

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

THE EXTRAJUDICIAL PERFORMANCE OF THE STATE PROSECUTION
SERVICE IN THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: AN
APPROACH BASED ON THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS OF
PETER HÄBERLE

Felipe Schmidt

*Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí*

RESUMO: O artigo, elaborado a partir do método dedutivo, examina a promoção do controle de constitucionalidade pelo Ministério Público na via extrajudicial, a partir da concepção de hermenêutica constitucional – sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, delineando os fundamentos, as possibilidades, os limites e os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica constitucional. Peter Häberle. Ministério Público. Atuação extrajudicial. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The article, elaborated from the deductive method, examines the promotion of constitutionality control applied by the State Prosecution Service in the out-of-court procedures, based on the conception of constitutional hermeneutics – within the context of an open society of interpreters of Peter Häberle’s Constitution, outlining the grounds, possibilities, limits and instruments of the State Prosecution Service’s extrajudicial performance in the control of the constitutionality.

KEYWORDS: Constitutional hermeneutics. Peter Häberle. State Prosecution Service. Extrajudicial performance. Control of constitutionality.

Enviado em: 28-2-2018

Aceito em: 5-4-2018

1 INTRODUÇÃO

O papel do Ministério Público no controle de constitucionalidade tem sido estudado, em doutrina, apenas no que tange à atuação da instituição perante a Jurisdição Constitucional, que é tradicionalmente concebida como a sede própria para a atuação daquela função estatal e que detém a última palavra acerca da (in)constitucionalidade de normas jurídicas.

Todavia, em face da concepção de uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle em sua obra *Hermenêutica Constitucional* (1975), que foi tomada como ponto de partida para as considerações a seguir articuladas, mostra-se oportuno abordar também o papel do Ministério Público no controle de constitucionalidade em âmbito extrajudicial, o que constitui a proposta deste estudo.

Assim, o texto inicia com uma sucinta exposição geral acerca da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle, nela procurando posicionar o Ministério Público, e segue com a análise dos fundamentos, das possibilidades, dos limites e dos instrumentos de atuação extrajudicial ministerial em controle de constitucionalidade, sendo concluído com as considerações finais.

O interesse na discussão da matéria adveio do exercício da atividade profissional do autor, que é Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina e tem atribuição para atuar na seara do Controle de Constitucionalidade.

O estudo valeu-se do método dedutivo de investigação e foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica (doutrinária) e legislativa (constitucional e legal).

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE

O Ministério Público atua como intérprete da Constituição precipuamente em face da Jurisdição Constitucional, integrando ainda, portanto, a chamada Sociedade Fechada dos Intérpretes da Constituição. Para Peter Häberle, “a interpretação constitucional esteve e está muito vinculada a uma sociedade fechada, vale dizer, aos juízes e aos procedimentos formalizados”, dela participando “o juiz, as partes e seus respectivos advogados, o Ministério Público” (AMARAL,

2003, p. 142). Todavia, há que se entender que a legitimação do Ministério Público para officiar perante a Jurisdição Constitucional, seja no controle concentrado ou no controle difuso de constitucionalidade, não esgota as possibilidades de sua atuação na matéria.

Com efeito, a hermenêutica constitucional não é realizada somente nos limites da Jurisdição Constitucional nem apenas pelos órgãos por ela responsáveis (Poder Judiciário ou Corte Constitucional), embora seja instrumento essencial para sua atuação, mas é também desempenhada fora daquele âmbito, vale dizer, por outros órgãos e agentes públicos que não os integrantes das referidas instituições, no exercício de suas respectivas funções. Ademais, qualquer pessoa que esteja submetida à Constituição, segundo Peter Häberle, efetua interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 15). Todavia, essa constatação evidentemente não substitui a Jurisdição Constitucional, à qual cabe a última palavra acerca da constitucionalidade de atos normativos do poder público.

Desse modo, com o fito de conferir maior efetividade e realização à Constituição, seria preciso associar a interpretação constitucional à realidade, “trazendo, para o processo hermenêutico constitucional, todos aqueles que fazem a realidade da Constituição” (AMARAL, 2003, p. 142), motivo por que Peter Häberle propõe, a partir dessa concepção, “uma migração dos participantes do processo de interpretação constitucional de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (AMARAL, 2003, p. 142).

Assim, no entendimento de Peter Häberle, passam a atuar na interpretação constitucional não apenas os sujeitos “tradicionais” dela, ou seja, os intérpretes jurídicos vinculados às corporações (juízes, advogados e Ministério Público), integrantes da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição, mas também as demais funções estatais, os participantes do processo de decisão, a opinião pública democrática e pluralista, o processo político e a doutrina constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 20-23), vale dizer, os integrantes da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Dessa forma, acabam por realizar a interpretação constitucional todos os que participam da realidade constitucional, ou seja, do contexto social, cultural, econômico e político no qual se insere a Constituição. Como decorrência disso, segundo Peter Häberle, “no Estado de Direito, todos os cidadãos são, em última instância, guardiões da constituição” (VALADÉS, 2009, p. 7).

Ocorre que, da concepção de Peter Häberle, pode-se inferir que a atuação dos sujeitos “tradicionais” da interpretação constitucional (integrantes da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição) se dá essencialmente na esfera da Jurisdição Constitucional, ao passo que a participação dos “novos” sujeitos da interpretação constitucional (integrantes da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição) acontece fora daquele âmbito, ainda que esta tenha potencial para influenciar as decisões e manifestações dos sujeitos atuantes na Jurisdição Constitucional e, acrescente-se, até deva fazê-lo, a fim de, como sustenta Häberle, conferir maior legitimidade e evitar o arbítrio na interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 31-32).

Do que foi exposto, vê-se que Peter Häberle posiciona o Ministério Público ainda entre os integrantes da Sociedade Fechada dos Intérpretes da Constituição (intérpretes jurídicos “vinculados às corporações”, participantes formais do processo constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 13), atuando apenas perante a Jurisdição Constitucional.

Nesse contexto, há que se verificar como pode se dar a expansão do Ministério Público de integrante da Sociedade Fechada para sujeito da Sociedade Aberta de intérpretes da Constituição, a fim de dar plena consecução à proposta de Peter Häberle quanto à Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Fala-se em expansão, cumpre esclarecer, porque o Ministério Público assume esta qualidade sem abandonar aquela, uma vez que a atuação ministerial extrajudicial no controle de constitucionalidade evidentemente não substitui a Jurisdição Constitucional, em face da qual a instituição também oficia, como a seguir será delineado.

3 FUNDAMENTOS, LIMITES, POSSIBILIDADES E INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Abordados alguns aspectos acerca do Ministério Público no contexto da hermenêutica constitucional de Peter Häberle, ora serão examinados os fundamentos, os limites e as possibilidades e os instrumentos de atuação extrajudicial ministerial no controle de constitucionalidade.

3.1 FUNDAMENTOS

No que tange aos fundamentos da atuação extrajudicial ministerial no controle de constitucionalidade, há que se apontar, inicialmente, que, embora não figure entre os poderes do Estado (art. 2º da Constituição da República), exerce o Ministério Público, de forma direta, em sua atuação institucional, parcela da soberania estatal¹, tal qual os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Acerca dos órgãos constitucionais de soberania estatal, extrai-se do magistério de José Joaquim Gomes Canotilho:

Órgãos constitucionais de soberania são aqueles: (1) cujo status e competências são imediata e fundamentalmente “constituídos” pela constituição; (2) que dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controle em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. (CANOTILHO, 2003, p. 564).

