

**CARLOS EDUARDO SIQUEIRA ABRÃO**

**AÇÃO DECLATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE**

**MESTRADO EM DIREITO**

**UNIFIEO - Centro Universitário FIEO**

**Osasco - SP**

**2005**

CARLOS EDUARDO SIQUEIRA ABRÃO

AÇÃO DECLATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

MESTRADO EM DIREITO

UNIFESP - Centro Universitário "Eli de Lencastre"

Osasco - SP

2005

**T**

**A143a**

**2005**

**CARLOS EDUARDO SIQUEIRA ABRÃO**

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE**

**MESTRADO EM DIREITO**

**UNIFIEO – Centro Universitário FIEO**

**Osasco – SP**

**2005**



**CARLOS EDUARDO SIQUEIRA ABRÃO**

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração "Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos", dentro do projeto – Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais, inserido na linha de pesquisa Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais, sob orientação do Prof. Antonio Cláudio da Costa Machado.

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Osasco – SP

2005



CDU	T
PHA	A.143a
	2005
ASS.	Lotel

## FICHA CATALOGRÁFICA

Abrão, Carlos Eduardo Siqueira  
Ação Declaratória de Constitucionalidade. – São Paulo: s.n.,  
2002.  
212p.: il.;30cm.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário FIEO, 2002.  
Orientador: Antônio Cláudio da Costa Machado

1. O Controle da Constitucionalidade 2. As Constituições  
Brasileiras 3. A Ação Declaratória de Constitucionalidade I.Título

Banca Examinadora

*Carrizosa*

*[Signature]*

---

---

---

*Alfonso Jordano*

Aos que já se foram: minha mãe, **Benedicta Celeste Siqueira Abrão**, pelo exemplo de força e coragem e ao colega **Geraldo Majela Tabarini Santos**, por todo auxílio prestado durante este curso.

## **Agradecimentos**

Ao meu orientador, Antônio Cláudio da Costa Machado e aos professores do Curso de Mestrado da UNIFIEO, por todo o carinho e compreensão.

Saber que será má a obra que se não fará nunca. Pior, porém, será a que nunca se fizer. Aquela que se faz, ao menos, fica feita. Será pobre, mas existe, como a planta mesquinha da minha vizinha aleijada. Essa planta é a alegria dela, e também por vezes a minha. O que escrevo, e que reconheço mau, pode também dar uns momentos de distração e de pior a um ou outro espírito magoado e triste. Tanto me basta, ou não me basta, mas serve de alguma maneira e assim é toda a vida<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Fernando Pessoa. *O Livro do Desassossego*, 2ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 55/56.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	01
1 – O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE .....	04
1.1 – O Controle de Constitucionalidade e Suas Formas de Expressão .....	04
1.2 – O Controle de Constitucionalidade no Tempo: Controle Prévio e Sucessivo .....	06
1.3 – O Controle Político de Constitucionalidade .....	13
1.4 – O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade .....	18
1.4.1 – O Controle de Constitucionalidade Incidental, Concreto, Difuso ou "Americano" .....	20
1.4.2 – O Controle de Constitucionalidade Concentrado, Objetivo, Abstrato ou "Austriaco" .....	32
2 – AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS .....	50
1 – Breve Histórico das Constituições Brasileiras .....	50
1.1 – A Constituição de 23 de maio de 1824 .....	50
1.2 – A Constituição de 15 de novembro de 1891 .....	51
1.3 – A Constituição de 16 de julho de 1934 .....	53
1.4 – A Constituição de 10 de novembro de 1937 .....	55
1.5 – A Constituição de 18 de setembro de 1946 .....	57
1.6 – A Constituição de 15 de março de 1967 .....	58
1.7 – A Constituição de 5 de outubro de 1988 .....	62



<b>3 – A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>65</b>
<b>1 – Antecedentes Históricos e a Decisão do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>65</b>
<b>1.1 – A natureza do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões .....</b>	<b>79</b>
<b>1.1.1 – A Posição do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>117</b>
<b>1.2 – Controle Concentrado de Constitucionalidade e Jurisdição .....</b>	<b>123</b>
<b>2 – A Possibilidade de Declaração da Constitucionalidade das Leis .....</b>	<b>141</b>
<b>2.1 – Ação Declaratória e Ação Declaratória de Constitucionalidade .....</b>	<b>152</b>
<b>2.2 – Finalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade .....</b>	<b>155</b>
<b>2.3 – Pressupostos da Ação Declaratória de Constitucionalidade .....</b>	<b>158</b>
<b>2.4 – Efeitos da Ação Declaratória de Constitucionalidade.....</b>	<b>162</b>
<b>2.5 – Ação Declaratória de Constitucionalidade e Coisa Julgada .....</b>	<b>184</b>
<b>3 – Rito Procedimental e o Advento da Lei 9.868 de 10 de novembro .....</b>	
de 1999 .....	<b>196</b>
<b>4 – Ação Declaratória de Constitucionalidade e os Direitos Fundamentais ....</b>	<b>212</b>
<b>4.1 – Os direitos fundamentais: Antecedentes e Primeiros Documentos</b>	
<b>Históricos de Proteção .....</b>	<b>212</b>
<b>4.2 – Os Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e .....</b>	
<b>Terceira Gerações .....</b>	<b>225</b>
<b>4.3 – Ação Declaratória de Constitucionalidade, Direitos Fundamentais e</b>	
<b>Segurança jurídica .....</b>	<b>228</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>231</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>233</b>

## RESUMO

O trabalho que ora se apresenta pretende analisar a viabilidade de declarar a constitucionalidade de leis federais por via de ação própria. No Brasil, essa possibilidade foi criada com o advento da Emenda Constitucional nº 3 de 1993.

Para atingir esse objetivo, estudamos as modalidades de controle de constitucionalidade, o histórico das Constituições brasileiras, os antecedentes que culminaram na aprovação da Emenda Constitucional 3 de 1993 e a natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, para então, analisar-se a ação declaratória de constitucionalidade e a lei que regulou o seu procedimento, sob uma ótica positiva, encontrando-se, no bojo dessas modificações legislativas, possibilidades e perspectivas de democratização do Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The following presentation intends to analyze the viability of declaring the constitutionality of federal laws by a suitable judicial proceeding. In Brazil this possibility was created with the Constitutional Amendment # 3 of 1993.

To reach this purpose, it was studied the modalities of the constitutional control, the history of Brazilian's Constitutions, the antecedents that culminated into the Amendment 3 of 1993 approbation and the nature of "Supremo Tribunal Federal" decisions into the abstracted norms control, for then analyze the "ação declaratória de constitucionalidade" (declaring of constitutionality judicial proceedings) and the law that regulated its procedure under a positive angle, finding inside this legislatives modifications, possibilities and democratization perspectives of "Supremo Tribunal Federal".

## INTRODUÇÃO

No Estado Democrático, a Constituição é a fonte primária de todos os direitos, razão de sua supremacia em relação às normas infraconstitucionais.

Como assevera José Afonso da Silva, *“as constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias de seus indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais”*<sup>1</sup>.

A importância dos direitos que estão inseridos na Constituição é uma questão de segurança para a sociedade. O desrespeito à Norma Fundamental faria naufragar todas as relações jurídicas, aqui entendidas no sentido mais lato possível, desde um simples contrato de locação até os direitos humanos fundamentais.

A Constituição, portanto, é a fonte primária do direito. E, sendo fonte de direito, é fonte daquilo que Aristóteles chamou de a *excelência moral perfeita*<sup>2</sup>: a justiça. Sem justiça, a vida em sociedade é insuportável. E sem segurança jurídica<sup>3</sup>, não há justiça que prevaleça.

Para garantir a supremacia constitucional e a justiça, todo o arcabouço legal inferior à Magna Carta apenas pode ser legítimo (e constitucional), se respeitar os preceitos fundamentais, originários do próprio Estado.

Normas ou atos que violem a Constituição são, nesse sentido, abuso de poder.

Fábio Konder Comparato alerta que *“Se a essência da política é a relação de poder entre governantes e governados, o magno problema de toda organização*

---

<sup>1</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 45.

<sup>2</sup> Aristóteles. *Ética a Nicômacos*. 3ª edição, Editora UNB, Brasília: 1999, p. 93.

<sup>3</sup> O direito, explica Celso Antônio Bandeira de Mello, *“propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante de todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles”*. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição, ver. ampl. Atual., Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 93.

*constitucional foi, e será sempre, a instituição de limites ao exercício do poder<sup>4</sup>”.*

Se a organização constitucional tem a fundamental importância de ser o paradigma da justiça e, dessa forma, determinar limitações ao exercício do poder é, para a sobrevivência da Constituição (e via de consequência para a sobrevivência da justiça e dos limites ao uso do poder), necessária à criação de mecanismos que a defendam de possíveis achaques. Esse mecanismo denomina-se controle de constitucionalidade.

Perceptível, assim que, a princípio, o controle de constitucionalidade teve por função evitar injustiças do Estado contra o cidadão, por meio da aprovação de leis infraconstitucionais que obrigassem a todos, mas em arrepio a preceitos constitucionais.

Dessa forma, e com esse intuito, todo o estudo do controle de constitucionalidade se voltou para o poder de determinar por inconstitucional uma norma que ferisse a Magna Carta.

Entretanto, esse controle se desenvolveu e, atualmente, em nome da segurança jurídica, criou-se uma nova possibilidade; a de declarar a *constitucionalidade* de normas jurídicas, em via de ação própria.

O presente trabalho tem a pretensão de demonstrar como é possível que a Constituição permita a declaração de constitucionalidade de uma norma, por meio de provocação judicial, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Para tanto, dividimos a presente dissertação em quatro partes distintas.

A primeira parte faz um breve estudo das formas de expressão do controle de constitucionalidade. A segunda parte estuda, ainda que resumidamente, como esse controle foi normatizado nas Constituições brasileiras.

Por fim, ingressamos no tema propriamente dito, a princípio, analisando o contexto histórico que originou a ação declaratória de constitucionalidade.

Depois dessa análise, abrimos um parêntese necessário: um estudo sobre a natureza dos Tribunais Constitucionais e de suas decisões, situando a ambos, no caso brasileiro, em critérios jurídicos.

Feito esse estudo, passamos a apontar características jurisdicionais ao

---

<sup>4</sup> Fábio Konder Comparato. Prefácio do Livro - *A Ouvidoria na Esfera Pública Brasileira*. Rubens Pinto Lyra (oorg.), Editora Universitária da UFPB, João Pessoa – Curitiba, 2000, p. 11.

controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, para então realizarmos a análise do instituto em si e então relacionarmos a ação analisada frente aos direitos fundamentais.

Acreditamos que toda essa abordagem introdutória faz-se importante para situar a ação que se analisa dentro de seu real contexto: a aproximação da mais alta Corte Judiciária do país de seus jurisdicionados.

## 1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 1.1 – O Controle de Constitucionalidade e Suas Formas de Expressão

O controle de constitucionalidade permite que se exerça uma limitação do exercício do poder, impedindo que esse mesmo poder, oriundo dos comandos da Magna Carta, venha a atingi-la. Nesse sentido, é possível afirmar que os sistemas constitucionais que possuam um controle de constitucionalidade dão primazia ao Poder Constituinte em detrimento dos Poderes Constituídos<sup>5</sup>.

Assim, os mandamentos da Magna Carta são originários, criadores do próprio Estado o que confere supremacia constitucional, como bem situa André Ramos Tavares:

“A partir do momento que a comunidade fixa seus princípios, seus fundamentos basilares, numa Lei Maior, ganha grande importância a forma pela qual será esta compreendida e aplicada. A Constituição, além de pairar acima de qualquer outra norma jurídica escrita, que não poderá contra ela conflitar ou contrapor-se validamente, exerce uma outra sorte de influência, já que igualmente se encontra ela acima de todos os poderes do Estado, posto tratar-se simplesmente de poderes que foram por ela mesmo constituídos e, nessa medida, que a ela devem obediência<sup>6</sup>”.

No entanto, essa supremacia só é possível nos sistemas constitucionais que adotam Constituições rígidas. Clèmerson Merlin Clève informa que coube a Lord Bryce diferenciar constituições rígidas e flexíveis.

“Se as primeiras demandam um procedimento especial, em regra oneroso e complexo, para a sua alteração, as flexíveis, ao contrário,

---

<sup>5</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional.*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 265.



não reclamam mais do que o procedimento apropriado para a conclusão das leis comuns para sofrerem mudanças<sup>7</sup>”.

Se o Legislador Ordinário tem competência para modificar a Constituição em todos os seus termos, não haverá necessidade de controle de constitucionalidade<sup>8</sup>.

Todavia, a rigidez constitucional pode atentar para requisitos formais que o ato normativo deveria preencher (instrumento legislativo adequado, por exemplo) ou para o mérito, ou seja, o conteúdo do ato normativo.

“O controle de constitucionalidade (...). Envolve tanto a verificação ‘externa’ da lei, isto é, dos requisitos constitucionais formais do ato (por exemplo, sua conformidade com o procedimento legislativo constitucionalmente estabelecido, como a dos requisitos substanciais ou materiais (exemplificando, conteúdo compatível com a *dispositio* constitucional)<sup>9</sup>”.

O controle de constitucionalidade das normas, além do aspecto formal e material, pode, outrossim, ser classificado pela sua expressão no tempo, pela natureza jurídica do órgão controlador, ou pela forma de exercício (*incidental* ou *concreto*). Há ainda a possibilidade de classificação do controle pela sanção imposta

<sup>6</sup> André Ramos Tavares. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 6/7.

<sup>7</sup> *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

<sup>8</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 29/30. Eis o que escreve o jurista: “A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um *controle de constitucionalidade*. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder Constituinte originário e o derivado”.

“Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade destas sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo”.

“Isto não quer dizer que é preciso prever expressamente a Constituição esse controle, para que ela seja de fato rígida. Basta que de seu sistema tal deflúa”.

(nulidade ou anulabilidade)<sup>10</sup>.

No presente trabalho abordaremos o controle de constitucionalidade no tempo, se prévio ou sucessivo, e também de acordo com a natureza jurídica do órgão controlador; se política ou judicial<sup>11</sup>, visto que, quanto ao controle material e formal, já destinamos algumas sucintas palavras.

Quanto à expressão do controle de constitucionalidade no tempo é possível classificá-lo como prévio ou sucessivo.

Com relação ao órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade, este pode ser classificado como político ou jurisdicional.

E o controle jurisdicional pode ser ainda subdividido entre controle incidental ou concentrado.

Analisemos mais detidamente cada um destes modos de controle de constitucionalidade, iniciando-se pelo controle de constitucionalidade no tempo.

## 1.2 – O Controle de Constitucionalidade no Tempo: controle prévio e sucessivo

O poder de controlar se diferencia fundamentalmente quanto ao tempo, podendo se dar antes ou após a entrada em vigor do ato normativo.

O controle preventivo ocorre antes que o ato normativo entre em vigor. Assim a inconstitucionalidade será verificada não quanto à lei em si, perfeita e acabada, mas quanto ao projeto que se queira transformar em lei. Por meio desse tipo de controle, a eventual inconstitucionalidade da norma é verificada antes de seu

---

<sup>9</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz. Aspectos sobre o Controle de Constitucionalidade. Revista da Procuradoria Geral do Estado, dezembro de 1990, p. 27.

<sup>10</sup> Elival da Silva Ramos. A Inconstitucionalidade das leis – vícios e sanção. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, *passim*.

<sup>11</sup> Se o controle de constitucionalidade se restringir ao preenchimento de determinados requisitos técnicos pré-estabelecidos pela Constituição Federal, de ordem formal, o julgador não entrará no “mérito” da lei, ou seja, o julgador não dirá se a lei é “materialmente” constitucional ou não. Ao contrário, pode ser que não haja a inobservância de formalidades, mas sim quanto o mérito da lei ou do ato normativo, o que se denomina de controle “material”. Para alguns doutrinadores, o controle “material” da Constituição será sempre político, independente do órgão que o faça, ou em que via seja exercido, nesse sentido, confira-se Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional. P. 269/270.

ingresso no mundo jurídico.

No Brasil, essa modalidade de controle é atribuída a órgãos políticos (Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado, por exemplo). Em Portugal, o controle prévio é feito pelo Tribunal Constitucional<sup>12</sup> que ao decidir inconstitucional a norma posta à sua apreciação, *obriga* o Presidente da República a vetar o projeto e devolvê-lo ao órgão originário (artigo 279 da Constituição de Portugal<sup>13</sup>), que expurgará o preceito tido como inconstitucional, ou aprová-lo-á, mediante maioria qualificada.

No sistema jurídico brasileiro, como já dito, é possível verificar essa forma de controle nas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado, que poderão impedir o seguimento de um projeto de lei por entendê-lo inconstitucional.

<sup>12</sup> Artigo 278 da Constituição portuguesa: “1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

2. Os Ministros da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura.

3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.

4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efetividade de funções.

5. O Presidente da Assembleia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembleia da República.

6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no n.º 4 deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data prevista no número anterior.

7. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o n.º 4 sem que decorram oito dias após a respectiva recepção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida.

8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do n.º 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência”. Fonte: [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt).

<sup>13</sup> “Artigo 279.º

(Efeitos da decisão)

1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

2. No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por

O veto presidencial a artigo ou a lei, cuja fundamentação demonstra a inconstitucionalidade da norma vetada, também se insere no conceito de controle prévio de constitucionalidade.

Ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro, à primeira vista, o controle prévio de constitucionalidade é de natureza política. Todavia, também é possível, em casos especiais, o exercício do controle prévio de constitucionalidade em seara jurisdicional, ainda que tal autorização não seja expressa.

A Constituição brasileira, explica Zeno Veloso, “*não autoriza – pelo menos explicitamente – que se promova controle preventivo de constitucionalidade, por parte do Poder Judiciário. Não obstante, há um controle prévio de constitucionalidade das leis exercido por órgãos políticos*<sup>14</sup>”. A exceção à regra, por motivos óbvios seria “*(...) o caso de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 102 §2º)*<sup>15</sup>(...)”.

Entretanto, em que pese a ausência de autorização para o exercício do controle *jurisdicional* prévio, a Constituição brasileira prevê o controle *prévio*, desde que político<sup>16</sup>.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que ato normativo, em fase de discussão e votação, não poderia ser questionado por ação direta de inconstitucionalidade<sup>17</sup>.

maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções”.

<sup>14</sup> Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p. 158.

