

4.7 COMENTÁRIO A SÚMULAS OU JURISPRUDÊNCIA

4.7.1 Comentário a acórdão do TJMG que veda a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade pela via da ação civil pública

Cláudio Márcio Bernardes

Servidor do Ministério Público de Minas Gerais

Bacharel em Letras. Pós-graduado em Linguística.

Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público

claudiombernard@uol.com.br

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA E DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE PASSA QUATRO, CÂMARA DE VEREADORES e PREFEITO MUNICIPAL. REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA DA CÂMARA MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 57, § 7º, DA CR/88. PEDIDO MINISTERIAL PARA QUE O MUNICÍPIO E O PREFEITO FOSSEM CONDENADOS A SE ABSTEREM DE REALIZAR CONTRATAÇÕES DE MÃO-DE-OBRA, COM BASE NA REFERIDA LEI MUNICIPAL (LEI nº 1.691/2005), SOB PENA DE MULTA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 557, DO CPC. 1. Segundo dispõe o artigo 557, do CPC: "O relator negará seguimento a recurso, manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". 2. A melhor doutrina ensina que, "como a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça não tem admitido seja usada a ação civil pública da lei n. 7.347/85 ou a ação coletiva da Lei n. 8.078/90 como sucedâneo ou meio substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade, qualquer pedido que, em ação civil pública ou coletiva, visasse a retirar toda e qualquer eficácia abstrata de uma lei no seio social, equivaleria em termos práticos ao resultado de uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação interventiva. Então, para que se possa usar com êxito a ação civil pública ou coletiva, é necessário que nestas não se faça pedido que equivalha à ineficácia total da lei, nem mesmo de um único dispositivo dessa lei". 3. Nega-se seguimento ao recurso, com fundamento no artigo 557, do CPC, por estar em confronto com jurisprudência dominante de Tribunal Superior, STJ. Recurso desprovido à unanimidade de votos. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apelação cível nº 1.0476.05.001913-4/001 - relator: Des. Brandão Teixeira, órgão julgador: 2ª Câmara Cível, data do julgamento: 18/04/2006, publicação no DJ: 12/05/2006).

1 Introdução

A escolha deste acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais explica-se pelo fato de o assunto ser juridicamente instigante e de envolver o controle difuso de constitucionalidade pela via da ação civil pública. Mas o foco central da discussão reside no que concerne à defesa efetiva do patrimônio público e a preservação dos princípios constitucionais da moralidade e da probidade administrativas.

Quanto à admissibilidade da ação para realizar o controle difuso parece não haver mais dúvidas. O problema reside no efeito *erga omnes* do controle constitucional e a questão do interesse social. Como se notará adiante, não se deve restringir o controle difuso de constitucionalidade por via de ACP quando se estão em jogo os interesses da coletividade diante de lei formal ou

materialmente inconstitucional.

2 Comentários

Da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais por ocasião da negativa de provimento à apelação interposta pelo Ministério Público de Minas Gerais, pode-se extrair um fragmento da ementa ao acórdão que é extremamente relevante para estes comentários: [...] "Então, para que se **possa usar com êxito a ação civil pública ou coletiva**, é necessário que nestas não se faça pedido que **equivalha à ineficácia total da lei, nem mesmo de um único dispositivo dessa lei**" (grifos nossos).

Duas premissas subjazem dessa conclusão do TJMG:

1) *admite-se o uso da ação civil pública ou coletiva para se operar controle difuso de constitucionalidade.*

A deliberação do TJMG vai ao encontro das decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal. Como se pode constatar abaixo:

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. (Informativo STF, número 212)

Nessa mesma linha de entendimento:

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Precedente. IV. - Agravo não provido. (STF, 2ª Turma, AI-AgR 504856 / Distrito Federal, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento 21/09/2004, publicação no DJ 08-10-2004, p. 00018).

De igual modo, o STF também decidiu sobre o assunto em epígrafe:

Entendimento desta Corte no sentido de que "nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local". (STF, 2ª Turma, RE 227159 / Goiás, Relator Min. Néri da Silveira, Julgamento: 12/03/2002, publicação DJ 17-05-2002, p. 00073).

Pois bem, como se pode perceber pelos precedentes jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade por meio de ACP ou ação coletiva.

Assim, passemos a analisar a outra premissa que é a que provoca toda a celeuma quanto à sua interpretação.

2) o pedido, em ACP ou coletiva, que tangencie o caráter abstrato de uma lei, camufla, segundo o acórdão do TJMG, uma ação direta de inconstitucionalidade.

É esse o ponto da divergência. De um lado, temos o Ministério Público que: “intentou ação civil pública visando obstar a contratação de mão-de-obra temporária com base em lei nula, por vício em seu processo de formação”. Do outro lado, a decisão do TJMG que se apóia na seguinte argumentação: “a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça não tem admitido seja usada a ação civil pública da lei n. 7.347/85 ou a ação coletiva da Lei n. 8.078/90 como sucedâneo ou meio substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação interventiva. Então, para que se possa usar com êxito a ação civil pública ou coletiva, é necessário que nestas não se faça pedido que equivalha à ineficácia total da lei, nem mesmo de um único dispositivo dessa lei”.