Ora, todas as condições alinhadas por José Joaquim Gomes Canotilho para que determinado órgão seja reputado de soberania estatal são plenamente atendidas pelo Ministério Público brasileiro.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 verdadeiramente refundou o Ministério Público (ABREU, 2016, p. 52), quando lhe atribuiu a natureza jurídica de instituição permanente e essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado (art. 127, *caput*), conferindo-lhe numerosas atribuições (art. 127, *caput*, e art. 129), em elenco não taxativo (art. 129, IX), concedendo-lhe autonomia institucional, nos âmbitos funcional, administrativo e orçamentário (art. 127, §2º a §6º), e outorgando a seus membros, além de independência funcional (art. 127, §1º), diversas garantias e vedações (art. 128, §5º, I e II).

Ademais, que o Ministério Público exerce parcela da soberania estatal também o demonstra o próprio art. 85, II, da Constituição da República, quando preceitua que são crimes de responsabilidade do Presidente da República seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, tal qual do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais das unidades da federação (RIBEIRO, 2015, p. 58), equiparando, dessa forma, o Ministério Público aos poderes do Estado.

¹ Acerca do exercício de parcela da soberania estatal pelo Ministério Público, vejam-se, por exemplo, os seguintes estudos: Ribeiro (2015, p. 58-59); Mazzilli (2007, p. 66); e Streck (2010, p. 201).

Quanto à matéria, leciona Carlos Vinícius Alves Ribeiro: “O Ministério Público brasileiro recebeu da Constituição da República carta de atribuições que lhe são próprias e fundamentais ao Estado, sendo, portanto, um órgão constitucional de soberania” (RIBEIRO, 2015, p. 101).

Outrossim, o Ministério Público tem seu fundamento jurídico direto na Constituição da República (arts. 127 a 130-A). Além disso, em face de sua qualidade de instituição permanente e essencial ao exercício das funções de um dos poderes do Estado (art. 127, *caput*), o Ministério Público não pode ser abolido por decisão (revisão ou emenda constitucional) do poder constituinte derivado (VASCONCELOS, 2009, p. 9), o que lhe dota da estabilidade institucional necessária ao desempenho do controle de constitucionalidade, também pela via extrajudicial.

Ainda, a autonomia institucional, que se projeta nas searas funcional, administrativa e orçamentária (art. 127, §2º a §6º, da Constituição da República), assegura que o Ministério Público não esteja subordinado a outros órgãos ou poderes do Estado (MAZZILLI, 2007b, p. 185), cujos atos e omissões, aliás, lhe cabe controlar quanto à sua conformidade com a Constituição (escopo a que se dirige sua atuação no controle de constitucionalidade, inclusive extrajudicial). Portanto, também a autonomia institucional, compreendida como “direção própria daquilo que lhe é próprio” (MAZZILLI, 2007b, p. 185), assegura ao Ministério Público condições para o pleno desempenho, na via extrajudicial, entre outras funções, da fiscalização de constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Não se olvide que os próprios integrantes do Ministério Público receberam da Constituição independência funcional e garantias e vedações correspondentes às dos membros do Poder Judiciário, aos quais cabe, como visto, a última palavra acerca da constitucionalidade das normas jurídicas (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

Ao lado da independência funcional, as garantias e vedações conferem ao membro do Ministério Público a autodeterminação necessária à fiscalização extrajudicial de constitucionalidade de leis e outros atos normativos do poder público, da mesma forma como se dá com a Magistratura. Assim, a independência dos membros do Ministério Público no exercício de sua atividade-fim se equipara à dos juízes, responsáveis pelo controle jurisdicional de constitucionalidade, que

realizam nas vias concentrada ou difusa, o que assegura àqueles, para o desempenho da função de controle de constitucionalidade pela via extrajudicial, condições idênticas às destes quando atuam no controle judicial de conformidade de leis e outros atos normativos à Constituição.

No que tange às várias funções que lhe foram cometidas pela Constituição da República, competem ao Ministério Público, no que interessa ao tema do presente estudo, a defesa da ordem jurídica (art. 127, *caput*) e a tutela dos interesses difusos (art. 129, III), seja pela via judicial ou extrajudicial, sem prejuízo do desempenho de outras atividades que sejam compatíveis com sua destinação constitucional (art. 129, IX).

Quanto à defesa da ordem jurídica, embora já se tenha considerado em doutrina que tal previsão devesse ser entendida estritamente como a base da atuação ministerial como *custos legis* (VASCONCELOS, 2009, p. 10), que sabidamente se exerce nos limites do processo judicial, tem-se que o significado a ser conferido àquela atribuição deve ser bem mais amplo.

A Constituição, ademais de ser dotada de rigidez, ocupa no ordenamento jurídico do Estado posição apical, determinando, por isso, sob os aspectos formal e material, a produção de todas as demais normas jurídicas. Assim, essa posição de supremacia constitucional na ordem jurídica deve ser assegurada por meios de natureza processual ou extraprocessual, manejados também pelo Ministério Público, entre os quais está a verificação da constitucionalidade das leis e de outros atos normativos do poder público, independentemente do recurso ao Poder Judiciário. É que a defesa da ordem jurídica, quando conferida pela Constituição ao Ministério Público, não ficou condicionada, com exclusividade, ao emprego da via judicial, mesmo na verificação da constitucionalidade da lei, à míngua de expressa restrição constitucional nesse sentido. Aliás, veja-se que sequer o *judicial review* nos Estados Unidos da América conta com previsão constitucional expressa (VIEIRA, 2010, p. 65).

No que toca à defesa dos interesses difusos, também cometida pela Constituição e pelas leis de regência ao Ministério Público, tem-se que a própria observância da ordem jurídica, especialmente quanto às normas constitucionais, à vista de sua estatura superior no contexto daquela, pode ser considerada verdadeiro direito difuso, sendo certo que parte da doutrina faz referência à existência de um direito difuso à constitucionalidade das normas. Nessa linha, veja-se o magistério de Marconi Falcone:

A maior parte dos Ministérios Públicos, no mundo, enfatiza a função penal acusadora, enfim, a função criminal. Vale lembrar que, no Brasil, o modelo jurídico é transindividual, o que justifica o controle de constitucionalidade provocado pelo Ministério Público, pela defesa do direito difuso à constitucionalidade das normas. (FALCONI, 2014, p. 22).

Com efeito, todos os elementos constituintes da noção jurídica de interesse difuso (transindividualidade, indivisibilidade e titulares não identificados e ligados entre si por aspectos de fato) encontram-se presentes quando o objeto em questão é a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Quanto à transindividualidade, tem-se que, ao menos em tese, todos indistintamente têm interesse na constitucionalidade das normas jurídicas. Quanto à indivisibilidade, a norma figura no ordenamento jurídico (ou dele é suprimida) para todos igualmente, em controle abstrato, conforme esteja de acordo ou não com a Constituição. Quanto à titularidade, a norma é aplicável a todos (pessoas não identificadas) que estejam submetidos à ordem jurídica do Estado (circunstância de fato) ao tempo de sua vigência.