<sup>15</sup> Zeno Veloso. *Op. Cit.*, p. 158.

<sup>16</sup> As modalidades de controle político e jurisdicional serão, logo abaixo, melhor explicitadas.

<sup>17</sup> Eis o teor da decisão: “*Ação Direta de Inconstitucionalidade - Proposta de Emenda à Constituição Federal - Instituição da pena de morte mediante previa consulta plebiscitária - Limitação material explícita do Poder Reformador do Congresso Nacional (art. 60, par. 4., IV) - Inexistência de controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro - Ausência de ato normativo – Não conhecimento da Ação Direta.*”

*O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite. O sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Ato normativo “in fieri”, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe, ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante à existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata,*

Zeno Veloso, comentando a decisão do Supremo Tribunal Federal, escreveu que:

“Em princípio esse entendimento está correto. Ainda que um projeto de lei ou uma proposta de emenda constitucional possam estar afrontando a Carta Magna, apresentando a eiva da inconstitucionalidade, nesta fase, o árbitro exclusivo da questão é o próprio Congresso. Qualquer intervenção no processo legislativo seria exorbitante, descabida, afrontaria os princípios da independência e harmonia do Poderes<sup>18</sup>”.

Essa é a regra que, como sempre, comporta exceções.

Isso porque, existem matérias as quais o legislador ordinário está vedado de *deliberar*. Seriam emendas à Constituição *tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e as garantias individuais* (CF, art. 60, §4º, incisos I a IV).

---

*constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida a apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional, e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em Emendas à Constituição. Estas que não são normas constitucionais originárias não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, esta juridicamente subordinado a decisão do Poder Constituinte Originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, ART. 60, par. 1.), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune a ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no par. 4. do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade”.*

Ação Direta de Inconstitucionalidade 466/DF, Relator, Min. Celso de Mello, DJ 10-05-91, PP-05929. Julgamento: 03/04/1991 - Tribunal pleno. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>18</sup> Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, p. 158.

“É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa do Estado, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...’ a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas tendentes diz o texto) para a sua abolição”.

“Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica *tendência* a abolir a forma federativa de Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará *tendência* a abolir o princípio da separação de Poderes<sup>19</sup>”.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao dissertar sobre o “Poder de Reforma Ordinário ou Permanente”, conclui que:

“Todo esse regramento constitucional mostra que o Poder de Reforma Ordinário enfrenta limites expressos fixados pelo Constituinte Originário, limites materiais e circunstanciais e condicionamentos de forma ou limites procedimentais<sup>20</sup>”.

Dessa forma, escapando o legislador ordinário das diretrizes traçadas na Constituição originariamente e que vedam a alteração (ou a mera *tendência* à alteração) de determinados temas, poder-se-ia exercer o controle de

---

<sup>19</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 69.

constitucionalidade jurisdicional, ainda que prévio, uma vez que se há impedimento de *deliberar*. A proibição “alcança o próprio processo legislativo” na feliz locução de Zeno Veloso<sup>21</sup>.

Corroboram o raciocínio, os entendimentos plasmados pelo Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança propostos junto àquela Corte e distribuídos sob os nº 20.257/DF<sup>22</sup> e 22.503/DF<sup>23</sup>, respectivamente.

Portanto, o controle prévio de constitucionalidade poderá ser jurisdicional se a matéria em trâmite no Legislativo violar os preceitos do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal e desde que exercido na via incidental ou difusa.

Há autores ainda, dos quais destacamos Pontes de Miranda<sup>24</sup> e Alexandre de Moraes<sup>25</sup>, que entendem existir a possibilidade do exercício do controle prévio e jurisdicional na via difusa, se violadas, em especial, as normas constitucionais que norteiam o processo legislativo<sup>26</sup>.

Entretanto, salvo as hipóteses excepcionais acima colocadas, o controle

<sup>20</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *A Revisão Constitucional no Brasil*, SEPARATA da Revista de Informação Legislativa, nº 29 nº 114 abr/jun. 1992, p. 15.

<sup>21</sup> Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 160.

<sup>22</sup> Esse é o teor da ementa: “Mandado de segurança contra ato da mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de Emenda Constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da República. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da Emenda, vedando a sua apresentação (como e o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em Emenda Constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.” Mandado de Segurança - MS-20257 / DF, Relator(a): Min. Décio Miranda, DJ data-27-02-81 PG-01304, RTJ vol-00099-03 PG-01031, Julgamento: 08/10/1980 - Tribunal pleno, fonte: www.stf.gov.br, grifou-se.

<sup>23</sup> Confira-se a decisão: “(...) 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há insita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. Mandado de segurança 22503/DF, Relator Min. Marco Aurélio - Rel. Acórdão, Min. Maurício Corrêa, Publicação: DJ 06-06-97 PP-24872. Julgamento: 08/05/1996 - Tribunal Pleno, fonte: www.stf.gov.br.

<sup>24</sup> *Dez Anos de Pareceres*, Vol. I, parecer nº 9, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1974, p. 55/62.

<sup>25</sup> Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 225.

<sup>26</sup> No presente caso, entendemos que pelo fato de ter sido ferido o devido processo legal *legislativo*.



jurisdicional caracteriza-se por ser sucessivo.

Ao contrário do controle preventivo, o controle sucessivo é exercido após a legislação ingressar no mundo jurídico e, dessa forma, passar a surtir efeitos.

Diferem entre si porque o controle de constitucionalidade é prévio, ou seja, realizado antes do ato normativo tido por inconstitucional entrar em vigor. Assim, não gera efeitos.

O exercício do controle sucessivo, ou *a posteriori*, permite que um ato normativo ingresse no universo jurídico positivado, para então, iniciar-se a discussão quanto à sua eventual inconstitucionalidade. Ou seja, o hipotético ato terá vigência e surtirá efeitos, até que sua inconstitucionalidade seja reconhecida.

O controle sucessivo de constitucionalidade é mais recorrente na via jurisdicional, por intermédio de ações propostas no exercício do controle difuso de constitucionalidade, ou por intermédio de ações que observam o controle abstrato objetivo.

Todavia, o controle sucessivo de constitucionalidade também pode ser realizado pelo Poder Legislativo, segundo o ordenamento constitucional brasileiro, por meio de resolução do Senado Federal, que suspende os efeitos de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na via difusa, consoante a determinação estatuída no artigo 52, inciso X da Constituição Federal<sup>27</sup>.

Ou seja, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal decidir pela inconstitucionalidade de lei *na via difusa*, ao Senado Federal compete suspender a execução da lei, o que confere à decisão efeitos *erga omnes*<sup>28</sup>.

É o que nos ensina José Afonso da Silva:

“(...) *suspender a execução*, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (*em parte* não deve ser entendido como poder de admitir apenas

<sup>27</sup> “Compete privativamente ao Senado Federal:”

(...).

“X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>28</sup> A resolução de que trata o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal não se aplica às decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal na via de controle concentrado de constitucionalidade, pois,

uma parte do que foi declarado inconstitucional; se toda lei for declarada inconstitucional, a suspensão há de ser total, dela toda; o Senado não pode decidir fazê-lo apenas de parte; portanto, quando o texto fala em suspender *em parte*, significa que também só parte foi declarada inconstitucional; de outro lado, esse procedimento não tem cabimento quando a declaração de inconstitucionalidade decorreu de ação direta, nos termos do art. 103; é procedimento adequado à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou seja, no caso concreto segundo a técnica do controle difuso, pois que sua razão de ser está precisamente em fazer expandir, a todos, os efeitos da decisão que, em si, só tem eficácia entre as partes; é a suspensão da execução da lei, já vimos, que confere efeitos *erga omnes* à sentença que decretou a inconstitucionalidade<sup>29</sup>; (...)"

Embora o Senado esteja vinculado à decisão judicial anterior, não podendo de *per si* declarar a inconstitucionalidade ou suspender a execução de ato normativo que entenda inconstitucional, o efeito da decisão final do Supremo Tribunal Federal apenas será *erga omnes*, a partir da resolução do Senado.

### 1.3 – O Controle Político de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade também pode ser caracterizado pela natureza do órgão competente para a verificação das questões suscitadas quanto à incongruência dos atos normativos ou leis com a Lei Fundamental. Assim, se o órgão é parte do Poder Legislativo, ou tem natureza política, o controle exercido também será político.

Ressalte-se que há também o controle de constitucionalidade denominado *misto* no qual a inconstitucionalidade de determinados atos normativos será atribuição exclusiva do Poder Legislativo, enquanto outras categorias de atos terão a

---

em tais hipóteses, a decisão tem efeitos *erga omnes*, independente de qualquer outro requisito. Confira-se, a esse propósito, Zeno Veloso. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, p. 54.

inconstitucionalidade verificada pelo Poder Judiciário.

José Afonso da Silva informa que o controle misto é o realizado na Suíça, país onde “*as leis federais ficam sobre o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais ficam sob o controle jurisdicional*”<sup>30</sup>.

Quanto ao tema em questão, afirma o mesmo autor:

“O *controle político* é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou a um *órgão especial*, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63)<sup>31</sup>”.

Canotilho, ao abordar semelhante tema, escreveu que:

“Este sistema é também designado ‘sistema francês’. Não obstante SIEYÉS ter logo sugerido na constituição do ano VIII a criação de um ‘*jurie constitutionnaire*’, a concepção rousseauniano-jacobiana da lei como instrumento da ‘vontade geral’ manteve-se sempre aliada ao dogma da soberania da lei que só as próprias assembleias legislativas poderiam politicamente controlar<sup>32</sup>”.

E continua o citado jurista:

“Mas a inexistência de um controlo jurisdicional e a acentuação do controlo político não é apenas, como por vezes se defende, uma consequência das concepções rousseauniano-jacobiana. Ela é

---

<sup>29</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 522.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>31</sup> *Idem* *ibidem*, p. 51.

<sup>32</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 978.

também típica da doutrina da soberania do parlamento inglês<sup>33</sup>.

Todavia, essa modalidade de controle de constitucionalidade não está isenta de críticas, como as realizadas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Na verdade, a experiência tem mostrado que esse controle é ineficaz. De fato, esses órgãos, onde previstos, têm apreciado as questões a eles submetidas antes pelo critério da conveniência do que pelo critério de sua concordância com a Constituição. Assim, esses órgãos vêm a ser redundantes, pois se tornam outro Legislativo, ou outro órgão governamental<sup>34</sup>”.

Contudo, a França, um país de grande tradição democrática, mantém esse tipo de controle de normas infraconstitucionais<sup>35</sup>.

O artigo 6.61 da Constituição francesa determina que as leis orgânicas e aos regulamentos das assembleias sejam previamente submetidas ao controle de constitucionalidade<sup>36</sup>.

Mas, no ordenamento constitucional francês, não apenas as leis orgânicas e os regulamentos das assembleias estão vinculados ao controle político de constitucionalidade. As leis ordinárias podem ser submetidas, antes de sua promulgação, ao crivo do Conselho Constitucional<sup>37</sup>. A diferença é que, quanto às leis ordinárias, a análise de constitucionalidade é uma possibilidade, enquanto que nas leis orgânicas e regulamentos, trata-se de uma obrigação<sup>38</sup>.

Mas, não são essas as únicas hipóteses de análise de constitucionalidade

<sup>33</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. Op. Cit., p. 979.

<sup>34</sup> **Curso de Direito Constitucional**, p. 31.

<sup>35</sup> De fato, o artigo 61.1 da Constituição Francesa determina que: “Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution”. Fonte [www.legifrance.gouv.fr/html/constitution.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution.htm).

<sup>36</sup> Zeno Veloso, **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, p. 155.

<sup>37</sup> Idem Ibidem, p. 155.

<sup>38</sup> O artigo 61.2 da Constituição francesa dispõe que: “Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs”. Fonte: [www.Legifrance.gouv.fr/html/frame\\_constituicion.htm](http://www.Legifrance.gouv.fr/html/frame_constituicion.htm)

das normas pelo Conselho Constitucional francês. Zeno Veloso aclara que:

“A Constituição francesa, art. 54, admite que o *Conseil Constitutionnel*, a requerimento do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente de uma ou de outra Assembléia, ou de 60 deputados ou 60 senadores, verifique se um tratado internacional contém uma cláusula contrária à Constituição. Declarada a incompatibilidade do tratado com a Constituição, ele não poderá ser ratificado, a não ser que a própria Constituição seja revisada<sup>39</sup>”.

Entretanto, é muito importante que fique consignada a composição do Conselho Constitucional francês. Não obstante seja um órgão político, seus membros não podem ser parlamentares ou fazer parte de ministérios<sup>40</sup>.

Não obstante o fato de que os sistemas jurídicos de outros países também admitam o controle político de constitucionalidade, o sistema francês é paradigmático por apenas aceitar essa modalidade de controle.

No Brasil, o controle de constitucionalidade exercido por órgãos de natureza política é prévio (à exceção do já abordado controle sucessivo por resolução do Senado).

A Constituição Federal prevê Comissões Permanentes, de atribuição do Poder Legislativo, conforme mandamento apostado no artigo 58 da Magna Carta.

Em obediência ao mandamento constitucional, as Casas Legislativas brasileiras criaram seus respectivos regimentos internos. Assim, por exemplo, o

<sup>39</sup> Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 56.

<sup>40</sup> Nesse sentido, o artigo 54 da Lei Fundamental daquele país: “Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil Constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée Nationale, trois par le Président du Sénat”. Fonte: [www.Legifrance.gouv.fr/html/frame\\_constituicion.htm](http://www.Legifrance.gouv.fr/html/frame_constituicion.htm)

<sup>40</sup> “À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:”

“I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário (...)”.

Senado Federal previu em seu regimento, dentre as comissões permanentes, a Comissão de Constituição e Justiça (artigo 101, inciso I<sup>41</sup>).

Se um projeto de lei cuja votação baseou-se em parecer negativo da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, não for aprovado, é possível afirmar que se operou o controle de constitucionalidade político. O mesmo pode ser dito em relação à Câmara dos Deputados (artigo 32, inciso III do regimento interno daquela Casa Legislativa<sup>42</sup>).

Além do pareceres das Comissões de Constituição e Justiça, o veto presidencial também pode ser considerado como uma forma de “controle de constitucionalidade” *a priori*, desde que a fundamentação do veto invoque razões de ordem constitucional para o afastamento da norma, conforme o prevê o artigo 66, § 1º da Constituição Federal.

O veto presidencial poderá ser derrubado por nova votação. Mas, similarmente ao direito constitucional português, no qual, como visto, a decisão prévia pela inconstitucionalidade importará em votação qualificada para a aprovação do ato normativo, a matéria vetada pelo Presidente da República, segundo a Constituição brasileira, só poderá ser aprovada mediante maioria absoluta dos Deputados e Senadores (Constituição Federal, artigo 66, § 4º).

Assim, o veto presidencial no sistema pátrio pode gerar controle de constitucionalidade com efeitos negativos, uma vez que a norma nem sequer ingressa no mundo jurídico, ou criar óbices à aprovação da lei ou ato normativo, uma vez que, para que seja derrubado, faz-se necessária maioria absoluta de ambas as Casas Legislativas, (Constituição Federal, artigo 66, § 4º).

---

<sup>42</sup> “São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:”

“III - Comissão de Constituição e Justiça e de Redação:”

“a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;

(*Alínea alterada pela Resolução nº 10, de 1991*).

b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;

c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste regimento;(...)”

“Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

Ou seja, o controle político, nessa hipótese, tem como efeito deflagrar processo legislativo especial, no qual o quorum para aprovação de lei deverá ser qualificado.

O veto presidencial gera efeitos procedimentais em um primeiro momento (qualificar a maioria para a aprovação da lei). Somente gerará efeitos negativos em um segundo momento, a depender da votação nas Casas Legislativas: na hipótese de que não venha a ser derrubado.

#### 1.4 – O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade

O controle jurisdicional dos atos normativos infraconstitucionais, como diz o próprio nome, é atribuído a um órgão ou aos órgãos do Poder Judiciário. “O controle jurisdicional será difuso – quando qualquer órgão do Judiciário o praticar – ou concentrado – quando apenas um órgão do Judiciário o exercer<sup>43</sup>”.

“No que concerne, então, ao aspecto ‘subjutivo’ ou ‘orgânico’, podem-se distinguir, segundo uma terminologia já bem conhecida, dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis”:

“a) o ‘sistema difuso’, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a *todos os órgãos judiciários* de um lado do ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e”

“b) o ‘sistema concentrado’, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, *em um único órgão judiciário*<sup>44</sup>”.

Atribui-se o início do controle jurisdicional de constitucionalidade à célebre decisão do juiz Marshall, da qual destacamos a seguinte passagem:

---

<sup>43</sup> Carlos Mário da Silva Velloso, *Controle de Constitucionalidade na CF/88*, Revista de Direito Público n° 92, p. 46.

<sup>44</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 67/68.



“Aqueles, portanto, que controvertem o princípio de que a Constituição deve ser considerada, na Corte, como um Direito supremo, são levados à necessidade de provar o fato de que os Tribunais devem fechar seus olhos sobre a Constituição e ver apenas a lei<sup>45</sup>”.

Como ensina Celso Agrícola Barbi:

“(...) os argumentos favoráveis ao controle da constitucionalidade das leis são irrespondíveis apesar de sua simplicidade: se a Constituição é lei fundamental, de categoria mais alta, e a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se pode admitir a validade de lei ordinária contrária à Constituição. Se o fizermos, estaríamos admitindo a reforma da Constituição fora do procedimento estabelecido para isto, e negando a supremacia constitucional<sup>46</sup>”.

A decisão do juiz Marshall iniciou o controle de constitucionalidade pela chamada via difusa ou de exceção. Por ele, qualquer juiz ou tribunal estaria apto a reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, se instaurado um processo.

Muito se discutiu sobre a legitimidade do Poder Judiciário para a realização do controle de constitucionalidade. Todavia, essa legitimidade é possível, a partir do momento em que se constata a existência da “separação de poderes”, como formas de expressão de um poder uno, o poder estatal. Otto Kimminich auxilia o correto entendimento desse raciocínio:

“No Estado de Direito liberal e democrático, a divisão de poderes não constitui princípio meramente formal. O seu conteúdo material pode ser inferido da própria noção de Estado de Direito (*Rechtsstaatlichkeit*). Antes, porém, há de ser ressaltado que a chamada divisão de poderes não se confunde, sobretudo no Estado

---

<sup>45</sup> Hamilton, Madison e Jay. *O Federalista*, Brasília: Editora Universidade de Brasília [s.d.], p. 51.

de Direito democrático, com uma divisão de poder do Estado. Uma fragmentação do poder estatal, ou seja, uma organização jurídica baseada em princípios diferenciados, afigura-se inimaginável<sup>47</sup>.

