

4.7 TÉCNICA PROCESSUAL

4.7.1 Arguição *incidenter tantum* de inconstitucionalidade em processos subjetivos: o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos

Renato Franco de Almeida

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça. Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte. Especialista em Direito Público. Mestrado em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Pós-Graduação *latu sensu*. renatofranco@mp.mg.gov.br

Poderíamos elencar diversos fatores pelos quais o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos avultou de importância na atualidade. No entanto, parece-nos que apenas dois serão o bastante: a) a torrencial produção legislativa; b) a ideologia neoliberal oculta nessa legislação.

De efeito, cabendo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127 CR/88), nada mais razoável que se levante, incidentalmente, a questão da constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo que será utilizado como fundamentação legal da causa *petendi* ou que surja como base da contestação.

Daí pensarmos ser de bom alvitre o Promotor ou Procurador de Justiça, por ocasião da propositura da ação civil pública, da emissão do parecer ou da interposição do recurso, realizar uma pré-análise da legislação já utilizada ou a ser utilizada na demanda sob o aspecto constitucional.

Isso possui sua razão de ser no fato já mencionado da excessiva produção legislativa, que, não raras vezes, encerra um conteúdo que malfere o conjunto principiológico plasmado no texto constitucional. Com efeito, não é invulgar depararmo-nos com leis e atos normativos dos Poderes Políticos que traduzem o conjunto de idéias do grupo político que habita temporariamente o poder, em flagrante divergência com as cláusulas constitucionais regentes da matéria legislada.

Ademais, a dúvida constitucional levantada incidentalmente em uma demanda subjetiva encerra uma questão de ordem pública que concerne diretamente com a incolumidade e a estabilidade do ordenamento jurídico, não podendo o Juiz ou o

Tribunal se manter silente ao argumento de que o Juiz não precisa se manifestar sobre todas as questões agitadas pelas partes. Assim, em face da inércia do julgador, pensamos ser necessária a interposição de embargos declaratórios.

Por fim, impende ainda refletir sobre o estado vacilante de alguns tribunais sobre a possibilidade de agitar questões constitucionais em sede de processo coletivo. Estamos que a viabilidade de tal questionamento é incontestável, na linha argumentativa de Oswaldo Luiz Palu¹ e do próprio Supremo Tribunal Federal na Reclamação n.º 1.733-SP, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, que já pacificou a matéria.

Não obstante, cabe a seguinte lição doutrinária:

Na ação civil pública e em qualquer ação em que a inconstitucionalidade ocorra no sistema incidental-difuso, vem ela sempre proposta como questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença, não sendo o seu pedido mediato ou imediato (a utilidade efetivamente requerida); o objeto da ação civil pública e das ações coletivas é o constante de direito previsto na Constituição ou nas leis, tendo por eventual causa de pedir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (*causa petendi*); na ação direta de inconstitucionalidade esta é o próprio pedido, sendo objeto do processo expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional, no controle abstrato.

Infere-se, dessarte, que se torna de suma importância haver distinção entre o pedido principal posto na demanda coletiva e o pedido incidental referente à questão constitucional, para que não se interprete a ação civil pública ou coletiva como substitua da ação direta de inconstitucionalidade.

Nota:

¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 356p. p. 273-83.