Além disso, de uma acepção mais tradicional de ordem jurídica, pautada ainda apenas pela legalidade (Direito identificado com a lei, Estado legalista) (TAVARES, 2005, p. 29), progrediu-se para uma ordem jurídica baseada na supremacia constitucional, o que exigiu uma releitura do princípio da legalidade, que então passou a expressar constitucionalidade (surgimento do Estado Constitucional de Direito) (TAVARES, 2005, p. 42-48), de modo que não se mostrava mais cabível a exigência de observância à lei apenas, mas também à Constituição, inarredavelmente. Nessa linha, se o Ministério Público pode exigir de entes, órgãos e agentes públicos (e também de particulares), que atendam à lei, seria verdadeiro contrassenso não pudesse igualmente fazê-lo quanto à Constituição.

Ainda, tem-se que, na forma da Constituição da República, o Ministério Público é órgão estatal e, nessa condição, tem a missão de resguardar e promover os interesses comuns de toda a coletividade (art. 127, *caput*), máxime por se tratar de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), de modo que acaba por representar, como instituição, um importante liame entre o Estado e a sociedade civil (MAZZILLI, 2007b, p. 85). Assim, o Ministério Público integra o espaço público (que não é apenas estatal, mas social), e as funções que desempenha supõem a interpretação do que seja o interesse público primário, vale di-

zer, aquele titularizado pela coletividade (MAZZILLI, 2007a, p. 19). Nessa linha, não se afigura possível ao Ministério Público, em qualquer caso concreto que se lhe apresente, mesmo naquele menos complexo, funcionar restrito às regras legais, sem atentar para o que preceitua a Constituição da República e sem avaliar que providência melhor atende ao interesse público primário que (re)presenta. Tais circunstâncias também legitimam o Ministério Público a realizar controle de constitucionalidade pela via extrajudicial, e mesmo o adstringem a fazê-lo (art. 23, I, da Constituição da República).

Quanto à natureza jurídica da atuação extrajudicial ministerial nessa seara do controle de constitucionalidade, tem-se que não pode ser meramente administrativa, como já se reconheceu em doutrina quando se perquiriu a natureza jurídica da atuação extrajudicial ministerial em geral: “as atividades extrajudiciais do Ministério Público resumem-se a exercício de atividade administrativa” (MAZZILLI, 2007a, p. 19).

É que a circunstância de a atuação extrajudicial do Ministério Público em sede de controle de constitucionalidade lidar com a atividade política de supressão, modificação ou edição, no ordenamento jurídico, de leis e outros atos normativos do poder público que têm seu fundamento de validade direto e imediato na Constituição, a cargo de órgãos e agentes políticos (Poder Executivo, Poder Legislativo e seus respectivos representantes), deve lhe conferir natureza também eminentemente política, embora evidentemente não político-partidária. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

[...] o que a Constituição veda ao Ministério Público e a seus membros não é a atividade política, mas a atividade político-partidária, ou seja, ação ou omissão direta em favor de partidos políticos. Negar a atividade política ao Ministério Público, no sentido puro da expressão, seria uma contradição *in re ipsa*, já que os membros do Ministério Público são agentes políticos originários, e sua atuação tem caráter político, pois diz respeito à interferência no modo de conduzir os assuntos de interesse do Estado e dos cidadãos. O que não se admite, no Brasil, é que a ação do Ministério Público e de seus agentes adquira contornos de defesa de linhas ou ações deste ou daquele partido político (atividade político-partidária). No mais, é evidente, e até necessário, que o promotor, assim como o juiz, considere todas as consequências, inclusive as de natureza política, relacionadas com seus atos. (MAZZILLI, 2000, p. 415-416).

Com efeito, a função ministerial que visa a interferir positivamente na atividade de produção do Direito, a fim de conformá-la à norma superior do orde-

namento jurídico-positivo estatal há que possuir natureza política. Não se pode conceber que atos meramente administrativos tenham o condão de influenciar na supressão, modificação ou edição, por Poderes e agentes políticos do Estado, de atos normativos primários, assim compreendidos aqueles que instituem direitos e criam obrigações na ordem jurídica (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 915).

Sob esses fundamentos, todos com estatura constitucional, o Ministério Público pode proceder à fiscalização da constitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, independentemente do recurso à função jurisdicional, valendo-se, para tanto, de seus instrumentos próprios de atuação extrajudicial, o que se dá, evidentemente, observados estritos limites, tudo conforme a seguir examinado.

3.2 LIMITES E POSSIBILIDADES

A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade, ainda que incidente sobre lei ou outro ato normativo do poder público considerado em abstrato, buscando sua revogação, modificação ou edição, não se equipara ao exercício da Jurisdição Constitucional, devendo observar limites evidentemente mais estreitos, mesmo porque a última palavra quanto à matéria cabe à jurisdição (HÄBERLE, 1997, p. 14). Contudo, o controle extrajudicial de constitucionalidade pelo órgão ministerial apresenta algumas possibilidades que o tornam relevante e, em alguma medida, mais eficiente, em termos de prevenção à inconstitucionalidade, à violação ao interesse público ou à lesão ao erário (correlatas que estas são àquela), que o controle judicial.

De início, cabe consignar que o controle de constitucionalidade levado a efeito pelo Ministério Público é anterior ao realizado pelo Poder Judiciário ou pelo Tribunal Constitucional, pois cabem à Jurisdição Constitucional tanto a última palavra acerca da interpretação da Constituição quanto a decisão final sobre a constitucionalidade das normas jurídicas em geral (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

Assim, uma vez proferida decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou mesmo de controle difuso, atendido, neste caso, o disposto no art. 52, X, da Constituição da República (suspensão, no todo ou em parte, pelo Senado Federal, da lei declarada in-

constitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal), cabe a todos sua observância, e assim também ao Ministério Público, na qualidade de Defensor (embora sem exclusividade) da Constituição. De qualquer modo, fica ressaltada a possibilidade de aprovação, pelo poder constituinte derivado, de emenda constitucional que supere a interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade levado a cabo pelo Ministério Público não se reveste da característica de definitividade, que é atributo exclusivo da atividade jurisdicional. Ademais, ante a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), mesmo constitucional, a atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade, em qualquer caso, pode ser revista pelo Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade extrajudicial desempenhado pelo Ministério Público pode ocorrer no curso do processo legislativo ou depois do efetivo ingresso do ato normativo no ordenamento jurídico, tendo, naquele caso, natureza preventiva, e, neste, repressiva. Veja-se que, quanto ao controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário, a atuação deste é sempre repressiva, à exceção de eventual mandado de segurança impetrado por parlamentar no curso da tramitação de uma proposição, a fim de assegurar que esta se dê com estrita observância do devido processo legislativo (LEAL, 2014, p. 119-120).

Desse modo, máxime quando deflagrada ainda na fase de processo legislativo, a atuação extrajudicial ministerial no controle de constitucionalidade pode desde logo obstar a criação de norma inconstitucional e, por conseguinte, evitar eventual violação ao interesse público ou mesmo lesão ao erário que eventualmente decorra daquela. Na hipótese, para atingir esses fins, sequer seria necessário aguardar a medida cautelar cabível em controle concentrado de constitucionalidade no âmbito da Jurisdição Constitucional. É que justamente a existência de tal medida cautelar é um dos argumentos empregados em doutrina para afastar o cabimento de controle extrajudicial de constitucionalidade (MENDES, 2011, p. 205-254). Segundo essa inteligência, se é cabível a medida cautelar, dotada de maior celeridade, há que se manejá-la, o que tornaria despendiosa qualquer providência extrajudicial tendente ao afastamento da aplicação da norma. Todavia, o deferimento de tal medida cautelar pressupõe ter a norma ingressado na ordem jurídica, e a atuação ministerial, na forma ora proposta, se dá mesmo antes desse evento, de modo que revela, em tese, aptidão para

obstar a própria criação de norma inconstitucional e, por conseguinte, evitar eventual violação ao interesse público ou mesmo lesão ao erário que dela possa decorrer, que devem ser coibidas o quanto antes.

