. A questão constitucional haveria de ser considerada no âmbito de um caso ou de uma 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.

Como visto, a Constituição de 1988 reduziu 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.

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

tucionalidade da lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão da decisão do Senado Federal.

Assim sendo, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que, na ação civil pública, ficar evidente que a *medida* ou *providência* que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é 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 de 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 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 tese<sup>10</sup>.

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 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 concentrado"<sup>11</sup>.

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 manifesta 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 a da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade.

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.

\* Procurador da República; Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB.; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação "Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos"; Doutor em Direito pela Universidade de Münster - República Federal da Alemanha - RFA (1990) com a dissertação "Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal", publicada na série "Schriften zum Öffentlichen Recht", da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (A tradução para o Português foi publicada sob o título "Jurisdição Constitucional", Saraiva 1996).