Portanto, se o Poder Estatal é uno, e a divisão se identifica na verdade, apenas como "distribuição de funções estatais entre órgãos diferenciados e independentes entre si<sup>48</sup>", é correto afirmar que os critérios que legitimam esse tipo de controle de constitucionalidade estão preenchidos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, fundamenta muito bem a possibilidade do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis, ao comentar a decisão do Juiz Marshall:

"Para ela, o Judiciário é o guardião da lei. Ora, lei é tanto a Constituição como a lei ordinária, mas aquela é posta como a lei suprema. Assim sendo, o juiz, chamado a decidir um pleito, tem de determinar qual a lei aplicável, e não pode, havendo conflito entre a lei constitucional e a lei ordinária, senão aplicar a primeira<sup>49</sup>".

O controle jurisdicional de constitucionalidade pode ser incidental ou concreto. Analisemos essas formas de controle mais detidamente.

#### **1.4.1 – Controle de Constitucionalidade Incidental, Concreto, Difuso ou "americano"**

O controle de constitucionalidade concreto, difuso ou "americano" (assim chamado equivocadamente em razão de ter se iniciado com a decisão do juiz

---

<sup>46</sup> Celso Agrícola Barbi, **Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**, Revista de Direito Público nº 4, p. 35.

<sup>47</sup> Otto Kimminich, **Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes**, Revista de Direito Público nº 92, p. 22.

<sup>48</sup> Idem Ibidem, p. 23.

<sup>49</sup> **O Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da Política e Politização da Justiça**. Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, 1995, p. 24.

Marshall – deveria se chamar, portanto, estadunidense), tem como característica principal, competência atribuída a qualquer juiz para conhecer da inconstitucionalidade das normas. Como escreve Canotilho:

*“A associação do sistema difuso ao constitucionalismo americano é justificada. Foi aí que, divergentemente da doutrina britânica da soberania do Parlamento, se desenvolveu a idéia do higher law como background do direito constitucional americano. Cfr., precisamente, Corwin, The ‘Higher Law background of American Constitutional Law’, 1928 (4ª reimp., 1961). A noção jusnaturalista de higher law transfere-se para a Constituição e daí que a soberania do órgão legislativo ordinário (absolute and without control, afirmava Blackstone) tivesse de desaparecer. ‘Não pode o soberano escreve Corwin – um corpo criador de direito que está subordinado a outro corpo criador de direito’. Não bastava, porém, afirmar a superioridade da Constituição perante a lei: era necessário reconhecer a judicial review, ou seja, a faculdade judicial de controle da inconstitucionalidade das leis. É a evolução que se concretiza, finalmente, com a sentença do juiz Marshall no caso Marbury v. Madison<sup>50</sup>”.*

Nessa forma de controle, a função judicial é *fiscalizadora*. O Poder Judiciário tem a competência de fiscalizar a constitucionalidade de uma lei, rejeitando sua aplicação em um determinado caso concreto.

*“Pelo sistema difuso, o controle é atribuído aos diversos órgãos do Poder Judiciário, pelo qual cada magistrado pode deixar de aplicar, ao caso concreto que lhe for submetido, uma determinada norma jurídica, quando a repute viciada de inconstitucionalidade.<sup>51</sup>”*

<sup>50</sup> José Gomes Canotilho. *Op. Cit.* p. 979 ss.

<sup>51</sup> André Ramos Tavares, *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 13.

O raciocínio é, à primeira vista, bastante simples. Sendo os juízes os responsáveis pela aplicação das leis aos casos concretos (função jurisdicional), são eles os competentes para dizer qual lei deve ser aplicada, observando-se o critério de verticalidade das normas. Assim, se a lei ou ato normativo contrasta com a Constituição, aplica-se essa em detrimento daquele.

“Pois bem, a doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial ‘difuso’ de constitucionalidade das leis é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade: ela foi precisada com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida pelo John Marshall, no caso *Marbury x Madison*, e, ainda antes, tinha sido limpidamente formulada por Alexandre Hamilton. Raciocina-se em última análise deste modo”:

“a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento”;

“uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente”;

“tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais e tradicionais critérios ‘*lex posteriori derogat legi priori*’, ‘*lex specialis derogat legi generali*’, etc;

“mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério ‘*lex superior derogat legi inferiori*’ – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo que a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*”.

“Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja ‘relevante’ uma norma legislativa

ordinária contrastante com a norma constitucional, *deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda*<sup>52</sup>.

O controle por via incidental se caracteriza pelo fato de a questão constitucional ser um "incidente" processual, ou melhor, uma "questão prévia" que será suscitada no processo pelo interessado e deverá ser enfrentada pelo juiz em seu raciocínio.

Ada Pellegrini Grinover escreve que:

"(...) enquanto no sistema difuso temos uma questão prejudicial, uma questão prévia, que diz respeito à outra relação jurídica, ou seja, a adequação do ato normativo à Constituição, questão prévia que o juiz deverá apreciar antes da questão principal, exatamente para verificar se a alegada constitucionalidade existe, ou não"<sup>53</sup>.

A questão constitucional é conhecida e discutida na exata medida em que seja relevante para a solução do litígio.

"(...) exigida a satisfação de obrigação imposta por lei suspeita de inconstitucionalidade, o devedor desta obrigação, ao se defender em Juízo, alega a inexistência da obrigação por não ser válida a lei que a fundamenta. Tal exceção é apreciada como preliminar ou incidente da ação, pelo juiz que, após resolvê-la, julga o pedido (aplicando a lei se a entender constitucional ou aplicando a Constituição se considerar inconstitucional a lei). Essa modalidade de controle é chamada de *incidental*, pois, embora o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei decorra da decisão judicial, esta não tem por objetivo senão a existência ou não de uma obrigação. Tal sutileza preserva a suscetibilidade do

---

<sup>52</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*, p. 75/76.

legislador e não fere, nem na aparência, a separação de poderes, como ocorreria se o juiz julgasse a lei<sup>54</sup>.

Visa-se, então, por meio dessa modalidade de controle o afastamento da lei para o caso *sub judice*, o que, por decorrência satisfaria a pretensão buscada em juízo. Não se verifica no controle difuso a *declaração* de inconstitucionalidade da lei, como objeto principal de uma demanda.

Rui Barbosa, resolve a questão:

"(...) a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute<sup>55</sup>".

Assim, nas ações propostas com a finalidade de que seja exercido o controle difuso de constitucionalidade, não é necessário o pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade da norma (aliás, o juiz sequer poderia fazer essa declaração, como bem esclarecido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho – *supra*, nota 54). Isso fará parte do raciocínio lógico, *eventualmente* da petição, mas *certamente* do magistrado, pois sem a apreciação da questão prévia de inconstitucionalidade, nada será decidido.

"Estritamente, portanto, ele não julga a lei ordinária, não a invalida, apenas não a aplica ao caso concreto e faz prevalecer a lei mais alta. Como não nulifica a lei ordinária, esta permanece vigente e eficaz, a apenas no caso decidido deixa de ser aplicada. A decisão

---

<sup>53</sup> Ada Pellegrini Grinover. *O Processo em sua unidade – II*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 145.

<sup>54</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, p. 32/33.

<sup>55</sup> *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro: Capital Federal Companhia Impressora, p. 82

de afastá-la tem efeitos *inter partes* e não *erga omnes*<sup>56</sup>”.

Por outro lado, a inconstitucionalidade não necessita estar entre as razões que fundamentam o pedido. Isso porque, o Poder Judiciário pode reconhecê-la de ofício:

“Os magistrados singulares, no exercício da jurisdição constitucional, não só podem como devem aclarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive, *ex officio*, numa situação que se assemelha à nulidade do negócio jurídico, que deve ser apreciada independente de alegação do interessado (Código Civil, art. 146, parágrafo único). No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até mesmo pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ato normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou do ato normativo, determinando a sua não aplicação ao caso, objeto da demanda<sup>57</sup>”.

Dessa maneira, não é necessário que a arguição de inconstitucionalidade esteja expressa nas razões ou no fundamento de uma petição. Se a questão a ser decidida passar pela observância da violação a preceito constitucional, o juiz deve enfrentá-la, quer o pedido esteja expressamente fundamentado, quer não.

Mas não só poderá o juiz conhecer de ofício da inconstitucionalidade em analogia com o artigo 146, parágrafo único do Código Civil, como bem explana Zeno Veloso no trecho acima citado<sup>58</sup>. Esse reconhecimento se dará também, tendo sido a inconstitucionalidade suscitada, ou não, pelo interessado, pois ela estará contida (ainda que implicitamente) nos *fundamentos* do pedido. É o que se depreende da

---

<sup>56</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *O Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da Política e Politização da Justiça*. Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, 1995, p. 24.

<sup>57</sup> Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p.42.

<sup>58</sup> *Idem*, p.42.

leitura do artigo 282, inciso III do Código de Processo Civil<sup>59</sup>.

Nesse sentido, é possível concluir que o necessário para evitar-se a inépcia da inicial é o fundamento jurídico e não o fundamento legal. E isso faz toda a diferença.

Isso porque, fundamento jurídico é a causa de pedir, a razão pela qual a ação é proposta. Fundamento legal é o dispositivo de lei ou da Constituição, invocado para proteger o direito pretendido.

O juiz não está adstrito à fundamentação. O que não se pode é julgar uma ação, concedendo pedido diverso ao pleiteado (artigo 460 do Código de Processo Civil). Mas nada impede que ele conheça do pedido por fundamento *jurídico* diverso do narrado pelo interessado:

“(...) o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente<sup>60</sup>”.

Ou seja, ainda que a petição nada mencione sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o juiz poderá reconhecer previamente essa inconstitucionalidade, para fins de julgamento do pedido.

Mais além, o juiz poderá reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por fundamento jurídico *diverso* do eventualmente consignado pelo interessado, porque, a teor do artigo 460 do Código de Processo Civil, ele não está adstrito à fundamentação jurídica.

Assim, se aventado pelo interessado a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, por ferir um determinado artigo da Constituição, o juiz não estará adstrito a essa indicação, o que não significa dizer que a pretensão será rechaçada.

De fato, nada impede que o magistrado aponte outro preceito constitucional que, no seu entendimento, esteja sendo ferido e afaste a lei ou ato normativo do caso concreto por inconstitucionalidade.

<sup>59</sup> “A petição inicial indicará: (...) III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

<sup>60</sup> José Rogério Cruz e Tucci, *A Causa Petendi no Processo Civil*, p. 161.



Nesse sentido, já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça:

“A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes. ‘Jura novit curia’”.<sup>61</sup>

“O nosso direito prestigiou os princípios do ‘jura novit curia’ e do ‘da mihi factum, dabo tibi jus’. Isso significa que a qualificação jurídica dada aos fatos pelo autor não é essencial para o sucesso da ação. Tanto que o juiz pode conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelo autor”.<sup>62</sup>

Os efeitos do controle de constitucionalidade difuso, como superficialmente mencionado, operam-se *inter partes*. A razão disso se dá porque o juiz verifica que há uma inconstitucionalidade pré-existente da norma, deixando-a de aplicar no caso concreto, uma vez que entre a Constituição que é hierarquicamente superior e o ato normativo discutido, aplica-se aquela, mas tão somente *para o caso apresentado em juízo*. O juiz não invalida a lei, mas aplica a Magna Carta, em detrimento do ato normativo.

“Convém observar que o controle incidental tem efeito apenas para as parte litigantes. A decisão que afasta o ato inconstitucional não beneficia quem não for parte na demanda em que se reconheceu a inconstitucionalidade. É o chamado *efeito particular, ou inter partes*”<sup>63</sup>.

“O controle de constitucionalidade neste modelo é dito ‘difuso’, *in casu* ou ‘concreto’, por isso que baseado no poder normal do juiz (e

<sup>61</sup> STJ-4ª Turma, Ag 5.540-MG-AgRg, rel. Min. Athos Carneiro, j. 18/12/1990, negaram provimento, v.u., DJU de 11/03/1991, p. 2.397, *in* Theotônio Negrão, **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor.**, p. 371, nota 10 ao artigo 282.

<sup>62</sup> RSTJ 111/139 *in* Theotônio Negrão, **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor.**, p. 371, nota 10 ao artigo 282.

de todo e qualquer juiz) de recusar aplicar leis inconstitucionais; devendo o juiz decidir, no caso concreto, entre aplicar uma lei contrária à Constituição ou aplicar a Constituição, deverá aplicar esta e recusar aquela<sup>64</sup>.

De fato. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (artigo 472 do Código de Processo Civil). Portanto, se a lei não é aplicada a um determinado caso concreto, por inconstitucional, a única beneficiada será a parte<sup>65</sup>.

Ora, se o processo é resolvido, nos limites da lide sem que o juiz declare a inconstitucionalidade da norma, mas apenas deixe de aplicá-la ao caso concreto, ela continua vigendo e obrigando aos demais que não tenham obtido idêntica decisão judicial.

Dessa maneira, o efeito da declaração é inter partes e a norma continua vigendo e obrigando todos os demais que não a tenham questionado e, obviamente, obtido a declaração de inconstitucionalidade (incidental) nas vias judiciais. A decisão nesse caso apenas terá efeitos erga omnes no direito brasileiro, se aprovada a resolução suspensiva pelo Senado Federal, como já visto.

Resta verificarmos os efeitos da decisão do controle incidental de constitucionalidade no tempo.

Os efeitos do controle de constitucionalidade, ou como assevera Elival da Silva Ramos, as sanções de vício, podem ser de nulidade ou anulabilidade.

“Como se percebe, a sanção de inconstitucionalidade está a meio caminho em relação ao vício e ao controle. O vício é a desconformidade entre a lei e a Constituição; a sanção é o

<sup>63</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, p. 33.

<sup>64</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz. *Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez/1999, p. 29.

<sup>65</sup> Salientamos que “entre as partes” pode ter seu conceito abrangido, como na hipótese de substituição processual (artigo 42 § 3º do Código de Processo Civil) ou na defesa de direitos difusos e coletivos. A esse respeito, verifique-se o efeito da sentença em relação a ações propostas por entidade associativa, consoante a determinação do artigo 2º da Lei 9.494 de 19 de setembro de 1997, o qual determina que a sentença proposta em ação de caráter coletivo “abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

desdobramento previsto pelo sistema para o vício de inconstitucionalidade; o controle é o conjunto de instrumentos predispostos a assegurar a efetividade da sanção<sup>66</sup>.

Com relação ao controle incidental das leis, uma vez que temos como premissa que o juiz constata uma nulidade pré-existente da norma, os efeitos da decisão retroagirão no tempo.

O que se denomina por "doutrina clássica" cuja origem está na decisão de John Marshall, acredita que, qualquer decisão que verificar a inconstitucionalidade de uma norma, tem efeitos retroativos. O comentário de Anna Candida da Cunha Ferraz é bastante explicativo nesse sentido:

"Assim, na doutrina clássica construída a partir dessa decisão, o ato inconstitucional é nulo e írrito. Não produz efeitos. Não obriga. A nulidade fulmina a norma *ex tunc*. O Judiciário apenas 'declara' a nulidade<sup>67</sup>".

Mauro Cappelletti, ao dissertar sobre os efeitos da decisão que julga o contraste de uma lei com a Constituição no tempo, em relação ao controle difuso de constitucionalidade, afirma que:

"No primeiro destes dois sistemas, segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* ('null and void') e, por isto, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade* da lei inconstitucional<sup>68</sup>".

Se a "declaração" (ou questão prévia) de inconstitucionalidade é incidental e difusa, o juiz *reconhece* a norma como nula de pleno direito ao analisar um caso

<sup>66</sup> A Inconstitucionalidade das Leis: vícios e sanção, São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 86.

<sup>67</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz, Op. Cit., p. 29.

concreto. Se a *reconhece* sua nulidade (ou sua nulidade *pré-existente*), os efeitos da decisão retroagem.

Todavia, essa forma de controle de constitucionalidade não está imune à críticas. Mauro Cappelletti expõe as principais vicissitudes dessa modalidade de controle de constitucionalidade:

"No método de controle 'difuso' de constitucionalidade – no denominado método 'americano', em suma – *todos os órgãos judiciários*, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça, Alemanha e na Itália – a introdução deste método 'difuso' de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio típico dos sistemas de *common law*, do método 'americano' de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros".

"Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional".

"Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros 'contrastes de tendências' entre órgãos judiciários de tipo diverso –que se manifestaram, por exemplo, em perigosos contrastes entre órgãos da justiça ordinária e da justiça administrativa, - ou entre órgãos

---

<sup>68</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. P. 115/116.

judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante no Japão”.

“A conseqüência extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo”.

“Mas não basta. Ulteriores inconvenientes do método ‘difuso’ de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio da *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei, proponha, por sua vez, um novo caso em juízo<sup>69</sup>”.

Em resumo: para os sistemas jurídicos de tradição romanística, dentre eles o Brasil, o sistema do controle difuso de constitucionalidade pode trazer (como traz) uma série de inconvenientes, como a insegurança jurídica pelo fato de tribunais diversos entenderem a questão de forma diferente, bem como, em função do efeito *inter partes*, uma verdadeira enxurrada de ações.

Esse último inconveniente foi bastante sensível nos últimos anos e, como se verá adiante, transformou-se em um dos motivos da criação da ação declaratória de

constitucionalidade.

No entanto, há muitas vantagens nesse tipo de controle. Realiza-se por seu intermédio, uma verdadeira *democratização* do controle de constitucionalidade, uma vez que pode ser exercido por qualquer um do povo, na defesa de seus direitos.

Por outro lado, em se tratando de *judicial review* no qual há o afastamento de norma tida por inconstitucional, quer nos parecer mais fácil que as decisões fiquem mais afetas ao critério judicial. Paulo Bonavides assinala que “*Das vias habituais de controle, tem-se geralmente assinalado que a via de ação é política ao passo que a via de exceção é judicial*”<sup>70</sup>.

Nos sistemas que adotam o controle difuso, o “Tribunal Constitucional” ou a corte máxima tem função eminentemente recursal.

“Nestes sistemas, o Tribunal Constitucional tem como função decidir a respeito da inconstitucionalidade enquanto última instância”.