Ainda, a atuação extrajudicial do órgão do Ministério Público no controle de constitucionalidade seguramente pode contribuir para conter a excessiva judicialização de demandas. Não se considera aqui, especificamente, eventual redução no volume das ações afetas ao controle concentrado de constitucionalidade, embora este, segundo dados apresentados em doutrina por Mendes (2011, p. 205-254), tenha crescido sobremaneira com a ampliação, pela Constituição da República de 1988, do rol de sujeitos legitimados a propô-las. O que se aponta é a possível redução do número de ações judiciais em geral que tenham a inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público como causa de pedir.

Com efeito, um dos litigantes mais contumazes é o próprio poder público. Nas palavras de Juarez Freitas, “a Administração Pública converteu-se numa gigantesca e tentacular demandante ou demandada, com a correlacionada erosão da confiabilidade dos agentes públicos” (FREITAS, 2010, p. 232). Esse mesmo poder público, na qualidade de poder legiferante, é o responsável pela edição de atos normativos que geram uma massiva judicialização de litígios pautados na alegação, ainda que pela via incidental, de sua inconstitucionalidade. Portanto, prevenindo o ingresso na ordem jurídica desses atos normativos viciados, por certo, seria obstada parcela significativa da litigiosidade pautada na violação à Constituição. Assim, novamente na lição de Juarez Freitas, há que se promover o

[...] combate à onda gigante de inconstitucionalidades dolosas ou culposas, perpetradas pelo Estado-administração e pelo Estado-legislador. Sair desse quadro monótono de negligência sistêmica supõe enfrentar a crônica falta de controle da legitimidade constitucional de leis e atos normativos pela própria administração pública, negligência que só tem produzido torrentes de processos judiciais repetitivos e quase infundáveis.

[...]

Em lugar, pois, de retrocesso, como se insinua em algumas decisões liminares do STF, dever-se-ia ampliar a noção de controle de constitucionalidade, num avanço potencialmente corretivo da performance da “maquinaria” do Estado, ao reconhecer que todos os poderes têm a missão de realizar (por exemplo, com súmulas administrativas vinculantes), com temperamentos e nos limites das respectivas atribuições, a proteção mais efetiva da Constituição. (FREITAS, 2011, p. 151-152).

Nessa linha, um dos modos de reduzir o número crescente de demandas judiciais é justamente procurar conter a produção de leis e outros atos normativos contrários à Constituição, o que deve ocorrer já no seu nascedouro – vale dizer, junto ao poder legiferante, por iniciativa do próprio Ministério Público –, valendo-se para tanto de sua atribuição para promover o controle de constitucionalidade na via extrajudicial. Ora, o controle de constitucionalidade não se enfraquece; ao revés, se robustece, pela atuação articulada e integrada de órgãos públicos diversos com o mesmo propósito, resguardada, em qualquer caso, a palavra final da Jurisdição Constitucional.

Mas evidentemente, com a proposta de realização do controle de constitucionalidade pela via extrajudicial, não se pretende que seja reconhecido ao Ministério Público o poder de declarar a nulidade de atos normativos do poder público e de modular os efeitos dessa decisão, o que compete exclusivamente ao Poder Judiciário ou ao Tribunal Constitucional.

Na verdade, o que se admite ao Ministério Público é, mais propriamente, fomentar o autocontrole de constitucionalidade do ato normativo por parte do próprio poder legiferante (ALMEIDA, 2012, p. 78-79). Nessa medida, a depender da extensão (total ou parcial) e da natureza (por ação ou por omissão) da inconstitucionalidade que reconhecer em determinada lei ou outro ato normativo do poder público, pode o Ministério Público perseguir um dentre os seguintes resultados:

- a) a revogação do ato normativo que conflite formal e/ou materialmente com a Constituição (inconstitucionalidade total, por ação);
- b) a alteração do ato normativo para sua adequação ao sistema constitucional, quando esta se afigurar possível (inconstitucionalidade parcial, por ação);
- c) a edição do ato normativo inexistente ou existente apenas em parte, quando sua criação é exigida para a efetivação de norma constitucional (inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial).

Tais providências devem ser buscadas pelo órgão ministerial com atribuição funcional para atuar, na seara do controle de constitucionalidade, junto ao poder legiferante do ente da federação que tenha competência para revogar, modificar ou editar o ato normativo em questão, seja a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 23).

Todavia, quanto à maior ou menor efetividade dessa medida no âmbito dos diversos entes da federação, cumpre ter em conta a advertência de Henrique da Rosa Zeisemer e Vinícius Secco Zoponi:

Não se desconhece que a chance de êxito dessa abordagem ministerial é inversamente proporcional à dimensão do ente federativo com que se trata, com destaque para a viabilidade dessa proposta na dinâmica travada pelo MP com as autoridades locais em Municípios de pequeno e médio porte. (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 203).

No controle extrajudicial de constitucionalidade, quando eivada do vício de inconstitucionalidade formal e/ou material, a norma jurídica não é suprimida ou alterada, ou, em hipótese de omissão do legislador, criada diretamente pelo Ministério Público, que apenas procura adstringir o poder legiferante a adotar uma daquelas providências, devendo observar, em qualquer caso, o devido processo legislativo aplicável (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 203), conforme o ente da federação de que se trate.

Contudo, cumpre apontar que a consecução da providência buscada pelo órgão ministerial, quer seja a supressão, a modificação ou a edição do ato normativo, fica condicionada à expressa anuência do poder legiferante, manifestada por seus membros legitimados para tanto (conforme o caso, o Chefe do Poder Executivo e/ou o Presidente, a Mesa ou mesmo o Plenário da Casa Legislativa).

Assim, a convergência entre a proposta ministerial e a manifestação do poder legiferante que com ela anui acaba por formar um consenso (GAVRONSKI, 2010, p. 139), que se mostra indispensável, em qualquer caso, para a atuação do Ministério Público em controle extrajudicial de constitucionalidade e, por conseguinte, também para seu êxito, com a supressão, modificação ou edição da norma. Sem tal consenso, não se produziria o resultado almejado e ficaria mesmo inviabilizada a própria intervenção ministerial extrajudicial no controle de constitucionalidade, impondo-se então ao Ministério Público o recurso à Jurisdição Constitucional, dotada de coercibilidade.

Sobre esse ponto, embora se refira especificamente à tutela extrajudicial coletiva em matéria infraconstitucional, cabe reproduzir, *mutatis mutandis*, o magistério de Alexandre Amaral Gravonski:

Na verdade, são próprias da tutela extraprocessual coletiva a informalidade (ou desformalização) e a dispensa do juiz (e a legitimidade por ele haurida de sua função constitucional de aplicar o direito e da

condição de terceiro imparcial), resultando daí a impossibilidade do uso da força.

Justamente em razão dessa impossibilidade, a legitimidade que se constrói participativa e discursivamente em busca de uma correção de soluções jurídicas por meio das técnicas extraprocessuais é necessária, mas não suficiente. Devem essas técnicas, ainda, ser capazes de lograr o consenso entre legitimado coletivo [nos limites deste estudo, o Ministério Público] e obrigado sobre o resultado da concretização ou criação de direito. É esse consenso que viabilizará a realização ou implementação do direito (efetividade) sem o uso da força, para o que o processo seria imprescindível. (GAVROSNKI, 2010, p. 138-139).