É certo que formular pedido por intermédio de uma ACP para que o Juiz declare a inconstitucionalidade de lei seria uma forma velada de substituir uma ADI. Mas, *data venia*, isso não traduz o pedido principal do Promotor de Justiça apelante. A interpretação aplicada é restritiva e consiste em considerar o processo com um viés objetivo. As partes do processo da ACP são bem delimitadas e faz-se uma pretensão que não há de ser confundida com uma ADI. E é conveniente destacar que o pedido nunca deve ser subentendido. Luís Roberto Barroso (2003, p. 242) tem muito a contribuir com essa argumentação defendida:

O objeto imediato do pedido é a providência jurisprudencial solicitada, que na ação civil pública pode-se configurar, v.g. como a 'condenação' do réu a recompor o meio ambiente lesado, ou a retirar do mercado produto que possa causar dano à saúde dos consumidores; ou a 'declaração' de nulidade de ato lesivo à moralidade administrativa. Já o objeto mediato do pedido é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência: nos exemplos citados, o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225), a proteção à vida, saúde e segurança dos consumidores (Lei 8.078/90, arts. 6º, I, 8º, 10 e 102) e probidade na Administração Pública (CF, art. 37, 'caput', e § 4º). É claro que a tutela do interesse público, via de regra, estará presente, mas com feição nitidamente subsidiária. E isto, por si só, não é capaz de transmutar a natureza do processo ou encobrir a existência do caso concreto.

No caso em questão, caracteriza-se perfeitamente uma relação jurídica: o Ministério Público como parte-autora na defesa da ordem jurídica e do patrimônio público, o município de Passa Quatro, como parte-ré, e o Estado-Juiz como elemento pacificador. Tem-se, portanto, uma relação jurídico-processual **subjéctiva** cujo pedido convive patente no terreno da concretude. Não constitui um processo de caráter objetivo cuja validade alcance a todos. O que se pretende é evitar a contratação de mão-de-obra temporária do município, baseada em lei municipal inconstitucional. Somente isso. Não se ambiciona dar à decisão efeito *erga omnes*. Até porque se se conceber que toda ação coletiva, mesmo que de passagem, afeta a todos, impossível seria qualquer ação dessa natureza exercer o controle difuso de constitucionalidade. Na ACP que deu origem ao acórdão, não se pleiteou, conforme se depreende da própria ementa em comento, declaração de inconstitucionalidade. Nenhuma relação com o caráter abstrato da lei, que, até ser aí sim retirada do ordenamento jurídico por meio de uma ADI, não deve ter aplicação ao referido caso concreto, que se fundamenta pelo

interesse dos munícipes. Sobre o assunto, o professor Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 603 e 604) posiciona-se de maneira esclarecedora:

[...]

o pedido formulado em sede de *ação civil pública* em nada se confunde com o pedido formulado em sede de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos. Aqui se pede a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade. Na *ação civil pública*, o que se pede é a condenação, constituição ou declaração de que possa ser suficiente para reparar o dano causado ou evitar que a ameaça de dano a direito coletivo se consuma. A inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é deduzida na causa de pedir, como um dos fundamentos para o pedido de tutela de direito coletivo lesado ou ameaçado de lesão.

O pedido condenatório do órgão do Ministério Público da Comarca de Passa Quatro alicerça-se na não-contratação de mão de obra temporária pelo município e a causa de pedir, aquela que iria provocar o resultado lesivo à coletividade, é a inconstitucionalidade da lei municipal e não o contrário. Não é a obrigação de o município abster-se de praticar a contratação que vai provocar a inconstitucionalidade da referida lei, com validade para todos. Como corolário dessa ACP, cujo pedido imediato é uma obrigação de não-fazer, o Poder Legislativo local poderia, com base no efeito ruinoso, tomar providências quanto ao rearranjo da lei municipal inconstitucional. Mas isso seria efetivado por via oblíqua e não como consequência obrigatória do pedido.

Dessa forma, estaria configurado, nesse caso específico, autêntico e eficaz controle difuso de constitucionalidade: a consequência, a de não contratar, seria operada entre as partes, por meio do Juiz, que é um dos legitimados ao controle difuso.

Vale destacar, nesse contexto, a observação que Pedro Lenza (2005, p. 104) apresenta-nos sobre o assunto no sentido de que:

O controle difuso verifica-se em um caso concreto e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito.

Pede-se algo em juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

Outro ponto a que deve ser dado relevo é o fato de a soberania popular estar acima de interesses particulares. Num primeiro momento é certo que ela é manifestada pela representatividade, no caso do acórdão, pelos vereadores da cidade de Passa Quatro. Mas a coletividade como destinatária principal da norma reclama por medidas eficazes que evitem danos ao patrimônio público. Situação que se amolda impecavelmente ao pedido do órgão ministerial da Comarca de Passa Quatro, qual seja, o de obstar contratações temporárias irregulares por parte da Administração local.

3 Conclusão

A interpretação jurisprudencial equivocada e restritiva quanto ao controle difuso de constitucionalidade por via de ACP não se coaduna com os interesses emergentes da coletividade. Cercar o controle incidental de leis inconstitucionais em prejuízo da sociedade é violar o princípio constitucional da soberania popular. Ademais, admitir uma lei inconstitucional é agir à margem da legalidade e sucumbir a interesses casuísticos.

Em contrapartida, utilizar a ACP como forma de coibir abusos de qualquer natureza, desencadeados por leis inconstitucionais, é fazer valer de forma eficaz o controle de constitucionalidade. É preservar o interesse coletivo e retirar a eficácia, mesmo que somente para aquele caso específico, de leis ou atos normativos que não se harmonizem com os direitos sociais conquistados pela sociedade civil e sobejamente dispostos ao longo do texto da Constituição da Republicana.

A ACP é um dos instrumentos colocados à disposição do Ministério público para a efetivação dos interesses sociais, naquilo que diga respeito à potencialização dos direitos e garantias constitucionais. Não se deve, portanto, restringir seus efeitos diante de uma situação que desvirtue a aplicação dos princípios constitucionais da moralidade e da probidade administrativas.

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 9 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2005.