“Segundo o modelo do controle difuso, o Tribunal Constitucional, como órgão superior do sistema judiciário, decide sobre a inconstitucionalidade de lei em última instância. O controle, pois, é exercido por todo o sistema judiciário, representando essa Corte, nesse contexto, uma fase a mais, ao lado das outras, mas como último patamar de averiguação da inconstitucionalidade”<sup>71</sup>.

#### 1.4.2 – O Controle de Constitucionalidade Concentrado, Objetivo, Abstrato ou “austríaco”

O controle concentrado de constitucionalidade caracteriza-se pelo fato de apenas um órgão ser competente julgar a inconstitucionalidade das leis. Por isso mesmo é conhecido com controle concentrado: o poder de examinar a constitucionalidade das leis concentra-se em tal órgão, geralmente denominado Corte ou Tribunal Constitucional.

<sup>69</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*, p. 77/78.

<sup>70</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 286.

Há um motivo para essa “concentração”. De fato, os países de tradição jurídica baseada na *civil law*, não contavam com instrumento jurídico de grande valia, como nos Estados Unidos: o *stare decisis*<sup>72</sup>.

O *stare decisis* pode ser definido como uma “vinculação aos precedentes” judiciais exarados pela Suprema Corte estadunidense. Ou seja, a partir do momento que a Suprema Corte daquele país chega a um entendimento, os demais juizes de instâncias inferiores estão a ele vinculados, sendo-lhes impossível decidir em contrário.

“As vias recursais se exaurem no aresto final da Suprema Corte. Exerce ela função unificadora da jurisprudência, pondo termo assim às vacilações interpretativas do mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei, oriunda de decisões contraditórias dos órgãos de jurisdição inferior”.

“A deliberação judicial sobre a lei controvertida quando parte da Suprema Corte afasta pois as dúvidas reinantes, enfraquecendo, em conseqüência, o argumento oposto à via de exceção por aqueles que aspiram romanticamente a uma segurança do ordenamento em suas leis, em termos absolutos<sup>73</sup>”.

O *stare decisis* aplica-se também ao controle de constitucionalidade, o que possibilita determinada segurança jurídica nas decisões proferidas pelo Judiciário estadunidense em tal seara.

Isso porque, a partir do momento em que a Suprema Corte estadunidense proclama a inconstitucionalidade (ou a constitucionalidade) da norma, cria um precedente vinculante aos demais juizes e tribunais. As outras ações que porventura estejam em trâmite ou venham a ser propostas, terão idêntico destino.

---

<sup>71</sup> André Ramos Tavares, *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 14.

<sup>72</sup> O Brasil passou a ter um instrumento jurídico similar ao *stare decisis* estadunidense. De fato, com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, foi acrescentado à Constituição Federal o artigo 103-A que permite ao Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula com efeito vinculante, a qual, se desobedecida, cria a possibilidade de proposição de reclamação constitucional.

<sup>73</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 281.

“O resultado final do princípio do vínculo de precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o julgamento da *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da *não* aplicação da lei em um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘dead law’, uma lei morta (...)”<sup>74</sup>.

Mas, como já dito, esse sistema não era considerado compatível com os países seguidores da *civil law* (contrariando essa expectativa, o Brasil encartou em sua Constituição, mediante a Emenda Constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004, a súmula vinculante). Seria necessário, portanto, achar-se uma solução alternativa à proposição do controle incidental de constitucionalidade, evitando-se, nesse diapasão, que as decisões confrontassem entre si. Mauro Cappelletti equaciona o problema com bastante precisão:

“Se queriam chegar a este ou a semelhante resultado, os Países da Europa continental e, em geral, os Países a cuja tradição jurídica é estranho o princípio da *stare decisis*, deviam, obviamente, operar

---

<sup>74</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 81.



com instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no sistema estadunidense e em outros sistemas da *common law*".

"Tornava-se, em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito, de que se falou antes".

"Colocados diante desta exigência, os 'pais' da Constituição austríaca julgaram dever criar um órgão judiciário adequado, um *Verfassungsgerichtshof*, isto é, uma especial Corte Constitucional"; (...) <sup>75</sup>.

Assim, é possível afirmar que o controle concentrado de constitucionalidade foi concebido pelo mestre de Viena e teve sua aplicação na Constituição austríaca de 1920. Essa é a razão do porque tal modalidade de controle de constitucionalidade também é conhecida por "modelo austríaco" <sup>76</sup>.

Se de um lado, nesse tipo de controle, a verificação da constitucionalidade das leis é de competência única e exclusiva do "Tribunal Constitucional" (o que impede os demais juízes e tribunais a se manifestarem sobre o tema) é comum que, por outro lado, o Tribunal Constitucional também esteja impedido de se manifestar sobre outros temas que não a eventual inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) das leis, salvo nas hipóteses em que outras competências são a ele designadas <sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 82/83.

<sup>76</sup> Nesse sentido, Mauro Cappelletti escreve que: "Analogamente, o sistema 'concentrado' poderia também ser designado como tipo 'austríaco' de controle. De fato, o arquétipo foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Orktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da 'escola jurídica de Viena', Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra, no texto da Emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional". *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. p. 68.

<sup>77</sup> Mauro Cappelletti exemplifica, citando o exemplo austríaco, da possibilidade do Tribunal Constitucional daquele país exercer funções além do controle normativo, como por exemplo, a

Mas, se de um lado criou-se órgão autônomo cuja competência é a de efetivar a verificação da constitucionalidade das normas, sem que, todavia, esse mesmo órgão possa se manifestar sobre outras questões legais, de que forma a questão de inconstitucionalidade poderia ser verificada em um caso concreto?

A resposta é simples. Ao contrário do controle incidental, o controle concentrado de constitucionalidade não necessita de um *caso concreto* para se fazer valer. Ou seja, esse tipo de controle é utilizado, justamente para o achaque de uma *lei em tese* que venha a malferir a Constituição ou “a *fiscalização de constitucionalidade é abstrata, principal, isto é, independe de um conflito em caso concreto*”<sup>78</sup>.

Ainda, nesse sentido:

“O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos)”.

“Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente energético, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta”<sup>79</sup>.

A característica principal do controle sob exame é o fato de que o pedido de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) da norma se dá a título principal, mediante processo judicial autônomo, justamente para que seja obtida uma decisão de efeitos *erga omnes*.

---

“composição de conflitos entre certos órgãos do Estado”, dentre outras competências. A esse respeito, confira-se *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 84.

<sup>78</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz. *Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*.

Revista PGE/SP, dez. 1990, p. 30.

<sup>79</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 227.

Nunca é demais repetir que o efeito *erga omnes* da decisão do controle concentrado de constitucionalidade é o fato manjedoura do próprio instituto jurídico, uma vez que, como acima visto, a inexistência da *stare decisis* nos países adotantes do sistema da *civil law* foi fator de notável determinante para a sua concepção.

Interessante a observação de Zeno Veloso, ao dissertar sobre o tema, vinculado à ação direta de inconstitucionalidade:

“Na ação direta de inconstitucionalidade não se estará julgando uma relação jurídica específica, uma situação particularizada, mas a validade da norma, *in abstracto*. Portanto, tem por objeto a regra jurídica, em si mesma, sem considerar sua aplicação a um caso concreto<sup>80</sup>”.

Ou seja, se a questão constitucional no controle por via incidental se caracteriza como um incidente ou como vimos, uma questão prévia que independe de suscitação pela parte, haja vista que o juiz pode conhecê-la de ofício, no controle por via principal a declaração de inconstitucionalidade (ou, repita-se: constitucionalidade) terá como pedido principal, o expurgo da lei do universo jurídico, em virtude do confronto com a Constituição.

Isso porque, em decorrência do princípio da supremacia constitucional, “o fato de estar vigorando uma lei que contraria a Constituição, afrontando o postulado da hierarquia constitucional, representa uma anomalia alarmante, um fator de insegurança que fere, profundamente, a ordem jurídica, desestabilizando o sistema normativo, reclamando providência expedita e drástica para eliminação do preceito violador<sup>81</sup>”.

Justifica-se: o controle por via principal visa assegurar ao cidadão e ao próprio Estado a ordem constitucional. Assim, geralmente, a ação direta *não é* intentada pelo interessado final. É proposta por terceira pessoa, muitas vezes estranha à pertinência temática suscitada pela norma inconstitucional.

Essa é outra opção bastante clara quando se trata de controle concentrado

<sup>80</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 61.

<sup>81</sup> Zeno Veloso. *Op. Cit.*, p. 62.

de constitucionalidade. A legitimidade ativa é expressa e reduzida. Não é possível exercer o controle concentrado de constitucionalidade, por “qualquer um do povo”, senão por “pessoas” ou “entidades” descritas expressamente a quem se atribui a “aptidão” de ser legitimado a ingressar com o processo perante o Tribunal Constitucional. Ou como diz Paulo Bonavides:

“Consente aos governados e com mais freqüência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade<sup>82</sup>”.

O rol de pessoas aptas a ingressar com esse tipo de ação é discriminado, no caso brasileiro, na própria Constituição Federal<sup>83</sup>.

As pessoas a que a Constituição atribui competência para atuar em nome alheio defendem, portanto, o interesse de que todos vivam sob a égide de uma Carta Fundamental respeitada.

Nesse sentido, afigura-se terceira pessoa defendendo direito alheio – a não obediência à norma violadora da Constituição –, pretendendo expurgar norma inconstitucional do mundo jurídico. Não se busca interesse próprio<sup>84</sup>.

Dá-se neste modo de controle o intuito da defesa da Constituição, por intermédio da eliminação de atos normativos contrários à Magna Carta, exercida de maneira objetiva e reservada a um certo número de pessoas, entidades ou autoridades.

Como vimos acima, o controle de constitucionalidade, em sua modalidade concentrada, foi inspiração de Hans Kelsen e adotado na Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920. Espalhou-se rapidamente pelos países da Europa continental, os quais, como acentuou Cappelletti, são países que adotam o sistema da *civil law*<sup>85</sup>.

Anota o mesmo autor que esse sistema foi também adotado na Itália,

<sup>82</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. P. 277.

<sup>83</sup> Constituição Federal, artigo 103, incisos I a IX (ação direta de inconstitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade por omissão), artigo 103 § 4º (ação declaratória de constitucionalidade).

<sup>84</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 86.

<sup>85</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*, p. 83.

Alemanha, Chipre, Turquia e na antiga Iugoslávia<sup>86</sup>.

Por ocasião da criação do controle concreto de constitucionalidade, a Corte de Justiça Constitucional da Áustria “*somente se pronunciava sobre a constitucionalidade das leis federais quando provocada pelo Governo Federal, a quem cabia a iniciativa do processo por via de ação*”<sup>87</sup>.

A Constituição austríaca de 1920 criou uma Corte especial, o *Verfassungsgerichtshof* determinando, outrossim, que para o exercício controle se fazia necessário um “pedido especial” (*Antrag*), por parte de alguns órgãos políticos<sup>88</sup>.

“No originário sistema austríaco, portanto, não só os juízes – exceção feita exclusivamente para o *Verfassungsgerichtshof*, quer dizer, exclusivamente para a Corte Constitucional – não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais (era e é peremptório neste sentido o art. 89, parágrafo 1º da Constituição austríaca: ‘Die Prüfung de Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten *nicht zu*’), mas os juízes austríacos, além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado”<sup>89</sup>.

A referida Constituição era extremamente severa em reduzir a legitimidade ativa daqueles que considerava aptos para ingressar com a ação direta. Permitia apenas que o governo federal intentasse ação para pedir o controle da legitimidade constitucional das leis dos *Länder* e, permitia aos governos dos *Länder* exercer o controle das leis federais<sup>90</sup>.

Todavia, a reforma constitucional de 1929, ampliou a legitimação para

<sup>86</sup> Mauro Cappelletti. Op. Cit., p. 73.

<sup>87</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 279.

<sup>88</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*, p. 104.

<sup>89</sup> Idem, p. 105.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 105.

suscitar a controvérsia sobre a constitucionalidade, dilatando-se essa competência para órgãos judiciários ordinários. Contudo, esses órgãos apenas podem suscitar a inconstitucionalidade na via incidental<sup>91</sup>.

Ou seja, como bem observou Cappelletti, a alteração do controle constitucional na Áustria criou um sistema híbrido, posto que permite a arguição de inconstitucionalidade na via direta, por órgãos políticos e na via incidental, por organismos jurídicos (a Corte Suprema para causas civis e penais – *Oberster Gerichtshof* e a Corte Suprema para as causas administrativas – *Verwaltungsgerichtshof*)<sup>92</sup>.

Assim, se uma dessas Cortes de Justiça ordinária se deparasse com um caso no qual devesse ser analisada uma "questão constitucional", para a resolução do caso, cumpria à referida Corte remetê-la à Corte Constitucional – *Verfassungsgerichtshof* – para a resolução do problema de ordem constitucional.

Salienta Alexandre de Moraes:

"A Constituição de 1920 foi profundamente reformada por uma Lei Constitucional de 30-7-1925, e quatro anos mais tarde, por uma Lei Constitucional de 7-12-1929. Posteriormente (a Constituição austríaca) foi virtualmente anulada em 1934, em virtude do Chanceler Dolfuss ter abolido o sistema parlamentarista, não tendo sido restabelecida até 1º-5-1945, quando houve rendição incondicional do III Reich alemão, ao qual a Áustria havia sido anexada em 1939<sup>93</sup>".

E complementa:

"Em 1975, foi instituído um recurso constitucional direcionado diretamente ao Tribunal Constitucional, permitindo-se também aos particulares o direito de argüirem a inconstitucionalidade das leis,

<sup>91</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 279.

<sup>92</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*, p. 105.

que estivessem lesionando do exercício de algum direito<sup>94</sup>.

É perceptível, portanto, neste apertado escorço histórico que, a princípio, o contraponto com a doutrina de Marshall era total: apenas órgãos políticos eram legitimados a exercer o controle de constitucionalidade, propondo a ação direta. Com o passar dos anos, talvez pelo fato de tal sistema cercear a defesa de direitos fundamentais<sup>95</sup>, outros órgãos passaram a ser aptos para suscitar o conflito de constitucionalidade, ainda que na via difusa, até o nascedouro da possibilidade de um recurso constitucional direto.

Com relação ao recurso constitucional direto, são necessários alguns requisitos para a admissibilidade. Alexandre de Moraes explica que os requisitos são:

“(...) alegação de lesão a um direito constitucional, existência de um ato ou de uma medida inconstitucional, existência de um caso concreto, ou seja, prova de que o próprio demandante é vítima dessa pretendida violação. Assim, inexistente a possibilidade de uma ação popular direcionada por qualquer cidadão ao Tribunal Constitucional, sob a alegação de uma hipotética violação de direitos fundamentais, prazo de seis meses a contar da prática do ato inconstitucional pelo poder público<sup>96</sup>”.

Assim, na Áustria, há proposição de controle direto por órgãos políticos, enquanto que as Cortes Judiciárias e aqueles que exercem o recurso constitucional suscitam a questão de inconstitucionalidade na via difusa. O efeito da decisão, em todos os casos será *erga omnes*.

Todavia, o único órgão competente para conhecer das questões de inconstitucionalidade será o Tribunal ou Corte Constitucional, que “*permanece com o*

<sup>93</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 118.

<sup>94</sup> *Idem ibidem*, p. 119.

<sup>95</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 279.

<sup>96</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 129.

*monopólio decisório para a declaração de inconstitucionalidade*<sup>97</sup>. Os demais magistrados não podem conhecer diretamente de questões constitucionais.

A Alemanha criou o seu sistema de controle concentrado de constitucionalidade por intermédio da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949<sup>98</sup>.

Segundo Konrad Hesse:

“A Lei Fundamental não regula definitivamente as competências do Tribunal Constitucional Federal; ela deixa, no artigo 93, alínea 2, espaço para uma ampliação de suas tarefas por leis federais ordinárias<sup>99</sup>”.

Entretanto, dentre as várias competências do Tribunal Constitucional Alemão, aquele jurista destaca o controle de normas abstrato, *“a pedido do Governo Federal, de um governo estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal*<sup>100</sup>”.

O exercício do controle abstrato de normas, no entanto, é de competência única do Tribunal Constitucional. Mas, os juízes e tribunais ordinários possuem a competência para, no curso de uma ação na qual seja suscitado um conflito de uma lei com a Constituição, remeter os autos ao Tribunal Constitucional para que decida essa parte<sup>101</sup>.

É preciso ressaltar que os juízes ordinários apenas remeterão a questão ao Tribunal Constitucional Alemão se entenderem que a lei é inconstitucional. Na hipótese de ser suscitada uma *controvérsia constitucional em uma ação*, se o juiz da causa entender que a lei é constitucional, ele está apto a decidir a causa. Sobre essa interessante condição, o comentário de Konrad Hesse:

<sup>97</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 128.

<sup>98</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 280.

<sup>99</sup> Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 490.

<sup>100</sup> Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*, p. 495.

<sup>101</sup> Confira-se a esse respeito: Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 280, Alexandre de Moraes. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 169 e Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*, p. 496.



“Cada tribunal, que tem de decidir um caso particular está, por causa de sua vinculação com a Constituição e lei, obrigado ao exame, se as normas jurídicas, as quais importam para a decisão, são válidas. Esse *direito de exame judicial* que, em sua extensão a leis, sob a vigência da Constituição de Weimar, era vivamente discutido, está hoje pressuposto no artigo 100 da Lei Fundamental, simultaneamente, todavia, restringido: o tribunal deve fundamentalmente só então decidir mesmo quando ele chegar ao resultado que a norma jurídica aplicada é válida. Se ele, ao contrário, julga uma lei, cuja validade importa na decisão, inconstitucional, então ele tem de suspender o procedimento e – conforme se trata de uma violação da constituição estadual ou da Lei Fundamental – pedir a decisão do tribunal constitucional estadual ou do Tribunal Constitucional Federal, do último também então, quando se trata da violação da Lei Fundamental por direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal (artigo 100, alínea 1, da Lei Fundamental)<sup>102</sup>”.

Assim, da mesma forma que o sistema austríaco, é possível afirmar que o sistema de controle de constitucionalidade alemão seja, outrossim, híbrido, em que pese a existência de um único órgão competente para a decisão das questões que envolvam o conflito vertical de normas, e que tais decisões operem efeitos *erga omnes*.

Isso porque permite que os tribunais encaminhem os casos ao Tribunal Constitucional, nas ações que, incidentalmente, esse controle deva ser realizado.