Da necessidade de construção desse consenso (cujo ônus, ao menos quanto à iniciativa, é integralmente do Ministério Público) é que exsurge a importância dos fundamentos fáticos e jurídicos a serem alinhados pelo órgão ministerial quando, atuando em sede de controle extrajudicial de constitucionalidade, se dirige ao poder legiferante.

Com efeito, ainda na esteira do magistério de Alexandre Amaral Gravonski, para que sejam aptos a convencer o poder legiferante a adotar a(s) medida(s) proposta(s) pelo órgão ministerial, devem tais argumentos, inicialmente, ser construídos de modo a “atender a uma pretensão de correção racional à luz do ordenamento jurídico vigente” (GAVRONSKI, 2010, p. 357). Por conseguinte, não se pode utilizar a proposta “como meio de coerção ilegítima, vale dizer, desprovida de fundamentação amparada no direito vigente”, o que caracteriza a regra da não-coerção (GAVRONSKI, 2010, p. 357). Ainda, como se pretende o acolhimento da proposta pelo poder legiferante, que, tal qual o Parquet, também é órgão público, deve-se, tanto quanto possível, “aceitar o outro como parte na fundamentação, com os mesmos direitos”, o que consubstancia a regra da igualdade (GAVRONSKI, 2010, p. 358). Ademais, “suas asserções não se devem assegurar apenas perante o destinatário, mas perante qualquer um (regra da universalidade)” (GAVRONSKI, 2010, p. 358). Embora tais regras (não-coerção, igualdade e universalidade) tenham sido delineadas com vista à sua utilização em sede de tutela extrajudicial infraconstitucional, tem-se que, em face de seus contornos, acima expostos, são integralmente aplicáveis ao controle extrajudicial de constitucionalidade pelo Ministério Público.

Anote-se que também não pode ser temerária, mas racional e efetiva, a atuação do Ministério Público (FALCONI, 2014, p. 55) nessa seara do controle extrajudicial de constitucionalidade, ainda pouco explorada e experimentada.

Desse modo, embora o reconhecimento da inconstitucionalidade de ato normativo não seja discricionário, por se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser, em processo judicial, conhecida pela autoridade judiciária mesmo de ofício, não deve o Ministério Público levantar, em controle extrajudicial, a título de possível inconstitucionalidade, questões de somenos importância, que não guardem vinculação mais estreita com sua missão institucional (FALCONI, 2014, p. 55).

Nessa linha, deve o Ministério Público se concentrar nas inconstitucionalidades que se afigurem flagrantes (FALCONI, 2014, p. 54), atentando sempre para a presunção de constitucionalidade de que se revestem as leis e outros atos normativos do poder público. É que o excessivo ativismo ministerial na matéria pode vir em prejuízo da segurança jurídica (FALCONI, 2014, p. 55), fragilizando a coerência do ordenamento jurídico (FALCONI, 2014, p. 56), e colocar em risco o próprio prestígio e a credibilidade da instituição e de seus membros junto aos poderes públicos e à coletividade. Como corretamente afirma Marconi Falconi, “apenas tem-se a preocupação de que tudo não seja declarado inconstitucional por mero voluntarismo” (FALCONI, 2014, p. 56).

Embora trate da atuação ministerial perante a Jurisdição Constitucional, a lição de Marconi Falconi a seguir transcrita é em tudo aplicável à hipótese de controle extrajudicial de constitucionalidade sob exame:

[...] por estar um pouco distante do sistema político, deve o MP ponderar bastante antes de postular uma inconstitucionalidade nesse campo. Se assim não for, todas as leis serão questionadas como inconstitucionais, com base em algum princípio da Constituição, que é extremamente porosa no Brasil. Aqui, incide o princípio da dúvida, em favor da constitucionalidade da norma jurídica vigente. (FALCONI, 2014, p. 54).

A referência doutrinária a maior ou menor proximidade do Ministério Público com o sistema político tradicional permite apenas tangenciar, sem maior aprofundamento, dados os estreitos limites deste estudo, a questão da legitimidade do Ministério Público para o controle extrajudicial de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

O controle de constitucionalidade, no âmbito da Jurisdição Constitucional, mas também, ao menos no que toca ao Ministério Público, fora dele, tem característica contramajoritária. Sobre a matéria, leciona Luís Roberto Barroso:

[...] em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela [referindo-se à

Corte de Justiça] a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer, agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. (BARROSO, 2015, p. 476).

Esse entendimento, dado que os membros do Ministério Público, tal qual os do Poder Judiciário ou da Corte Constitucional, também não foram escolhidos pelo voto popular, lhes é em tudo aplicável, quando no desempenho, pela via extrajudicial, da fiscalização de constitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público.

Assim, a circunstância de os membros do Ministério Público não terem sido democraticamente eleitos não lhes subtrai a legitimidade para sindicá-los, ainda que na via extrajudicial, a constitucionalidade de leis e atos normativos de gênese do Poder Executivo e do Poder Legislativo, cujos membros foram eleitos pelo povo.

Além disso, tal como ocorre com os membros do Poder Judiciário quanto às suas decisões, os do Ministério Público têm a obrigação de fundamentar todas as suas manifestações, o que se infere do art. 93, IX, da Constituição da República, quanto àqueles, e do art. 129, VIII, parte final, e §4º, da Constituição da República, e do art. 43, III, da Lei n. 8.625/93, quanto a estes, de modo a permitir a terceiros o controle de seus atos. Nessa linha, à vista da mais elevada estatura da matéria constitucional no âmbito da ordem jurídica, todos os cidadãos têm nela, ao menos em tese, interesse direto, de modo que lhes devem ser assegurados meios bastantes para o controle das decisões e manifestações do Poder Judiciário e Ministério Público. Repise-se, ainda, que a atuação extrajudicial do Ministério Público é também pautada em um prévio e indispensável consenso com o poder legiferante, o que igualmente milita para lhe conferir legitimidade.

Outrossim, o controle extrajudicial de constitucionalidade pelo Ministério Público constitui “ingerência” na separação de poderes menor do que seria a atuação da Jurisdição Constitucional na matéria, tendo em vista que, em qualquer caso, demanda o concurso dos órgãos legiferantes (Poder Executivo e/ou Poder Legislativo), que devem, como visto, emprestar sua anuência expressa à proposição do órgão ministerial acerca da supressão, modificação ou criação da norma jurídica.

Todavia, não cabe ao poder legiferante, caso empreste anuência à proposta ministerial, promover a anulação da lei ou do ato normativo considerado eivado de inconstitucionalidade, medida que é privativa da Jurisdição Constitucional, mas apenas proceder à sua revogação. Por conseguinte, as providências adotadas pelo poder legiferante, mesmo em sede de controle extrajudicial de constitucionalidade deflagrado pelo Ministério Público, têm eficácia *ex nunc* (desde agora, não retroativa) apenas, e não *ex tunc* (desde sempre, retroativa).

Com efeito, segundo Barroso (2015, p. 98), o Poder Legislativo revoga leis, com eficácia *ex nunc*, por razões de conveniência e oportunidade, não podendo atribuir efeito retroativo à medida. Desse modo, a lei é extraída do ordenamento jurídico com a preservação de todos os atos praticados sob sua égide. De outro lado, o Poder Judiciário invalida leis, com eficácia *ex tunc*, em face de sua contrariedade à Constituição, sendo eventualmente cabível a modulação de efeitos. Assim, não pode o Poder Legislativo invalidar a lei por inconstitucionalidade, mas apenas revogá-la sob esse fundamento.

Por fim, o órgão ministerial deve ter cautela para que sua atuação extrajudicial no controle de constitucionalidade não acabe, no caso concreto, configurando verdadeira consultoria ou assessoria jurídica a órgãos do poder público (Poder Executivo e Poder Legislativo), o que lhe é expressamente vedado fazer, na forma do art. 129, IX, da Constituição da República, sendo certo que, para tanto, aqueles órgãos públicos de regra possuem Procuradorias ou estruturas similares, com atribuição consultiva e de assessoramento jurídico.

Esses, em suma, alguns dos limites e possibilidades de atuação ministerial no controle extrajudicial de constitucionalidade.

3.3 INSTRUMENTOS

Cabe ainda considerar que a atuação do Ministério Público na matéria de controle de constitucionalidade, nos moldes examinados neste estudo, é levada a efeito por intermédio de seus diversos instrumentos de atuação extrajudicial previstos na Constituição e em lei, como, exemplificativamente, o inquérito civil, o poder requisitório, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação e a audiência pública.

Quanto ao inquérito civil, tendo em vista que parte da doutrina considera ser direito difuso a constitucionalidade das leis e atos normativos do poder pú-

blico (FALCONI, 2014, p. 22), não se divisa qualquer óbice à sua utilização para realizar, em sede extrajudicial, o controle de constitucionalidade.

Como lembram Henrique da Rosa Zeisemer e Vinícius Secco Zoconi, no curso de um inquérito civil, pode o órgão ministerial que o preside se deparar, quando do exame de uma situação concreta que lhe esteja submetida, com ato normativo em tese aplicável àquela, mas eivado de inconstitucionalidade (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 203). Ainda, segundo os mesmos autores, não se pode afastar a possibilidade ou mesmo a necessidade de instauração de inquérito civil para avaliar, em abstrato, ou seja, dissociado de qualquer caso concreto, a constitucionalidade de lei ou outro ato normativo do poder público, a fim de que se possa deflagrar o autocontrole de constitucionalidade pelos Poderes Executivo e Legislativo (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 206). Nessa linha, conclui-se que o inquérito civil pode ter por objeto a constitucionalidade do ato normativo ou dela se ocupar apenas incidentalmente.

Sobre a possibilidade de deflagração de inquérito civil para a apuração da inconstitucionalidade de leis em tese, leciona Hugo Nigro Mazzilli que “[...] o inquérito civil [...] pode hoje ser utilizado para coligir elementos para a proposição de qualquer ação civil pública de iniciativa do Ministério Público” (MAZZILLI, 2000, p. 128). Portanto:

Em sentido lato, a doutrina acertadamente considera que a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, movida pelo Ministério Público, também é conceitualmente uma ação civil pública, embora não inserida entre aquelas previstas na Lei n. 7.347/85. (MAZZILLI, 2000, p. 133).

Ora, se cabível, conforme tal entendimento doutrinário, inquérito civil para aparelhar ação de controle concentrado de constitucionalidade proposta pelo Ministério Público perante a Jurisdição Constitucional, aquele procedimento também pode ser manejado para a preparação da atuação ministerial extrajudicial na mesma matéria.

Outrossim, o inquérito civil exige regular instauração por parte do órgão ministerial com atribuição para presidi-lo, bem assim, como regra, a devida publicidade (FERRARESI, 2010, p. 11). Não se divisa, em princípio, hipótese em que seja necessária a decretação de sigilo do procedimento que tenha por objeto exclusivamente o controle de constitucionalidade de ato normativo, matéria,

que, por excelência, demanda publicidade. Aliás, a publicação é condição de eficácia jurídica do próprio ato normativo (MORAES, 2012, p. 691) cuja constitucionalidade é sindicada no inquérito civil. Todavia, quando a constatação de possível inconstitucionalidade se der incidentalmente no bojo de inquérito civil instaurado para apuração de matéria diversa, há que se decretar, fundamentadamente, se a questão concreta em exame o exigir, o sigilo da investigação, restrito a esse ponto principal.

Embora o procedimento em tela tenha natureza inquisitiva, vale dizer, não contraditória (FERRARESI, 2010, p. 16), no inquérito civil vetorizado, incidental ou principalmente, à promoção do controle extrajudicial de constitucionalidade, é lícito ao poder legiferante, notificado pelo órgão ministerial, se manifestar acerca da matéria que constitui objeto de apuração, prestando informações e sustentando suas razões acerca da constitucionalidade do ato normativo considerado.

Veja-se que essa possibilidade de ampla manifestação do poder legiferante acerca dos fundamentos da aventada inconstitucionalidade do ato normativo atende ao espírito consensual e de igualdade que deve nortear a atuação extrajudicial do órgão ministerial na matéria. Ademais, no próprio controle de constitucionalidade concentrado, realizado pela via da Jurisdição Constitucional, há previsão legal expressa de que o relator deve pedir informações a serem prestadas em 30 (trinta) dias aos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado (art. 6º, caput, da Lei n. 9.868/1999, art. 6º, caput, da Lei n. 9.882/1999, e art. 6º, caput, da Lei Estadual n. 12.069/2001). Assim, providência similar é cabível também no bojo do inquérito civil que apure a (in) constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Em sua manifestação, o poder legiferante desde logo tem a possibilidade de anuir à pretensão ministerial quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma ou dela dissentir. Naquela hipótese, abre-se ensejo à efetivação, na própria via extrajudicial, do autocontrole de constitucionalidade, por meio de outros instrumentos de atuação extrajudicial manejados pelo órgão ministerial, a ser examinados em seguida. Todavia, dissentindo o poder legiferante da proposta de autocontrole de constitucionalidade formulada pelo Ministério Público, resta a este a deflagração do controle de constitucionalidade perante a Jurisdição Constitucional.

Mas, no âmbito do inquérito civil, juntamente com a oportunização, ao poder público, de manifestação acerca do ato normativo, é lícito ao órgão ministerial requisitar que lhe sejam enviados documentos pertinentes à produção do ato normativo sindicado. Por exemplo, pode-se reclamar a remessa de fotocópia integral dos autos do processo legislativo que deu gênese à propositura, a fim de conhecer os fundamentos de fato e de direito invocados pelo autor para sua formulação (exposição de motivos do projeto), ou pelos órgãos fracionários do Poder Legislativo que o examinaram (Comissão de Constituição e Justiça e outras comissões temáticas, que variam a depender da matéria de que trata a proposta), bem assim pelo Plenário da Casa, por ocasião do debate e votação da matéria. Eventualmente pode-se conhecer também, por essa via, eventuais emendas ao projeto formuladas no curso de sua tramitação na Casa Legislativa que tenham incidido em inconstitucionalidade. É igualmente possível demandar do Poder Executivo as razões de veto que tenha apostado, seja este total ou parcial, a determinada proposição, tal como os motivos da manutenção ou rejeição desse veto pelo Poder Legislativo. Outrossim, pode-se buscar informações, por exemplo, junto à Administração Pública, acerca de como o ato normativo vem sendo concretamente aplicado, a fim de avaliar mais precisamente a extensão dos efeitos que produz.

Também é permitido ao órgão ministerial que preside o inquérito civil solicitar, se entender cabível, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades que tenham relação, decorrente de sua atuação profissional ou organizacional, com a matéria versada no ato normativo questionado, medida que também é admitida pelas leis de regência da matéria em controle judicial (art. 7º, §2º, da Lei n. 9.868/1999, art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/1999, e art. 7º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 12.069/2001). Em lugar dessa manifestação, na prática, comumente se solicita ao Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade do Ministério Público que examine a constitucionalidade da norma jurídica considerada, evidentemente sem caráter vinculante para o órgão de execução ministerial.