Na Itália, o primeiro sistema de controle de constitucionalidade teve inspiração no método difuso, entre 1948 a 1956<sup>103</sup>, ano em que entrou em funcionamento a Corte Constitucional.

Naquele país, a exemplo da Alemanha, se um juiz se depara com uma causa em que haja a discussão da legitimidade de uma lei frente à Constituição, deve

<sup>102</sup> Konrad Hesse. Op. Cit., p. 496.

<sup>103</sup> Mauro Cappelletti. O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, p.72.

remetê-la à Corte Constitucional, desde que não perceba que a controvérsia constitucional seja “manifestamente infundada”.

Se decidir que a questão constitucional colocada é manifestamente infundada, pode aplicar a lei e julgar a causa. Entretanto, a verificação da compatibilidade de normas poderá ser suscitada novamente para a apreciação do tribunal a quo.

Além dos juízes, podem suscitar o controle de constitucionalidade de leis, o Presidente da República e o Governo Central (sobre as leis regionais)<sup>104</sup>.

Por uma questão lógica, pode-se asseverar que, embora híbrido o sistema, posto que permite a discussão por via direta ou incidental, a competência aqui também é de um único órgão cujas decisões terão efeitos erga omnes<sup>105</sup>.

Foi dito acima que o controle de constitucionalidade poderia ser observado sob várias óticas diferenciadas, dentre tais, pelos efeitos de suas decisões.

Quanto a esse aspecto, acreditamos que deixamos claro que o controle de constitucionalidade incidental emana decisões de caráter *inter partes*, declaratórias e *ex tunc*.

No que concerne aos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade concentrado, até agora, pudemos verificar que se caracteriza por ser erga omnes. Falemos um pouco sobre o caráter de suas decisões, que é constitutivo, o que via de conseqüência, e ao menos em princípio, possibilita que as decisões não retroajam. Em outras palavras, que operem efeitos ex nunc.

A sanção de inconstitucionalidade<sup>106</sup> está diretamente ligada ao tipo de controle exercido. E, por sua vez, o tipo de controle exercido está diretamente ligado ao efeito da sanção no tempo.

O controle concentrado de constitucionalidade, ao menos no que diz respeito às suas origens, pressupõe que os efeitos da decisão que apregoa a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade), sejam verificados a partir de então.

Assim é porquanto o Tribunal Constitucional não declara uma nulidade pré-existente. Ele julga a norma inconstitucional com efeitos erga omnes. Ou seja, a

<sup>104</sup> Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 159.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>106</sup> Elival da Silva Ramos. *A Inconstitucionalidade das Leis: Vícios e Sanção*, p. 86.

decisão é de natureza constitutiva. Esse é um ponto claro de diferença entre ambos institutos:

“Resumindo então: enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade de leis tem – pelo menos segundo a concepção tradicional que, no entanto, nos últimos decênios sofreu notáveis oscilações e variações, como voltaremos a ver (*infra*, §4) – o caráter de um controle *meramente declarativo*, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle *constitutivo* de invalidez e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com total coerência, deriva, ainda, que, enquanto o primeiro sistema a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente – trata-se, de fato, repito, de mero acerto de uma *pré-existente* nulidade absoluta – no sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou, com toda a certeza, *pro futuro*, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação<sup>107</sup>”.

Dessa forma, faz-se possível concluir que a decisão pela inconstitucionalidade *anula* a norma. Se a norma é anulada, significa dizer que operou seus efeitos até a data da anulação: esses efeitos permanecem válidos no passado.

Mauro Cappelletti esclarece com objetividade, afirmando que:

“No sistema austríaco, ao contrário, a Corte constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa* ('aufhebt') uma lei que, até o momento em que o pronunciamento do Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, posto que inconstitucional. Não é só: mas – coisa ainda mais notável – a Corte Constitucional austríaca tem, de resto,

<sup>107</sup> Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 117.

o poder discricionário de dispor que a anulação da lei se opere somente a partir de data *posterior* à publicação ('Kundmachung') de seu pronunciamento, contanto que este diferimento da eficácia constitutiva do seu pronunciamento não seja superior a um ano<sup>108</sup>."

A Corte Constitucional austríaca, além de exarar sentenças de caráter constitutivo, com eficácia *ex nunc*, ainda pode prostrar a decisão no tempo, o que também é possível no direito constitucional brasileiro, a partir do advento da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 (artigo 27).

Aliás, toda a teoria do controle concentrado de constitucionalidade tem por fundamento a anulação da norma e a operação de efeitos *ex nunc*. A construção teórica de Kelsen se deu em função da peremptória não-aceitação da forma de controle de constitucionalidade instituída nos Estados Unidos.

O jurista de Viena jamais se conformou com a possibilidade de se verificar nula uma lei, se a norma estivesse em contradição com a Constituição. Senão, vejamos:

"A afirmação de que uma lei válida é 'contrária à Constituição' (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem que residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é passível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação corrente de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não deve ser tomada ao pé da letra. O seu significado pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o *princípio lex posteriori derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela

<sup>108</sup> Mauro Capelletti, *Op. Cit.*, p. 116.

Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional".<sup>109</sup>

Essa construção teórica aponta que o rechaço da lei em tese deve operar a partir da decisão, uma vez que seria inadmissível entender que uma lei inserida no ordenamento jurídico fosse inconstitucional.

O raciocínio parece um contra-senso. Pois se é inadmissível que uma lei inserida no contexto do direito positivo seja inconstitucional e, como diz Kelsen<sup>110</sup>, tal ato pode ser tudo menos uma lei, é curioso imaginar como geraria efeitos. Se não há como admitir efeitos de uma lei inconstitucional, parece óbvio que a retirada do mundo jurídico do hipotético ato inconstitucional, deveria operar efeitos *ex tunc*.

Mas o paradoxo é apenas aparente. Seguindo o raciocínio de Kelsen, uma lei não pode ser considerada inconstitucional a partir do momento que ingressa no ordenamento jurídico. Se existe a lei, a princípio, não existe confronto com a Constituição, pela presunção de legitimidade dos atos legislativos.

Todavia, pelo fato de ser impossível, pelo entendimento de Hans Kelsen<sup>111</sup>, que uma lei que exista e ao mesmo tempo possa ser inconstitucional, ela deve operar efeitos, até o momento em que seja ordenada sua retirada do mundo jurídico. Ou seja, a decisão apenas opera *pro-futuro*.

A retroatividade da decisão, até a ocasião em que a lei começou a produzir efeitos, seria o mesmo que admitir que uma lei inconstitucional impusesse obediência.

Nesse viés a decisão não tem o objetivo de verificar uma *pré-existente* nulidade, declarando-a apenas. Ora, se a nulidade, ou melhor, se a inconstitucionalidade é *pré-existente* como essa lei surtiria efeitos?

Como esse conflito é inadmissível, no que concerne à produção dos efeitos legais, a decisão é constitutiva e seus efeitos serão apenas sentidos quando tal decisão for exarada.

É de se notar, acompanhando o raciocínio de Elival da Silva Gomes que:

<sup>109</sup> *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p 300.

<sup>110</sup> *Idem*, p 300.

"(...) os sistemas que acolhem a sanção de anulabilidade uma complacência maior em relação ao vício de inconstitucionalidade, tendo em vista outras exigências, tais como a segurança jurídica, o Prestígio do Poder Legislativo e a presunção de validade dos seus atos etc".

"Nessa hipótese, caracterizado o vício de inconstitucionalidade, comina o ordenamento a invalidade do ato contraventor, condicionando-a, todavia, à prolação de ato sancionatório. Ao contrário, pois, da sanção de nulidade, que é automática, a sanção de anulabilidade é apenas potencial: o ato sancionado é *potencialmente* inválido, mas será *efetivamente* inválido somente a *posteriori*, ou seja, após o ato (sancionador) de anulação".

"A decisão judicial (como é usual) que aplica a sanção *in concreto* possui natureza indubitavelmente constitutiva<sup>112</sup>".

Dessa forma, como vimos na nossa breve análise do sistema de constitucionalidade na Áustria, o ato impugnado na via direta opera seus regulares efeitos, até o eventual expurgo do mundo jurídico, pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Isso tudo, obviamente se viu atenuado pelas reformas constitucionais que acima mencionamos. Alexandre de Moraes, ao escrever sobre os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional austríaco, notadamente sobre os efeitos vinculantes da decisão, informa que:

"(...) a lei continuará sendo aplicada em relação às situações de direitos consumadas antes da anulação, exceto àquela que tenha, eventualmente, dado origem à decisão<sup>113</sup>".

Portanto, com relação ao caso que tenha dado origem à decisão do Tribunal Constitucional austríaco, pode o Tribunal, para o caso concreto, aplicar efeitos *ex tunc*.

<sup>111</sup> Teoria Pura do Direito, p. 300.

<sup>112</sup> Elival da Silva Ramos. A Inconstitucionalidade das Leis: vícios e sanção, p. 90.

É curioso notar, no entanto, que em outros sistemas os que adotam o controle concentrado, as decisões emanadas pelas cortes Constitucionais operam, geralmente, efeitos *ex tunc*, fugindo da regra e da construção teórica própria desse tipo de controle de constitucionalidade.

De fato, na Alemanha e na Itália que adotaram o controle concentrado de constitucionalidade, as decisões das suas Cortes Constitucionais operam efeitos *ex tunc*.

“A solução adotada, no último pós-guerra, na Itália e na Alemanha, está, repito, em certo sentido, a meio caminho entre a adotada pelo sistema americano – mais concreto, mais pragmático, mais ligado às imediatas exigências dos casos individuais – a segunda, ao invés, pelo sistema austríaco Kelseniano, mais teórico, mais abstrato, mais geral. Tanto na Itália quanto na Alemanha, considera-se, de fato que a sentença, com que as Cortes Constitucionais declaram a inconstitucionalidade de uma lei, tem eficácia *erga omnes*, ‘Allgemeinwirkung’, do mesmo modo que na Áustria; pelo que a lei inconstitucional torna-se ineficaz para todos e para sempre, e não meramente não aplicada a um caso concreto. Tanto na Itália quanto na Alemanha – e neste País ainda mais decididamente que naquele – não se admite que as sentenças de inconstitucionalidade emanem a sua eficácia apenas *ex nunc* ou *pro futuro*, como na Áustria, a afirma-se, ao invés, que se trata, em geral, de uma eficácia que opera *ex tunc*, ou seja, também para o passado (eficácia, portanto retroativa das sentenças das Cortes Constitucionais alemã e italiana). Em outras palavras, quer na Itália quer na Alemanha, considera-se – como nos Estados Unidos da América – que o mero fato da inconstitucionalidade é causa de *absoluta nulidade* e, por conseguinte, de ineficácia *ipso jure* das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada, solenemente e vinculatoriamente, pela sentença da corte Constitucional

---

<sup>113</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 134.

competente<sup>114</sup> .

É de se ressaltar que, assim como na Áustria houve uma atenuação dos efeitos *pro-futuro* das decisões do Tribunal Constitucional, nos sistemas italiano e alemão, também há a possibilidade de que em alguns casos as decisões das Cortes Constitucionais<sup>115</sup> daqueles países operem efeitos *ex nunc*.

---

<sup>114</sup> Mauro Cappelletti. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, p. 119.

<sup>115</sup> Mauro Cappelletti. *Op. Cit.* p. 122 e ss.



## 2. AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

### 1 – Breve Histórico das Constituições Brasileiras

É comezinho que Constituições não faltaram no Brasil, país caracterizado por instabilidade política. Esse quadro fez com que, *“em 170 anos de independência e pouco mais de 100 anos de República, tivéssemos no país oito Constituições, num melancólico estigma de instabilidade e falta de continuidade de nossas instituições políticas”*<sup>116</sup>.

#### 1.1 – A Constituição de 23 de maio de 1824

A história do direito constitucional brasileiro principia sob o estigma da outorga. Em 23 de maio de 1824 é outorgada a *Constituição Política do Império do Brasil*, a qual declara, de início, *que o Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que não admite, com qualquer outro, laço de união ou federação, que se oponha à sua independência (art 1º)*<sup>117</sup>.

A Constituição de 1824 não rompeu com a tradição lusitana e institucionalizou, por instrumentos diversos, o modelo oligárquico, embora previsse no bojo um longo e avançado elenco de garantias, como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia<sup>118</sup>.

Entretanto, é de causar verdadeira perplexidade que princípios e garantias constitucionais como as citadas tenham convivido, durante quase toda a vigência da Carta de 1824, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 2ª ed. [s.l.]: Editora Renovar [s.d.], p. 5.

<sup>117</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 77.

<sup>118</sup> Luiz Roberto Barroso. *Op. Cit.*, p. 8.

<sup>119</sup> *Idem*, p. 8.

Com relação ao controle de constitucionalidade, pela marcada influência européia<sup>120</sup> e pelo fato do referido controle estar em sua fase inicial, não havia qualquer dispositivo expresso que o previsse no texto de 1824<sup>121</sup>.

O direito brasileiro na ocasião, sofrendo forte influência dos sistemas europeus, atribuiu ao Poder Legislativo a guarda da Constituição<sup>122</sup>.

Todavia, não somente o dogma da soberania do Parlamento verificado na Inglaterra e na França ("princípio da supremacia do Parlamento" e a concepção da lei enquanto "expressão da vontade geral") constituía obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade, tal como já experimentada nos Estados Unidos<sup>123</sup>. Havia também o Poder Moderador.

O Poder Moderador, como poder do Estado, numa variação bastante singular da teoria da separação de poderes, era de atribuição exclusiva do imperador<sup>124</sup>.

Por meio de o referido poder, o imperador tinha como prerrogativa manter a "independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes"<sup>125</sup>, ou seja: era possível que o imperador interviesse nos demais poderes a qualquer momento e sob qualquer pretexto. Inconcebível imaginar-se, portanto, a real possibilidade da efetivação do controle de constitucionalidade pelo Legislativo, ainda que tal previsão houvesse, muito menos pelo Judiciário<sup>126</sup>.

## 1.2 – A Constituição de 15 de novembro de 1891

Se a nossa primeira Constituição carecia de legitimidade em função da outorga, a nossa segunda Constituição carecia de legitimidade em função dos episódios que culminaram com a criação da República brasileira, revestidos de

<sup>120</sup> Clémenson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

<sup>121</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Revista de Direito Público nº 4, p. 36.

<sup>122</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. *Controle de Constitucionalidade na CF/88*. Revista de Direito Público nº 92, p. 49.

<sup>123</sup> Clémenson Merlin Clève, *Op. Cit.*, p. 63/64.

<sup>124</sup> *Idem*, p. 64.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>126</sup> *Idem, ibidem*, p. 63.

*“todos os aspectos de um mero pronunciamento militar, de um golpe armado<sup>127</sup>”, no qual, “por uma bela manhã, uma simples passeata militar proclama a República Federativa por um decreto (o de nº 1, de 15.11.1889, art. 1º<sup>128</sup>)”.*

No entanto, é inegável a profunda alteração no sistema positivado, bem como no sistema político adotado. A primeira constatação é a mudança radical no regime político: Monarquia para República<sup>129</sup>.

Tais reflexos se fizeram sentir na Constituição. Mas a ruptura não parou por aí. Se a Constituição anterior era marcada pelo elo com os sistemas europeus, notadamente da Inglaterra e da França, no que concerne à supremacia do Parlamento (com a ressalva do singular “Poder Moderador”, obviamente), a primeira Constituição Republicana preferiu beber na fonte do direito norte-americano<sup>130</sup>.

De fato, não bastou a alteração da forma de governo. Implantou-se mediante aquela Constituição novo sistema de governo: o parlamentarismo deu lugar ao presidencialismo; indo-se além: alterou-se a própria forma do Estado que de unitário foi convertido em federal<sup>131</sup>.

O controle de constitucionalidade foi previsto em sua modalidade judicial pela primeira vez na *“chamada Constituição Provisória de 1890, art. 58 § 1º, ‘a’ e ‘b’ ao ser regulada a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu-se a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do poder público<sup>132</sup>”.*

Ainda em 1890, foi instituído o decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890. Esse repositório tinha por finalidade a organização da Justiça Federal, mas teve marcante influência no controle de constitucionalidade brasileiro. É que o artigo 3º mencionava que *“Na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte<sup>133</sup>”.*

A Constituição de 1891 reproduziu o artigo 58 da “Carta Provisória” de 1890,

<sup>127</sup> Luis Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 11.

<sup>128</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.*, p. 79.

<sup>129</sup> Luis Roberto Barroso. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>130</sup> Clêmsen Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 65.

<sup>131</sup> Luis Roberto Barroso, *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>132</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil*, p. 37.

<sup>133</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. *Controle de Constitucionalidade na CF/88*, Revista de Direito Público nº 92, p. 47.

“no artigo 59, § 1º ‘a’ e ‘b’, as idéias da provisória de 1890<sup>134</sup>” e, pela lei 221 de 20 de novembro de 1894, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o artigo 10, § 10º, que dispunha “Os juízes e tribunais não aplicarão aos casos correntes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais<sup>135</sup>”.

A influência estadunidense era marcante: não apenas adotou-se o presidencialismo, o sistema federativo, a representação legislativa bicameral, como também a possibilidade da revisão judicial na via incidental<sup>136</sup>.

A reforma de 1926, quanto à revisão judicial e ao controle de constitucionalidade, não alterou o sistema de controle difuso<sup>137</sup>. Tratou do assunto, entretanto, ao melhorar os dispositivos que cuidavam da competência do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário<sup>138</sup>.

### 1.3 – A Constituição de 16 de julho de 1934

A Constituição de 1934 foi criada numa época de grande efervescência jurídico-doutrinária, notadamente pelas inovações trazidas pela famosa Constituição de Weimar, da qual sofreu grande influência<sup>139</sup>.

Com relação ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1934 preservou a tradição jurídica brasileira até então observada, mantendo o controle

<sup>134</sup> Celso Agrícola Barbi *Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Revista de Direito Público nº 4, p. 37.

<sup>135</sup> Celso Agrícola Barbi. *Op. Cit.*, p. 37

<sup>136</sup> Nesse sentido, a afirmação de Clèmerson Merlin Clève: “A Constituição de 1891 admitiu a fiscalização pelo Judiciário, da legitimidade das leis... ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência para conhecer e julgar o recurso interposto ‘quando se questionar sobre a validade’, ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal do estado contra ela”. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>137</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. *Controle de Constitucionalidade na CF/88*, Revista de Direito Público nº 92, p. 47.