A despeito do já ressaltado caráter contramajoritário do controle, mesmo extrajudicial, de constitucionalidade de lei ou outro ato normativo, pode igualmente o Ministério Público realizar, sob sua presidência, audiência pública, a fim de buscar subsídios, diretamente junto aos destinatários da norma jurídica, para

embasar sua atuação institucional em face desta, quanto a sua (in)constitucionalidade (FERRARESI, 2010, p. 112). Tal medida também tem previsão expressa em sede de controle concentrado de constitucionalidade pela Jurisdição Constitucional (art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/1999, art. 6º, §1º, Lei n. 9.882/1999, e art. 9º, §1º, da Lei Estadual n. 12.069/2001).

Após essas providências, já deve o órgão ministerial estar em condições de formular juízo seguro acerca da (in)constitucionalidade do ato normativo. Assim, caso se convença de que a norma é constitucional, deverá arquivar fundamentadamente o inquérito civil e remetê-lo à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, que homologará o arquivamento, caso concorde com seus fundamentos (ou adote outros para chegar à mesma conclusão), converterá o procedimento em diligência, caso entenda ter sido omitida alguma providência instrutória ou outra medida relevante, ou, rejeitando os fundamentos invocados pelo presidente do inquérito civil para arquivá-lo, designará outro órgão ministerial para prosseguir na apuração da matéria e adotar as medidas cabíveis.

Todavia, se divisar inconstitucionalidade no ato normativo sindicado, caberá ao órgão ministerial que preside o inquérito civil provocar a Jurisdição Constitucional para expungir a norma do ordenamento jurídico (notadamente em caso de recusa, justificada ou não, do poder legiferante ao autocontrole de constitucionalidade), ou adotar, na própria via extrajudicial, hipótese abrangida pelo objeto do presente estudo, em caso de aceitação pelo poder legiferante, as medidas necessárias à provocação do autocontrole de constitucionalidade.

Assim, é admitido ao presidente do inquérito civil, inicialmente, dirigir ao poder legiferante recomendação destinada à orientação de seu destinatário para que cumpra o disposto na Constituição (FERRARESI, 2010, p. 99-100).

Quanto ao objeto da recomendação pelo órgão ministerial, lecionam Henrique da Rosa Zeisemer e Vinícios Secco Zoponi:

Por meio da recomendação, dirigida simultaneamente ao Chefe do Poder Executivo e aos membros do Poder Legislativo, o Órgão de Execução exporá os fundamentos jurídicos do vício de inconstitucionalidade de um dispositivo ou diploma legal, concluindo com a recomendação expressa de que seja deflagrado o processo legislativo para sua supressão da ordem jurídica, mediante revogação, total ou parcial, ou alteração legislativa de seu teor. (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 204).

Em complemento a essa lição, cabe observar ser possível recomendar também a edição de ato normativo que seja necessário ao exercício de direitos constitucionais ou à efetivação de norma constitucional.

Ainda, no âmbito do inquérito civil, é admissível formular ao poder legiferante proposta de ajustamento de conduta, por intermédio de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), forma negociada de solução extrajudicial de controvérsia (FERRARESI, 2010, p. 78), meio de acesso à Justiça (Constitucional, no caso sob exame), vertida em um instrumento (termo) assinado pelas partes (FERRARESI, 2010, p. 79).

O TAC deve prever o atendimento, pelo poder legiferante, das disposições constitucionais (conforme o caso, a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo, em estrita conformidade com o que preceitua a Constituição). Quanto ao objeto do TAC versante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, colhe-se da lição de Henrique Rosa Zeisemer e Vinícius Secco Zoponi:

Já por meio do TAC, buscará o Órgão de Execução, através de um processo negocial, o convencimento, à luz das razões jurídicas do vício de inconstitucionalidade, e, na sequência, a pactuação com o Chefe do Poder Executivo e com os membros do Poder Legislativo quanto às etapas do processo legislativo que culminará com a supressão da ordem jurídica do dispositivo de lei ou diploma contrário à CRFB. Por meio desse TAC, busca-se englobar: (I) o exercício da iniciativa legislativa; (II) a tramitação do projeto de lei sem sobresaltos, porém à luz do devido processo legislativo; e (III) por fim, a sanção executiva. (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 204).

Tais obrigações devem ser pactuadas mediante cominações (multa cominatória) para o caso de seu descumprimento, sendo certo que o TAC constitui título executivo extrajudicial (art. 784, XII, do Código de Processo Civil, c/c art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/1985). A multa cominada, cujo pagamento representa satisfação de uma obrigação de dar, deve ser exigida diretamente dos agentes públicos (Chefe do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo) que assinaram o TAC, previsão que deve constar direta e especificamente do termo. Contudo, tal circunstância, como se constata na prática, vem limitar a possibilidade de que os representantes do poder legiferante venham a subscrever o TAC, o que não se pode deixar de reconhecer.

Todavia, caso assinado o TAC, se descumprido, a par da exigência do pagamento da multa cominatória pela via da execução judicial, o controle de constitucionalidade abstrato deve ser provocado diretamente perante a Jurisdição Constitucional (Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça, conforme o caso), pelo órgão ministerial legitimado a tanto, sem prejuízo da adoção de outras providências em face do caso concreto, na hipótese de a verificação da inconstitucionalidade ter sido meramente incidental no âmbito do inquérito civil.

É que a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo, embora pactuada no TAC, não corresponde propriamente a uma obrigação de fazer, máxime em face de sua já apontada natureza eminentemente política, de modo que seu cumprimento não pode ser exigido do poder público pela via executiva, em 1º grau de jurisdição. Sem prejuízo desse fundamento, tampouco o cumprimento do pactuado poderá ser exigido direta e pessoalmente do Chefe do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo. Ante a sucessão de mandatos, por vezes, eles podem sequer ser os mesmos que celebraram o TAC. Ademais, o dever de legislar, tomado em si mesmo, é do poder legiferante, e não dos representantes dele, motivo por que independe de quem sejam estes.

Com efeito, quando discorre sobre a obrigação de fazer (assim considerada a obrigação de acordo com o seu conteúdo ou a natureza da prestação), embora a categoria "obrigação", como direito pessoal que é (GONÇALVES, 2004, p. 8), pertença mais propriamente à Teoria Geral do Direito (KELSEN, 1998, p. 147), a doutrina jurídica pátria lhe empresta, como regra, caráter essencialmente privatista. É o que se infere, por exemplo, do magistério de Carlos Roberto Gonçalves:

A obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) abrange o serviço humano em geral, seja material ou imaterial, a realização de obras e artefatos, ou a prestação de fatos que tenham utilidade para o credor. A prestação consiste, assim, em atos ou serviços a serem executados pelo devedor. Pode-se afirmar, em síntese, que qualquer forma de atividade humana, lícita, possível e vantajosa ao credor, pode constituir objeto de obrigação.

A técnica moderna costuma distinguir: prestações de coisas para as obrigações de dar e prestação de fato para as de fazer e não fazer. As prestações de fato podem consistir: a) no trabalho físico ou intelectual (serviços), determinado pelo tempo, gênero ou qualidade; b) no trabalho determinado pelo produto, ou seja, pelo resultado; c) num fato determinado simplesmente pela vantagem que traz ao credor.