<sup>138</sup> “De fato, com a reforma de 1926, a Constituição no seu art. 60 § 1º definiu que ‘das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou validade de leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis impugnadas’. Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade*, p. 67.

<sup>139</sup> Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p.18.

difuso, incidental e sucessivo<sup>140</sup>.

Entretanto, várias foram as inovações que trouxe em seu bojo aquela Constituição, como a instituição do mandado de segurança, o instrumento mais eficaz e mais utilizado quando se trata de exercer o controle difuso de constitucionalidade<sup>141</sup>.

Além da criação do mandado de segurança, também organizou a maneira pela qual a inconstitucionalidade seria declarada em seu artigo 179 o qual determinava que nos tribunais a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros<sup>142</sup>; atribuiu ao Senado Federal, competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário<sup>143</sup>.

Mas, a mais importante inovação da Constituição de 1934 foi a criação da representação interventiva, de responsabilidade do Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal<sup>144</sup>.

Pela fórmula constitucional adotada, cabia aos Estados da Federação *“elaborar suas Constituições e leis, mas observados vários princípios ali enumerados”*<sup>145</sup>. O descumprimento de tais princípios ensejava a propositura da referida ação.

Esse foi o primeiro esboço do controle concentrado de constitucionalidade adotado pelo Brasil<sup>146</sup>, posto que, se de um lado, diferia do controle incidental de

<sup>140</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. *Controle de Constitucionalidade na CF/88*, Revista de Direito Público nº 92, p. 48.

<sup>141</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito Público nº 4, p. 38.

<sup>142</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>143</sup> Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 67

<sup>144</sup> *Idem ibidem*, p. 67

<sup>145</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito Público nº 4, p. 38.

<sup>146</sup> Escreve Anna Candida da Cunha Ferraz: “Com efeito, essa Constituição, ao lado do controle difuso, de inspiração norte americana (art. 76, a e b) introduz a ‘ação direta interventiva’, modalidade de controle de constitucionalidade que se aproxima do modelo concentrado, uma vez que o único foro competente para julgá-la era o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros; a legitimação para próprio essa ação era, também, de uma autoridade única: O Procurador-Geral da República...”. *Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*, Revista da Procuradoria Geral do Estado, dez., 1999, p. 33.

constitucionalidade, em virtude da ausência de lide subjetiva, por outro lado, “a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto a anulação da lei<sup>147</sup> (...)”. Mas o pedido da ação era a própria declaração de inconstitucionalidade e não a intervenção propriamente dita porque “esta não compete ao Supremo Tribunal Federal<sup>148</sup>”.

A ação não admitia a declaração *genérica* de inconstitucionalidade, tampouco era remédio eficaz para o questionamento de ato normativo ou lei federal. Seu objeto restringia-se à análise da eventual violação da Constituição Federal pelas Constituições ou por leis editadas pelos Estados federativos, o que caracterizava uma espécie de composição judicial de conflitos federativos<sup>149</sup>.

#### 1.4 – A Constituição de 10 de novembro 1937

A Constituição de 1937 é sempre repudiada por ter sido a tentativa de se legitimar um regime de exceção, dando-lhe “ares” de Estado de Direito. E tal é a verdade desta assertiva que nem sequer o plebiscito cuja previsão existia no artigo 187 daquela Carta foi observado, motivo pelo qual há quem negue até mesmo a sua existência jurídica<sup>150</sup>.

Embora a Constituição de 1937 seja considerada – e tenha sido – um instrumento de falsa legitimidade a uma ditadura, havia previsão de controle de constitucionalidade naquela Carta.

Manteve-se em seu bojo o modelo proposto pela Constituição de 1891. Contudo, repeliram-se várias das inovações consagradas pela Constituição de 1934, dentre as quais a supressão do instituto do mandado de segurança. Nesse sentido, a referida Constituição, quanto ao controle de constitucionalidade, foi um verdadeiro retrocesso<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Celso Agrícola Barbi. *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>148</sup> *Idem ibidem*, p. 38.

<sup>149</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 176.

<sup>150</sup> Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 21.

<sup>151</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do controle de Constitucionalidade*, p. 38.

Todavia, a ação mandamental foi novamente introduzida no direito pátrio, ainda sob a égide da Constituição de 1934, no Código de Processo Civil de 1939.

Mas o instituto se enfraquecera. Além de não mais ser uma ação constitucional típica, era vedada a concessão de mandado de segurança contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, governadores e interventores dos Estados<sup>152</sup>.

A margem de atuação do Judiciário, entretanto, no que concerne à fiscalização da constitucionalidade, foi reduzida sensivelmente, uma vez que o artigo 96, parágrafo único daquela Carta, dispunha que, "(...) *no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal*<sup>153</sup>".

Ora, como o parlamento jamais foi convocado durante o Estado Novo<sup>154</sup>, o presidente podia, de *per si*, revogar uma determinação judicial de inconstitucionalidade, o que significa dizer que tal controle, na prática, não existiu.

Ou terá existido ao inverso e, na norma supracitada encontra-se a verdadeira origem da possibilidade de *declaração de constitucionalidade* no direito brasileiro?

Sim, porque o presidente, quando revogava uma decisão do tribunal, não estaria assumindo que uma norma seria inconstitucional, mas seguiria vigendo<sup>155</sup>. Ao contrário, estaria afirmando que tal norma, em que pesasse a decisão judicial, seria constitucional, pelas razões que a própria Constituição lhe outorgava.

Nesse sentido, tal preceito daria ao presidente, competência para declarar a constitucionalidade de uma norma em última e única instância. Tratava-se, verdadeiramente de um *controle político de constitucionalidade sucessivo*.

<sup>152</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do controle de Constitucionalidade*, p. 39.

<sup>153</sup> Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade*, p. 68.

<sup>154</sup> *Idem ibidem*, p. 68.

<sup>155</sup> Celso Agrícola Barbi tem entendimento contrário ao raciocínio por nós entabulado. Afirma aquele grande jurista: "Como se vê, o artigo contém no fundo, a possibilidade de coexistência de uma norma constitucional com uma lei com ela conflitante, pois aquela não seria revogada pela manifestação do Congresso: apenas persistiria a existência e validade da lei, apesar de infringente do texto constitucional, o qual prevaleceria em relação a outras leis como norma limitadora. *Evolução do Controle de Constitucionalidade*, p. 38.

Político, porque exercido pelo Chefe do Executivo que, *ex officio*, poderia invalidar a decisão do Supremo Tribunal Federal. Sucessivo porque ocorria após a decisão do Tribunal Constitucional.

### 1.5 – A Constituição de 18 de setembro de 1946

A Constituição de 1946 foi marcada pelo reencontro histórico do país com a democracia e, nesse sentido, tendeu a ser um verdadeiro marco na consagração de direitos. Mas, como em toda ruptura de sistemas políticos, pecou pelo excesso e, como avisa Luís Roberto Barroso<sup>156</sup>, merece análise dúplice.

Com relação ao controle de constitucionalidade, é interessante a observação de Celso Agrícola Barbi: *“O curto período de vigência da Constituição de 1934 não permitiu que toda a potencialidade nela contida alcançasse pleno desenvolvimento. Mas a Constituição de 18 de setembro de 1946, que vigorou até 15 de março de 1967, manteve, com algumas modificações, todos os seus princípios”*<sup>157</sup>.

Resgatou-se a *judicial review*<sup>158</sup> sem a possibilidade de aplicação do parágrafo único do artigo 96 da Constituição anterior, o qual foi expurgado da Carta de 1946<sup>159</sup>.

E, a exemplo da Constituição de 1937, atribuiu-se competência ao Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, lei ou decretos declarados inconstitucionais pelo Judiciário, com a ressalva de que tal suspensão dar-se-ia não por decisão de qualquer Tribunal, mas, unicamente, do Supremo Tribunal Federal<sup>160</sup>.

Foi resgatada também a exigência de maioria absoluta dos membros do

<sup>156</sup> “Exaltada pela doutrina como a melhor de nossas Cartas, a Constituição de 1946 merece análise dúplice. Como instrumento de governo, ela foi deficiente e desatualizada desde a primeira hora. Como declaração de direitos e de diretrizes econômicas e sociais, foi ágil e avançada”. Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 24.

<sup>157</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito Público nº 4, p. 39.

<sup>158</sup> Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade*. P. 69.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 69.



tribunal para a declaração de inconstitucionalidade<sup>161</sup>.

No ano de 1965, a Emenda Constitucional nº 16 modificou substancialmente o sistema de controle de constitucionalidade até então adotado pelo Brasil.

Se de um lado, permaneceu na Carta de 1946 a possibilidade de intervenção federal nos Estados da Federação, mediante prévia representação ao Supremo Tribunal Federal<sup>162</sup>, para aquele Tribunal foi acrescentada a competência de *"processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República"*<sup>163</sup>.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal passa a *"funcionar como 'corte constitucional exclusiva' para o exercício do controle 'abstrato' ou em tese, de certos atos legislativos ou normativos. Convivem, destarte, lado a lado, com temperamentos, embora, o controle 'difuso' e o 'concentrado', ainda que sem uma Corte Constitucional específica"*<sup>164</sup>.

Mas a Emenda 16/65 foi mais longe: criou a possibilidade de que os Tribunais de Justiça, órgãos máximos do Poder Judiciário estadual, tivessem competência para a declarar inconstitucional lei ou ato de município, em conflito com a Constituição do Estado<sup>165</sup>.

## 1.6 – A Constituição de 15 de março de 1967<sup>166</sup>

Para aqueles que, como nós, crêem no estado Democrático de Direito, é um

<sup>161</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. Controle de Constitucionalidade na CF/88, Revista de Direito Público nº 92, p.48.

<sup>162</sup> A Constituição de 1946 aprimorou o sistema de intervenção federal. Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal julgasse inconstitucionais leis estaduais, o Congresso Nacional poderia suspender o ato tido como inconstitucional, se tal medida bastasse para o restabelecimento da normalidade no Estado Federado (artigo 13 da Constituição de 1946). A propósito confira-se Celso Agrícola Barbi. A Evolução do Controle de Constitucionalidade., p. 39.

<sup>163</sup> Clémerson Merlin Clève. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 70.

<sup>164</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz. Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade, p. 34.

<sup>165</sup> *Idem ibidem*, p. 71.

<sup>166</sup> Embora promulgada em 24 de janeiro daquele ano, a Constituição de 1967 apenas entrou em vigor na data de 24 de março de 1967. Crf. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 88.

tanto embaraçoso situar apenas juridicamente a "Constituição de 1967".

Como muito bem acentua Barroso, "*Ao ângulo do direito, é certo, não há reverência a prestar-se à embaraçosa tutela militar que falseou a ordem jurídica, em longa submissão a um poder de fato, por vezes requintadamente violento*<sup>167</sup>".

Pelo Decreto nº 58.198, o governo militar do general Castello Branco constituiu uma Comissão Especial para a elaboração de uma Constituição Federal. Tal comissão era composta pelos juristas Levi Carneiro, Temístocles Cavalcanti e Seabra Fagundes<sup>168</sup>.

No entanto, o trabalho apresentado não teve nenhuma guarida pelo governo, motivo pelo qual um novo anteprojeto foi redigido pelo então ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva. É importante ressaltar que esse texto foi dado à publicidade em 7 de dezembro de 1966<sup>169</sup>.

Por meio do Ato Institucional nº 4, o então presidente convocou extraordinariamente o Congresso Nacional para votar, até 24 de janeiro de 1967, o anteprojeto da Constituição<sup>170</sup>.

A exigüidade do prazo fez com que o Congresso praticamente homologasse a Constituição de 1967, tendo em vista a impossibilidade temporal de discussão e elaboração de um novo projeto. Acompanhamos nesse passo a afirmação de Luís Roberto Barroso<sup>171</sup> entendendo que, tecnicamente, a Constituição de 1967 foi outorgada, ainda que pela via oblíqua da imposição do Executivo ao Legislativo que, de resto, não havia sido investido de Poder Constituinte Originário pela soberania popular.

A Carta de 1967 foi caracterizada por ampla concentração de poder nas mãos da União, importando em uma verdadeira supressão das competências atribuídas aos Estados e municípios<sup>172</sup>. Embora mantido o sistema federativo, a história se repetiu, a exemplo da Constituição de 1937 – voltava-se, na prática, ao regime

<sup>167</sup> Luis Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 33.

<sup>168</sup> *Idem ibidem*, p. 34

<sup>169</sup> Luis Roberto Barroso, *Op. Cit*, p. 34.

<sup>170</sup> Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p.35.

<sup>171</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p.35.

unitário dos tempos do imperador<sup>173</sup>.

Em 17 de outubro de 1969, os ministros militares outorgaram a Emenda nº 1 à Constituição de 1967. A reforma do texto anterior foi de tamanha amplitude (muito embora não tenha alterado significativamente o sistema de controle de constitucionalidade<sup>174</sup>) que pode-se concluir pela criação de uma nova Constituição<sup>175</sup>.

Ressalte-se, ainda, que as eventuais esperanças de um Estado de Direito sob a égide da Constituição em análise foi por terra quando da imposição do famoso Ato Institucional nº 5<sup>176177</sup>.

<sup>173</sup> Essa afirmação é corroborada pelo conteúdo dos Atos Institucionais exarados durante a Ditadura. A respeito, confira-se Elio Gaspari, *A Ditadura Envergonhada*, *passim*.

<sup>174</sup> Clémerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 71.

<sup>175</sup> Nesse sentido, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 89.

<sup>176</sup> Com relação aos fatos históricos daquela época, Barroso faz um resumo irretorquível da situação: "De plano foi conferida pelo novo diploma ao Presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional. Além disso, o AI nº 5, que representava a mais exacerbada manifestação do poder autoritário da República, introduzia, paralelamente à ordem constitucional – e acima dela –, as seguintes medidas: competência do executivo para legislar quando do recesso dos órgãos legislativos de qualquer dos três níveis de governo; possibilidade de intervenção federal nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição; poder do Presidente da República de suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos de todos os níveis; suspensão das garantias da magistratura; possibilidade de confisco de bens; suspensão do habeas corpus nos casos dos crimes políticos e outros; exclusão da apreciação judicial dos atos praticados com base no Ato Institucional que se editava, bem como de seus atos complementares".

"Vitimado por grave moléstia, Costa e Silva não pôde permanecer no exercício da Presidência. Seu substituto constitucional, Pedro Aleixo, é impedido de assumir pelo três Ministros militares, que, em golpe de força, editam o Ato Institucional nº 12, investindo-se ilegítimamente em funções governativas. Em 14 de outubro de 1969, pelo Ato Institucional nº 16, a Junta Militar finalmente declara a vacância do cargo de Presidente da República, sendo marcada eleição por via indireta, para o dia 25 do mesmo mês. O Congresso que estava em recesso desde 12 de dezembro de 1968, data do AI-5, é convocado e reúne-se em colégio eleitoral, para a homologação do nome dos novos Presidente e Vice-Presidente da República, previamente escolhidos pelo sistema militar de poder que dominava o país". Luis Roberto Barroso, *Op. Cit.*, p. 35.

Quanto ao resultado da reunião que aprovou o AI 5,

<sup>177</sup> Elio Gaspari escreve que "*Acabara o serviço. Por trás do palavrório, a decisão fora produto da vontade de Costa e Silva. O ministério não se dividiu entre a posição de Pedro Aleixo e o projeto de ato, mas entre a audácia de uma pelotão de fuzilamento e a cautela de dos liberais. O pelotão, articulado por Portella, tinha os ministros militares como porta-vozes, e o chefe do SNI como chefe de disciplina e os ministros Gama e Silva, Delfim Netto e Jarbas Passarinho como atiradores de elite. Pedro Aleixo, Magalhães Pinto e Rondon Pacheco tentaram abrandar o golpe, cada um à sua maneira. Nem coordenaram suas ressalvas, nem sugeriram a hipótese de jogar seus cargos no pano verde. Se houve correlação entre as idéias que expressaram e a conduta que assumiram, eles passaram de um regime constitucional a uma ditadura distraídos como quem vai à uma igreja para*

Sob o prisma do controle de constitucionalidade, a Constituição de 1967 manteve o que já era determinado pela Constituição de 1891, inclusive com todas as alterações ulteriores da Constituição de 1946 e da Emenda Constitucional 16/65<sup>178</sup>, alterando o controle de constitucionalidade em parte. De fato, a Constituição de 1967 não manteve a representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual<sup>179</sup> e, como não poderia deixar de ser, mudou-se a competência para suspender o ato estadual declarado inconstitucional por intermédio de proposição de representação interventiva. Obviamente que tal atribuição saiu da órbita do Legislativo para o Presidente da República<sup>180</sup>.

A Emenda nº 1 de 1969, já editada sob o manto do enfraquecimento do regime militar, embora não tenha modificado profundamente o sistema de controle de constitucionalidade, criou a possibilidade de instituição pelos Estados de representação interventiva de lei municipal, em rito procedimental similar ao federal. Os Estados foram imbuídos de competência para fiscalizar a constitucionalidade da lei municipal que eventualmente confrontasse determinação constante da Constituição estadual<sup>181</sup>.

Verdadeiramente importantes e com reflexos fundamentais no controle de constitucionalidade foram as alterações verificadas na Emenda Constitucional 7/77 que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência de interpretar ato normativo discutido junto ao Poder Judiciário, com força vinculante<sup>182</sup>, além da previsão da possibilidade de concessão de medida liminar, solicitada pelo Procurador-Geral da República, nas representações interventivas<sup>183</sup>.

A Emenda Constitucional nº 11, revogou os atos institucionais e os complementares, no que contrariavam a Constituição Federal, encerrando uma estranha fase para o direito brasileiro que conviveu, anos a fio, com normas que

---

*um batizado, erra de capela e entra numa missa de corpo presente*". A Ditadura Envergonhada, p. 339.

<sup>178</sup> Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 71.

<sup>179</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. *Controle de Constitucionalidade na CF/88*, p.49.

<sup>180</sup> Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização...*, p. 71.

<sup>181</sup> Carlos Mário da Silva Veloso. *Controle de Constitucionalidade na CF/88*, p.49.

<sup>182</sup> Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 71.

<sup>183</sup> Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização...*, p. 72.

podem ser consideradas supraconstitucionais.

Após a edição da referida norma, o governo militar assumiu o compromisso de devolver ao povo o direito à legalidade democrática. O enfraquecimento paulatino da ditadura provocou a maior campanha popular da História<sup>184</sup>, com o objetivo de possibilitar as eleições diretas no país, conhecida como “Diretas Já”.

Os apelos não foram suficientes e foram mantidas as eleições indiretas via Congresso Nacional. A oposição sagrou-se vencedora nas eleições indiretas e, em face do falecimento do presidente então eleito, Tancredo Neves, em um dos episódios mais comoventes do Brasil, assumiu o vice-presidente José Sarney, que havia rompido com o regime militar para apoiar a candidatura de oposição<sup>185</sup>.

O novo governo, por intermédio da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, convocou uma Assembléia Nacional Constituinte, eleita em 15 de novembro de 1986<sup>186</sup>. Surgiu dessa assembléia a Constituição de 1988 que vige até os dias atuais.

### 1.7 – A Constituição de 5 de outubro de 1988

A Constituição de 1988 *“adota um modelo ‘quase’ acabado de controle de constitucionalidade: reproduz a disciplina das constituições anteriores e acrescenta-lhes várias inovações<sup>187</sup>...”*.

O controle de constitucionalidade difuso, tradição jurídica brasileira desde a Constituição de 1891, foi mantido.

Contudo, o controle abstrato das normas ganhou manifesta importância no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o que, nos limites das

<sup>184</sup> Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p.38.

<sup>185</sup> *Idem*, p.39.

<sup>186</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.*, p.39.

<sup>187</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz. Para a autora, essas inovações podem ser agrupadas sobre três ângulos: “a) paralelamente ao controle jurisdicional criado para assegurar a Supremacia da Constituição Federal, disciplina, ainda que em linhas gerais e de um modo restrito, um sistema jurisdicional para garantir a supremacia das constituições estaduais; b) paralelamente ao controle jurisdicional híbrido, já tradição do sistema, admite, em certa medida, um controle político mais

Constituições brasileiras anteriores, tratou-se de ineditismo<sup>188</sup>.

Com base nas experiências anteriores, a Constituição de 1988 aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. Clèmerson Merlin Clève faz um resumo preciso dessa colocação:

“Com a Constituição de 1988, o sistema brasileiro (combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado principal) de fiscalização da constitucionalidade foi aperfeiçoado. Com efeito, (i) ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (ii) admitiu-se a instituição pelos Estados-membros, da ação direta para de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º); (iii) instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, ‘q’, quando de competência do STF); (iv) exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender o ato impugnado (art. 103, § 3º); (v) exigiu-se, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º); (vi) não atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que foi, portanto, suprimido pela Lei Fundamental; (vii) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, par. único)<sup>189</sup>...”.

---

amplo: c) paralelamente ao controle do ato inconstitucional, institui o controle da ‘omissão’ ou ‘inércia’ constitucional”. **Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade**, p. 34/35.

<sup>188</sup> O alargamento do controle concentrado de constitucionalidade na Magna Carta de 1988 foi tamanho que Gilmar Ferreira Mendes chega a concluir que: “Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 15.

<sup>189</sup> **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade**, p. 72.

A Constituição Federal de 1988 modificou sensivelmente a feição do Recurso Extraordinário, transfigurando-o para um recurso cuja matéria discutida seja exclusivamente constitucional<sup>190</sup>.

Anna Candida da Cunha Ferraz destaca ainda, a ação direta interventiva: “É também, modalidade de controle concentrado, a ação direta interventiva (art. 36, III), prius para intervenção federal nos Estados, proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, possibilita a ‘suspensão’ da execução do ato pelo Presidente da República (art. 36 § 3º), efeito geral e obrigatório, portanto<sup>191</sup>”.

Criou-se ainda, em sede de controle difuso, o mandado de injunção, instrumento apto para também suprir a omissão dos poderes constitucionais<sup>192</sup>.

E, como veremos mais detidamente alhures, por intermédio da Emenda Constitucional 3 de 1993, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>190</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>191</sup> **Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade**, p. 36.

<sup>192</sup> Nesse sentido: Anna Candida da Cunha Ferraz. **Apontamentos...** p. 37.

### 3. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

#### 1 – Antecedentes Históricos e a Decisão do Supremo Tribunal Federal

O estudo do direito constitucional demonstra que, geralmente, uma nova Constituição é elaborada a partir de uma ruptura com um sistema político. Verificamos a verdade dessa assertiva ao estudar as diversas constituições brasileiras. Embora algumas rupturas não tenham sido violentas, tampouco revolucionárias, sempre houve uma profunda inversão do sistema político, à exceção do sistema federativo do Estado, mantido desde a Constituição de 1891.

Pois bem, com a Constituição de 1988 não foi diferente. Na ocasião estávamos em franco processo de abertura política e, no governo, com o – esperamos! – último presidente eleito por via indireta no país.

A Assembléia Constituinte emprestava ao país o renascimento de uma nova República. O cidadão sentia renovado um compromisso democrático há muito tempo esquecido.

A Constituição de 1988 veio depois de um momento turbulento, no qual, em grande lapso temporal, o direito constitucional foi substituído pelo mecanismo de juridicidade duvidosa dos atos institucionais.

Mesmo com a revogação dos indigitados atos institucionais, ainda imperava um regime arbitrário. E, onde impera a arbitrariedade, escassos são os direitos a serem defendidos.

A Carta Política, demasiadamente complexa, o despreparo de algumas autoridades e a sensação de liberdade do povo, formaram uma equação que desaguou no Poder Judiciário.

Esse louvável deságüe teve reflexos nem tão benéficos: uma tempestade de ações entupindo a máquina judicial. Tantos juízes houvesse seriam poucos perto do número de ações propostas.

Oscar Vilhena Vieira, sobre o assunto, comenta que:



“Essas dificuldades mecânicas, no entanto, não devem esconder um problema estrutural ao qual se submete o nosso sistema de controle de constitucionalidade, que é a quantidade despropositada de agressões ao texto constitucional. Não haveria sobrecarga de demanda de nossa jurisdição constitucional, se não houvesse excesso de produção de medidas inconstitucionais. A sobrecarga do Supremo é, assim, em primeiro lugar, decorrência direta da grande quantidade de atos inconstitucionais produzidos pelos Poderes Legislativos e Executivos estaduais e federais. Como afirmou o Ministro Otávio Galloti, em sua entrevista para este livro: ‘perdeu-se a cerimônia com a Constituição<sup>193</sup>’.

Essa preocupação passou a assombrar os juristas. Por tal razão, iniciou-se a busca de descobrir um meio pelo qual a constitucionalidade de uma norma pudesse ser reconhecida *prima facie*, sem necessidade de aguardar o julgamento de tantas ações, cuja demora nas decisões poderia influir de maneira tão grave no cotidiano do país.

O controle concentrado de constitucionalidade já estava inserido no contexto positivo brasileiro, mas as ações previstas visavam, justamente, à declaração de inconstitucionalidade, sendo, portanto, imprestáveis para tanto.

Muitas soluções foram discutidas. Dentre elas, propôs-se o renascimento da advocatória, introduzida no sistema jurídico pátrio pela Emenda 7/77<sup>194</sup>, e que atribuía ao Supremo Tribunal Federal:

“(...) as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os

<sup>193</sup> Oscar Vilhena Vieira. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 218/219.

<sup>194</sup> Arnaldo Wald. *Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade*, in **Ação Declaratória de Constitucionalidade**, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coords.), São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 16.

efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

O instituto da advocatória não encontrou ressonância no meio jurídico. Arnaldo Wald cita como exemplo o repúdio da magistratura, consubstanciado na denominada “Carta de Canela”:

“Os Juízes Federais, reunidos no VIIº Encontro Nacional, manifestam-se contrários à reedição da advocatória, lembrando que este instrumento processual não se coaduna com o momento histórico em que vivemos<sup>195</sup>.”

Mas a preocupação continuava a imperar e se fazia necessária alguma medida. O alerta proferido por Adhemar Ferreira Maciel demonstra o tamanho do problema:

“Recentemente, tivemos na Justiça Federal, tanto de primeiro grau (juízes federais) quanto de segundo (tribunais regionais federais), uma verdadeira inundação de ações relativas à ‘liberação de cruzados’ e aos ‘147,06% dos aposentados’, milhares de demandantes com a mesma causa petendi e o mesmo petitum, vindicando o mesmo direito subjetivo. São os denominados ‘direitos individuais homogêneos’. As decisões judiciais foram as mais díspares possíveis, acarretando liminares sobre liminares. Tais desencontros, embora façam parte de nosso dia-a-dia, acabaram, pelo seu volume, por trazer intranquilidade ao País, gerando incerteza e insegurança jurídica”<sup>196</sup>.

Outras propostas foram também elaboradas. Arnaldo Wald recomendou a criação de um sistema preventivo de constitucionalidade, similar ao do direito

<sup>195</sup> *Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade, Op. Cit.*, p. 15 e ss.

<sup>196</sup> **Avocatória: uma violação do “juiz natural” ou uma exigência de nossos tempos**, p. 204 - 205.

francês. Assim se pronunciou o citado autor no Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo:

“(...) em relação a determinadas situações, leis complementares, talvez leis fiscais, leis orgânicas, estabelecer um procedimento legislativo um pouco mais complicado, mas que ensejaria eventualmente o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, logo após a aprovação do Congresso Nacional, evitando que esses problemas venham a perpetuar sem solução. Pode ser que não seja a solução mais interessante para os advogados, mas certamente o será, em certo sentido e a longo prazo, uma vez que teremos uma Justiça mais descongestionada. O que aconteceu com a Justiça Federal em virtude dessas inúmeras decisões inconstitucionais, nestes últimos três, quatro anos, é que ela não funciona mais, está paralisada, sem condições de operar. Não adianta também criarmos uma Justiça com (mais) cinco mil, dez mil juízes porque não há material humano para tanto. Então, talvez, a solução pudesse ser análoga a outros países. Mas acho que como o problema é pragmático, e não é apenas de tradição, cabendo admitir que, nesses casos, ou por provocação de um deputado ou de uma forma qualquer e até por determinação constitucional, houvesse uma competência do Supremo Tribunal Federal para, nas leis fiscais, nas leis complementares, apreciar o projeto de lei, depois da sua aprovação, no prazo de trinta dias, após o que iria à sanção. Talvez não seja uma idéia muito válida dentro dos quadros tradicionais, mas talvez seja pragmática, para encontrar soluções adequadas. Porque realmente não temos nenhuma medida para impedir que o Congresso aprove uma lei inconstitucional. Quando essa apreciação a posteriori se torna, por motivos justificáveis em relação à Corte, praticamente prejudicada no decorrer do tempo, acabamos tendo, na realidade, a institucionalização da inconstitucionalidade porque ela já

produziu seus efeitos e não temos meios adequados de corrigi-la.<sup>197</sup>”

É perceptível, portanto, a preocupação existente à época para a busca de um remédio jurídico que tivesse a finalidade de solucionar, de forma ampla e definitiva, o conflito oriundo de leis com a Constituição Federal.

Entretanto, a ação declaratória de constitucionalidade apenas começou a delinear seus moldes, a partir de um artigo publicado em 25 de janeiro de 1992, da lavra de Ives Gandra da Silva Martins. Naquele estudo, buscava o jurista uma solução alternativa à ação avocatória, uma vez que tal instrumento era na ocasião entendido como o instituto mais adequado à solução do problema, sendo certo até mesmo seu o envio ao Congresso Nacional, por intermédio de um “pacote” de medidas à época alcunhado como “Emenda”<sup>198</sup>.

Pelo interesse que o citado artigo traz transcrevemo-lo em parte:

“Manifesto-me, hoje, contra a emenda constitucional que pretende reintroduzir a avocatória. Entendo, todavia, que o controle real da constitucionalidade não pode ficar apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou contra ato ou lei, maculados pelo vício maior no universo jurídico”.

“Há necessidade de uma ação de contrapartida, isto é, uma ação ‘declaratória de constitucionalidade’, cuja titularidade para proposição seria de todas as pessoas elencadas no artigo 103 da Constituição Federal, que cuida das ações diretas de inconstitucionalidade”.

“Vantagens – entre as vantagens de tal proposta sobre a avocatória militam: a) a competência do Supremo Tribunal Federal seria originária e não decorrencial; b) os motivos para sua proposição seriam ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’; c) não haveria interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua

<sup>197</sup> Arnaldo Wald, *Op. Cit.* p. 19.

<sup>198</sup> Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes de Souza Garcia. *Ação Declaratória de Constitucionalidade.*, in **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coord.), *Op. Cit.*, p. 121.

eficácia, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada; d) em questões polêmicas, a uniformização far-se-ia com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva<sup>199</sup>.

Das idéias apregoadas, o citado autor entendeu que apenas restou o nome<sup>200</sup>. Prova maior de tal acepção foi o artigo por ele escrito e publicado no periódico O Estado de S. Paulo, do qual retirou-se o seguinte trecho:

“Considero, pois, de manifesta inconstitucionalidade tal emenda. Ao ter sugerido esse tipo de ação para atalhar o perigo da avocatória, vi, infelizmente, minha proposta adulterada pelo eminente amigo e deputado Benito Gama, EM CUJA CONCEPÇÃO NÃO TIVE QUALQUER PARTICIPAÇÃO. Resisto a qualquer ‘investigação de paternidade’. Este filho bastardo não é meu, apesar de ter adotado o constituinte o mesmo nome ao filho que não gerei<sup>201</sup>.”

Não poderia ser diferente. É necessário perceber que se trata de um modelo novo de ação, com moldes jamais vistos nos sistemas positivos de direito (com exceção do direito alemão, todavia, como se verá adiante, os institutos guardam algumas semelhanças quanto aos efeitos, de resto, são absolutamente diferentes.).

José Afonso da Silva informa que sustentava-se a supressão da função criadora judicial, além da violação de garantias fundamentais que o legislador constitucional derivado estaria impedido de modificar, em virtude da existência das determinações contidas no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal<sup>202</sup>.

Sob o aspecto processual, a ação declaratória de constitucionalidade

<sup>199</sup> Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes de Souza Garcia. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coord.), p. 121. O artigo foi originalmente publicado em *O Estado de S. Paulo* de 25 de janeiro de 1992, p. 8.

<sup>200</sup> A nossa opinião é que todas as vantagens apontadas são perceptíveis na ação declaratória de constitucionalidade.

<sup>201</sup> Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes de Souza Garcia. *Op. Cit.*, p. 123, nota 2. Artigo originalmente publicado no periódico *O Estado de S. Paulo* de 1º de junho de 1993, Caderno Cidades, p. 4, sob o título “*Emenda Viola o Direito dos Cidadãos*”.

<sup>202</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 58.

ofenderia o corolário dos princípios processuais contidos na Magna Carta, o devido processo legal<sup>203</sup>, uma vez que se trataria de processo sem contraditório.

José Rogério Cruz e Tucci, sobre a questão, afirmou que:

“Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todas as etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formas e exigências em lei previstas”.

“Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais; e f) da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável”.

Observa-se, de logo, que no procedimento presumidamente reservado à ação declaratória não se encontram preservadas essas relevantes garantias<sup>204</sup>.

Marcelo Figueiredo, criticou a ação declaratória de constitucionalidade sob a ótica da separação de poderes, afirmando que a referida ação “viola o princípio do equilíbrio e da separação de poderes (art. 2º CF), pois confere ao Supremo Tribunal Federal competência que resulta em atribuição legislativa<sup>205</sup>”.

Para Ana Maria Scartezzini, a ação declaratória de constitucionalidade seria uma medida inútil e paradoxal, pois o sistema jurídico brasileiro alberga a presunção de validade (e, moto-contínuo) de constitucionalidade da lei:

“Dentre as prerrogativas de que dispõe a Administração, encontra-se

<sup>203</sup> José Rogério Cruz e Tucci, *Aspectos Processuais da Ação Declaratória de Constitucionalidade*, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coords.), *Op. Cit.* p. 148/149.

<sup>204</sup> *Idem.* p. 149.

a presunção de legitimidade de seus atos, também chamada de presunção de validade do ato administrativo, pelo qual se presume que este tenha sido proferido em harmonia com o próprio ordenamento jurídico. Essa prerrogativa decorre do próprio exercício da função pública, como consequência natural, na medida em que o fim a ser colimado é o interesse público<sup>206</sup>.”

Segue a jurista:

“Assim, nem se declara a legitimidade do ato administrativo, nem a constitucionalidade da lei. O Estado não necessita declarar que sua atividade é legítima, seja no exercício de sua competência legislativa, seja no de competência legislativa<sup>207</sup>.”

Tamanha foi a celeuma que a Associação Brasileira dos Magistrados propôs ação direta de inconstitucionalidade com o intuito de extirpar do mundo jurídico (ADIn nº 913) a referida Emenda Constitucional.

A ação direta não foi conhecida por falta de legitimidade *ad causam*<sup>208</sup>. Mas, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF, proposta pelo presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados, o Ministro Moreira Alves, tendo em vista a controvérsia jurídica em torno da EC 3 de 1993, levantou incidentalmente a prejudicial de inconstitucionalidade daquela Emenda<sup>209</sup>.

<sup>205</sup> Marcelo Figueiredo. **Ação Declaratória de Constitucionalidade: Novidade Infeliz e Inconstitucional**. Revista da Procuradoria Geral do Estado, jun, 1993, p. 101.

<sup>206</sup> *A Ação de Declaração de Constitucionalidade da Lei e os Princípios Constitucionais, in Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coords.), *Op. Cit.* p. 3.

<sup>207</sup> Ana Maria Scartezzini, *A Ação de Declaração de Constitucionalidade da Lei e os Princípios Constitucionais, in Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coords.), *Op. Cit.* p. 5.

<sup>208</sup> Questão de ordem no julgamento da ADC 1/1 – DF, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>209</sup> Questão de ordem no julgamento da ADC 1/1 – DF, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

O julgamento reconheceu a constitucionalidade da ação<sup>210</sup>. Assim as críticas, pertinentes ou não, têm importância fundamentalmente histórica.

Aos fatos: o *Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a Câmara dos Deputados*, com a finalidade de impedir discussões jurídicas acerca da Lei Complementar nº 70, propuseram junto ao Supremo Tribunal Federal ação declaratória de constitucionalidade<sup>211</sup>.

A ação, distribuída sob o nº 1-1 – Distrito Federal, teve como relator o ministro Moreira Alves que, antes de se pronunciar sobre o mérito da ação proposta, teceu as seguintes considerações:

“Tendo em vista a controvérsia já existente quanto à constitucionalidade, ou não, da Emenda Constitucional nº 3/93, no tocante à instituição da ação declaratória de constitucionalidade – e disso dá notícia a ADIn. de nº 913 (cujos autos estão anexos ao desta ação) que não conhecida por ilegitimidade passiva ad causam. Levanto, incidentalmente, para exame, a prejudicial de inconstitucionalidade, e determino que, a respeito dela, seja aberta vista à Procuradoria-Geral da república para manifestar-se<sup>212</sup>”.