Quando a *obligatio faciendi* é de prestar serviços, físicos ou intelectuais, aquela em que o trabalho é aferido pelo tempo, gênero

ou qualidade, o interesse do credor concentra-se nas energias do obrigado. Quando é de realizar obra, intelectual ou material, como escrever um romance ou construir uma casa, interessa àquele o produto ou resultado final do trabalho do devedor. (GONÇALVES, 2004, p. 68).

Por outro lado, ao poder de legislar, se atribui, em doutrina, natureza política (e, portanto, pública) por excelência:

[...] a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988, carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado Constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. (MEIRELLES, 2007, p. 387).

Assim, diante da natureza política do poder de legislar, somente a Jurisdição Constitucional poderia, sem o concurso da vontade do poder legiferante, promover coercitivamente a medida buscada pelo Ministério Público na via extrajudicial.

Todavia, tal circunstância não impede a pactuação, no TAC, da obrigação de promover a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo, tendo em vista que pode se dar o cumprimento espontâneo da obrigação pactuada e que no TAC são admitidas obrigações em geral, de qualquer natureza, como se extrai da lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Longe de se limitarem a meras obrigações de fazer ou não fazer – objeto originariamente a eles destinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código de Defesa do Consumidor –, na prática os compromissos de ajustamento de conduta têm adquirido um alcance maior.

Não raro o órgão público legitimado e o causador do dano ajustam quaisquer tipos de obrigações, ainda que não apenas de fazer ou não fazer, e esse ajuste é convalidado seja pelo seu caráter inteiramente consensual, seja pelo fato de que prejuízo algum trazem ao interesse transindividual tutelado [...]. (MAZZILLI, 2000, p. 372).

Portanto, na hipótese de descumprimento do que foi pactuado no TAC, apenas descabe ao Ministério Público exigir, no juízo ordinário, o “cumprimento” da “obrigação de legislar”, sendo indispensável buscar a Jurisdição Constitucional para promover a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, tem-se que, à luz da concepção de hermenêutica constitucional de Peter Häberle, o Ministério Público atua como intérprete da Constituição precipuamente em face da Jurisdição Constitucional, integrando ainda, portanto, a Sociedade Fechada dos Intérpretes da Constituição.

Todavia, a fim de dar plena consecução à proposta de Peter Häberle quanto à Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, há que se considerar a atuação do Ministério Público em sede de controle de constitucionalidade também na via extrajudicial.

Uma vez que, como preceitua a Constituição, compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e a tutela dos interesses difusos, seja pela via judicial ou extrajudicial, que, embora não figure entre os poderes do Estado, a instituição exerce de forma direta, em sua atuação, parcela da soberania estatal e que a observância da ordem jurídica, especialmente quanto a normas constitucionais, é direito difuso, cabe ao órgão ministerial promover o controle de constitucionalidade na via extrajudicial.

A atuação do Ministério Público na matéria tem natureza política e contramajoritária, pois seus membros não são escolhidos nem exercem sua função pelo voto popular ou podem por ele ser destituídos. Todavia, sua atuação é passível de controle pelos interessados, em face da obrigação do Parquet de fundamentar todas as suas manifestações.

Outrossim, o controle extrajudicial de constitucionalidade pelo Ministério Público é anterior ao realizado pelo Poder Judiciário ou Tribunal Constitucional, pois cabem à Jurisdição Constitucional tanto a decisão final acerca da interpretação da Constituição quanto sobre a (in)constitucionalidade das normas jurídicas.

Além disso, a atuação ministerial na matéria não tem definitividade, atributo exclusivo da função jurisdicional, e pode ocorrer no curso do processo legislativo (preventiva) ou após o ingresso da norma no ordenamento jurídico (repressiva). Quando deflagrada ainda na fase de processo legislativo, pode desde logo obstar a criação de norma inconstitucional e, por conseguinte, evitar eventual violação ao interesse público ou mesmo lesão ao erário que eventualmente decorra daquela. Outrossim, pode contribuir para conter a excessiva judicialização de demandas que tenham a inconstitucionalidade da lei ou outro

ato normativo como causa de pedir, e constitui “ingerência” na separação de poderes menor do que a atuação da Jurisdição Constitucional, pois, em qualquer caso, pressupõe o concurso da vontade dos órgãos legiferantes.

Com isso, não se pretende, por evidente, seja reconhecido ao Ministério Público o poder de declarar a nulidade de atos normativos e de modular os efeitos dessa decisão, o que compete exclusivamente à Jurisdição Constitucional. Na hipótese, a norma não é suprimida ou alterada, ou, em caso de omissão do legislador, criada diretamente pelo Ministério Público. A providência buscada (supressão, modificação ou edição do ato normativo), fica condicionada à expressa anuência do poder legiferante, com eficácia *ex nunc* (desde agora, vale dizer, não retroativa) apenas, e não *ex tunc* (desde sempre, vale dizer, retroativa).

Tampouco pode ser temerária, mas racional e efetiva, a atuação do Ministério Público nessa seara, ainda quase inexplorada no plano teórico e pouco experimentada no plano prático. Embora o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não seja discricionário, por se tratar de matéria de ordem pública, não deve o Ministério Público levantar, em controle extrajudicial, a título de possível inconstitucionalidade, questões de somenos importância, que não guardem vinculação mais estreita com sua missão institucional definida na Constituição.

Ainda, deve o Ministério Público se concentrar nas inconstitucionalidades flagrantes, atentando para a presunção de constitucionalidade das leis e outros atos normativos, pois o excessivo ativismo ministerial na matéria pode vir em prejuízo da segurança jurídica e colocar em risco o próprio prestígio e credibilidade da instituição e de seus membros junto aos poderes públicos e à coletividade.

Ademais, para promover o controle de constitucionalidade em sede extrajudicial, o Ministério Público conta com seus instrumentos de atuação típicos daquela seara previstos na legislação de regência, como o inquérito civil, o TAC, a recomendação, a requisição e as audiências públicas.

Por fim, tal qual sustenta Peter Häberle, atuação ministerial extrajudicial no controle de constitucionalidade evidentemente não substitui a Jurisdição Constitucional, à qual cabe a última palavra acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e processo**: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito, 2016.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Orgs.). **Temas atuais do Ministério Público**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

AMARAL, Rafael Caiado. Breve ensaio acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. In: _____. **Direito Público**, v. 1, n. 2. Porto Alegre: Síntese: Brasília IBDP, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 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 (**VE-TADO**) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FALCONI, Marconi. **O Ministério Público no controle de constitucionalidade: revoluções institucionais necessárias**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREITAS, Juarez. O Controle de Constitucionalidade pelo Estado-Administração. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C**, Belo Horizonte, v. 10. n. 40, abr./jun. 2010.

_____. Administração Pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 258, set./dez. 2011.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume II: Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Saulo Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 6. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007a.

_____. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

_____. **O inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade. In: _____. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público: funções extrajudiciais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**, promulgada em 5 de outubro de 1989: atualizada com 58 Emendas Constitucionais. Florianópolis: ALESC, 2011.

_____. **Lei n. 12.069**, de 27 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <200.192.66.20/alesc/docs/2001/12069_2001_lei.doc>. Acesso em: 30 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Ministério Público e jurisdição constitucional na maioria da constituição: uma questão de índole paradigmática. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Org.). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALADÉS, Diego. (Org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva/IBDP, 2009.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal**, doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição da República. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ZEISEMER, Henrique de Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. **Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.