A decisão é, no mínimo, curiosa: a ação direta de inconstitucionalidade, à qual o Ministro se reportou, não havia sequer sido conhecida, por ilegitimidade ativa. À primeira vista, não haveria, portanto, possibilidade de trazer tal matéria para discussão, sob pena de os argumentos produzidos em uma ação extinta (embora sem apreciação do mérito) pudessem surtir os efeitos desejados pelos requerentes da ação direta de inconstitucionalidade 913/DF.

Todavia, nenhum dos ministros presentes ao julgamento se insurgiu contra a

<sup>210</sup> Muito embora aceitemos que a ação declaratória de constitucionalidade seja constitucional, não concordamos com o inteiro teor da tese consagrada no Supremo Tribunal Federal. Essas proposições, bem como o nosso entendimento com relação à constitucionalidade da referida ação serão pautados no transcórre do presente trabalho.

<sup>211</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>212</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)



referida questão, que, repita-se, à primeira vista poderia criar um paradoxo.

Isso porque não havia razão para perplexidade.

De fato, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, o que realmente importa é a violação à Constituição. Imagine-se o risco de conhecer-se a ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF, apenas porque a sua própria constitucionalidade não estava *sub judice*.

Portanto, a discussão pôde (e deveria mesmo) ser suscitada, uma vez que matéria constitucional é conhecível de ofício.

Se o incidente não fosse levantado e tais argumentos expendidos, haveria o risco de nova proposição de ação direta de inconstitucionalidade para debater a Emenda Constitucional 3 de 1993. Só que, nessa hipótese, uma ação declaratória de constitucionalidade já teria sido julgada.

Essa hipotética ação direta de inconstitucionalidade poderia ter sido julgada no mérito. Como ficariam os efeitos da ação declaratória algures julgada?

A celeuma seria muito maior. Assim, a atuação do Ministro Moreira Alves não merece nenhuma censura.

Todavia, não apenas critérios pragmáticos socorrem tal decisão. É fato que o controle concentrado de constitucionalidade deve ser exercido de maneira plena. A aplicação do princípio *iuria novit curia* estende-se muito além dos fatos, dos fundamentos, da causa de pedir e do pedido.

Pois bem, após exarar o entendimento de que a própria ação declaratória de constitucionalidade deveria passar pelo crivo judicial, por meio de incidente processual levantado *ex officio*, antes mesmo da possibilidade de conhecer ou não o pedido nela exposto, aquele Ministro determinou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação.

Tal órgão, por meio do procurador Moacir Machado da Silva entendeu pela constitucionalidade da Emenda Constitucional 3 de 1993, em parecer cujos seguintes trechos merecem destaque:

“Trata-se de instituto inédito no ordenamento jurídico nacional. É verdade que o art. 174 §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação de 1970, autorizava ao Procurador-

Geral da República ajuizar representação de inconstitucionalidade, provocado por autoridade ou por terceiro, com parecer contrário, se entendesse improcedente a fundamentação da súplica, deixando margem à consideração de que, nesse caso, se teria uma representação de inconstitucionalidade”.

“O dispositivo regimental, contudo, deixava claro que o parecer contrário era admitido nos casos em que a iniciativa do Procurador-Geral da República estivesse vinculada a uma provocação de autoridade ou de terceiro, em que se sustentava a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A fórmula do encaminhamento da representação com parecer contrário não traduzia, com fidelidade, a posição do Procurador-Geral da República, como titular da representação, igualmente não rompia com a exigência de uma pretensão fundamentada – ainda que esta fosse do agente provocador –, dirigida no mesmo sentido da declaração de inconstitucionalidade da norma. O que importa é que sempre esteve em causa uma argüição de inconstitucionalidade, e a procedência da representação estava associada à declaração de inconstitucionalidade, assim como a sua improcedência decorria do reconhecimento da constitucionalidade da norma<sup>213</sup>.”

Mais adiante, assim se manifestou o procurador:

“Não se percebe, com nitidez, em que a nova modalidade de ação teria interferência na função criadora judicial, que consiste na adaptação de norma geral e abstrata à extensa variedade das relações humanas, bem como aos novos fatos emergentes da evolução social. Ou a norma jurídica é compatível com a Lei Fundamental e, dessa forma, a sentença declaratória de constitucionalidade em nada interfere na atividade criadora do juiz,

---

<sup>213</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

ou então não se harmoniza com a Constituição, caso em que a decisão que pronuncie sua inconstitucionalidade também não afetará essa função, que é insuscetível de ser exercida em relação a uma norma excluída do mundo jurídico<sup>214</sup>.

E ainda:

“A ação declaratória de constitucionalidade insere-se no sistema de controle em abstrato da constitucionalidade de normas, cuja finalidade única é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos. Por isso mesmo, deve ser necessariamente estruturada em um processo objetivo, como ocorre da ação direta de inconstitucionalidade, isto é, um processo não contraditório, sem partes, embora possam ser ouvidos órgãos que participaram da elaboração da lei ou ato normativo<sup>215</sup>.”

O Ministro Moreira Alves proferiu então seu voto, do qual reproduzimos os seguintes trechos:

“Esta Corte já firmou o entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como um processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação jurisdicional em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente de aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados”.

---

<sup>214</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>215</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

Continua o julgador:

“Por isso mesmo, dado o caráter objetivo de processo relativo à ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o requerente não pode desistir da ação proposta; a causa petendi não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca normas que integram a Constituição Federal; pode-se prescindir das informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnado; não se admite assistência; não é cabível ação rescisória<sup>216</sup>”.

E argumenta, de forma peremptória o jurista:

“Igualmente, com relação ao sujeito passivo, sua ausência não descaracteriza a ação direta de inconstitucionalidade. Ela pode decorrer da dispensa do pedido de informações ao Poder ou órgão de que emana o ato normativo impugnado, e dispensa essa que é admitida pelo regimento interno deste Tribunal (artigo 170 §2º, in fine, e artigo 172). Como também nessa ação, podem ocorrer hipóteses em que os legitimados ativo e passivo se confundem, o que implica, em última análise, a inexistência do legitimado passivo. Assim, por exemplo, se um Governador de Estado impugnar como inconstitucional ato normativo de seu antecessor, caso em que o requerente não pode ser, ao mesmo tempo, o requerido. E também não ocupa a posição formal de réu o advogado-geral da União, que não é parte, mas curador da presunção de constitucionalidade do ato normativo atacado<sup>217</sup>”.

Acompanharam o voto do ministro Moreira Alves, os Ministros Francisco

---

<sup>216</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>217</sup> *Idem*.

Rezek, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Paulo Brossard<sup>218</sup>.

Votaram pela constitucionalidade da Emenda Constitucional 3 de 1993, “preservado um mínimo de contraditório” os Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence<sup>219</sup>.

Votou pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, o Ministro Marco Aurélio<sup>220</sup>.

Assim sendo, a Emenda Constitucional nº 3 de 1993 integrou-se no ordenamento positivo constitucional brasileiro, não mais ensejando novas discussões quanto a sua constitucionalidade, mesmo porque, como bem acentuou o Ministro Moreira Alves no transcórre do julgamento, não cabe ação rescisória das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade<sup>221</sup>.

Como parece ter ficado claro no relatório da ação declaratória de constitucionalidade 1/1 – DF, considerou-se a referida ação constitucional, posto que o controle concentrado de constitucionalidade, no entender daquele tribunal, trata-se de ato político de fiscalização de normas. O contraditório não restou violado porque o processo objetivo, instrumento do controle abstrato de normas, não requer “partes”, posto que não se está julgando direito subjetivo (em outras palavras, não há “lide”), mas lei em tese<sup>222</sup>.

Concordamos de um lado, que seja constitucional a ação declaratória de constitucionalidade, mas, de outro, não exatamente pelos argumentos expendidos no julgamento em referência, posto que acreditamos que há lide no controle abstrato de normas.

Mas, para que tal conclusão possa ser alcançada, necessário se faz determinar a natureza do Supremo Tribunal Federal no papel de Corte Constitucional. No próximo capítulo trataremos de abordar a possibilidade de considerar-se o julgamento no controle concentrado de constitucionalidade como

<sup>218</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Morcira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>219</sup> *Idem*.

<sup>220</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>221</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Morcira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>222</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

jurisdicional.

## 1.1 – A Natureza do Supremo Tribunal Federal e de suas Decisões

O acentuado viés político das ações diretas, genericamente consideradas, é meio de grande discussão doutrinária, principalmente no que concerne à defesa “material<sup>223</sup>” da Constituição pelos mecanismos estabelecidos no controle de constitucionalidade.

Voltemos ao tema, mesmo porque seu enfrentamento é fundamental para melhor entendermos a conceituação da ação declaratória de constitucionalidade.

Como vimos algures, dentre as formas de apresentação do controle de constitucionalidade, há o controle formal e o controle material das leis frente à Constituição.

O controle formal é aquele cujo órgão incumbido de efetivar a compatibilidade das normas com a Constituição observa apenas e tão somente se *“houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado<sup>224</sup>”*.

Se a conclusão se der pela dicotomia entre a elaboração da norma e os preceitos formais que norteiam a confecção de tal norma, reconhecer-se-á a inconstitucionalidade do preceito atacado, sem levar-se em conta se o conteúdo normativo fere ou não a Constituição, pela desnecessidade de tal procedimento.

Como fica fácil perceber, esse tipo de controle, por estar mais jungido à questões meramente técnicas, formais, sem levar em conta aspectos sobre o conteúdo da norma impugnada é um tipo de controle *estritamente jurídico<sup>225</sup>*.

Ou seja, ainda que exercido por um órgão político, levará em conta aspectos

<sup>223</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 269/270

<sup>224</sup> *Idem*, p. 268.

simplesmente normativos, pré-ordenados na Constituição.

O problema surge no controle material. Paulo Bonavides situa-o muito bem:

“O controle material de constitucionalidade é delicadíssimo em razão do auto teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais<sup>226</sup>”.

E arremata o jurista:

“É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e o seu fundamento primordial<sup>227</sup>”.

E, se tal fato é uma realidade, ainda que no controle difuso de constitucionalidade<sup>228</sup>, para se situar uma feição política ou jurídica acerca da decisão judicial<sup>229</sup>, o problema ganha em dimensão no controle concentrado de

<sup>225</sup> Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**, p. 268.

<sup>226</sup> *Idem*, p. 269/270.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 270.

<sup>228</sup> Já tivemos a oportunidade de demonstrar também, que no controle difuso de constitucionalidade, o juiz não “julga” a lei, mas deixa de aplicá-la a um caso concreto, motivo pelo qual entendemos que não se trata de ato “político”, ainda que o julgamento não se restrinja a requisitos meramente formais. Contra esse entendimento, temos a opinião abalizada de Paulo Bonavides que entende o julgamento material da lei frente à Constituição como político, seja no controle difuso, seja no controle abstrato, aliás, como já alertamos ao enfrentar os temas de controle formal e controle material da Constituição Federal.

<sup>229</sup> Cfr. Rui Barbosa. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**, p. 76 e ss.; Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**, p. 270 e ss.

constitucionalidade, justamente pelo fato da questão de constitucionalidade estar vinculada a um Tribunal Constitucional.

“Nesse modelo, em resumo, a questão sobre a conformidade das leis à Constituição é antes uma questão de ‘lógica política’, daí porque somente pode ser decidida por uma Corte especial – um Tribunal Constitucional, com competência especializada e concentrada no domínio da inconstitucionalidade, e composição adequada a essa função<sup>230</sup>”.

André Ramos Tavares esclarece que a idéia do papel político de um Tribunal Constitucional se origina do conceito “político” de Constituição:

“A questão política, num Tribunal Constitucional, está intimamente ligada à idéia que se faz da Constituição, geralmente entendida como opção política fundamental de uma sociedade. Dito de outra forma, encontra-se difundido o entendimento de que, se a Constituição consagra opções políticas tomadas pela sociedade (ou seus representantes) num determinado momento histórico, a Corte que tiver de interpretar e aplicar essa Constituição não poderá fugir de uma orientação política, na medida em que esta é a base de sustentação do objeto sobre o qual terá de debruçar-se<sup>231</sup>”.

Konrad Hesse, ao analisar a famosa conferência de Ferdinand Lassalle<sup>232</sup>, informa que, tanto os juristas, quanto os políticos, apregoam que “*Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim políticas*”<sup>233</sup>.

De fato, Ferdinand Lassalle entende (em um capítulo que se tornou famoso pelo subtítulo – “a folha de papel”) que a essência da Constituição é “a soma dos

<sup>230</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz. *Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*, p. 30.

<sup>231</sup> André Ramos Tavares. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 39.

<sup>232</sup> Conferência proferida em 16 de abril de 1862. *Apud* Konrad Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 9.

<sup>233</sup> Konrad Hesse. *A Força Normativa da Constituição*, p. 9.



*fatores reais do poder que regem uma nação*<sup>234</sup>”. E conclui: “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os problemas que devemos sempre lembrar”<sup>235</sup>”.

Concordamos com o autor quanto à necessidade de união entre a “constituição escrita” e a realidade social. Sem a aproximação da chamada Constituição dita real da Constituição escrita, ou seja, a partir do momento que a Constituição não mais atender aos anseios do povo, ela será tudo menos uma Constituição<sup>236</sup>. Dessa forma, podemos aceitar a pertinência da crítica do autor, na exata medida em que transformar fatores do poder, em fatores escritos (que a partir de então receberiam uma dimensão jurídica) para posteriormente *transformar esses escritos em fatores reais do poder*, achacaria a possibilidade da Constituição ser garantidora dos direitos fundamentais<sup>237</sup>.

Mas a tese do autor que enxerga a Constituição como um Carta apenas política ou sociológica, permite a conclusão que os julgamentos entre a lei e seus preceitos também tenham essas naturezas. Nesse sentido, André Ramos Tavares explica os fundamentos com bastante argúcia:

“(…) é que em sendo a Constituição um diploma político por excelência, já que regula, em especial, a atividade política, a divisão de poderes e os limites do Estado, o Tribunal Constitucional, chamado a atuar essa Constituição, não poderia escapar de ser político, identificando-se nessa medida, a função do Tribunal com a matéria com que lida”<sup>238</sup>.

<sup>234</sup> Ferdinand Lassalle. *A Essência da Constituição*, Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1985, p. 9.

<sup>235</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>236</sup> A respeito do assunto, confira-se Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional na República Federativa da Alemanha*, p. 503 e ss.

<sup>237</sup> Ferdinand Lassalle. *A Essência da Constituição*, p. 19. Como se verá adiante, não discordamos da posição e dos alertas apregoados pelo autor, notadamente em suas conclusões (p. 48 e ss.). Ao contrário, acreditamos na necessidade de manter a Constituição um documento vivo, ou, como prefere o autor, real.

<sup>238</sup> André Ramos Tavares. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 39

Dessa forma, em função do Tribunal Constitucional lidar com matérias de relevante interesse político, suas decisões tem de observar um método também político de interpretação.

Há mais, no entanto. Se a natureza das matérias postas à apreciação das Cortes Constitucionais, altamente politizadas, forem aliadas ao um julgamento abstrato das normas, fica realmente difícil verificar-se a atuação de um Tribunal Constitucional como jurídica.

Isso porque o julgamento em abstrato se distancia sobremaneira do conceito clássico de jurisdição como “o poder de dizer o direito<sup>239</sup>”, *em um caso concreto*. Ou seja, não há caso concreto (um debate entre partes litigando direito subjetivo). A decisão atingirá a todos, indefinidamente (*efeitos erga omnes*), no que se aproxima mais de um ato legislativo do que de um ato jurisdicional. André Ramos Tavares observa que:

“A maioria dos autores parece estar de acordo que, no tocante ao controle da constitucionalidade, este implica um posicionamento ideológico ou político, por sua própria natureza, já que não se aplicam normas a fatos, mas limita-se o órgão a examinar o direito abstratamente considerado, eliminando, como produto de sua atuação, as leis que considere incompatíveis com a Lei Maior”.

“Tal atividade quer significar, efetivamente, para dizer o mínimo, a configuração de uma atividade legislativa negativa e, nesse sentido é que se compreende dita atividade também de índole política. Seria então um dos aspectos do ‘político’, e que efetivamente impregna a natureza dessas decisões<sup>240</sup>”.

Anote-se ainda que, se o julgamento de uma lei em tese é abstrato, o processo que o verifica não tem partes. Não há autor e réu discutindo uma lide de caráter subjetivo. Não há, em outras palavras, direito subjetivo posto à apreciação da

---

<sup>239</sup> Vicente Grecco Filho. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 35.

Corte Constitucional – diretamente e pelo próprio interessado, em princípio.

Realmente. Além de uma análise do conteúdo normativo, o controle concentrado ainda se caracteriza por ter como mecanismo próprio o *processo objetivo*, apontado pela doutrina como um “processo sem partes<sup>241</sup>”.

Esse “processo sem partes”, prestar-se-ia somente à defesa “da ordem constitucional<sup>242</sup>”, tendo em vista que não se configura no processo objetivo uma “direito subjetivo”, que seria o meio hábil para a composição de uma lide<sup>243</sup>.

E, verificando-se o processo objetivo sob o prisma atual, é possível afirmar que tal processo vai além de um eventual mero rito especial “isto é, um processo sem sujeitos, destinado pura e simplesmente à defesa da Constituição (Verfassungsbewahrungsverfahren). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (Rechtsschutzbedürfnis), que pressupõe a defesa de situações subjetivas<sup>244</sup>”.

É assumidamente difícil entender-se o julgamento de uma lei em abstrato, na qual não há interesse subjetivo como objeto da demanda, integrar o conceito de lide e ato contínuo, as condições da ação; o que permitiria também fazer concluir que a função do Tribunal Constitucional é política.

Outra constatação relevante para esse entendimento reside no caráter “constitutivo” de uma declaração de inconstitucionalidade, produzindo decisões com efeitos *ex nunc*<sup>245</sup>.

Como a eficácia jurídica da norma é cancelada a partir de então, é possível concluir que a lei tida por inconstitucional pudesse ter sido abolida por um ato legislativo sucessivo, com o fito de por fim à existência da referida norma<sup>246</sup>.

Isso porque, por atribuir efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, o Tribunal Constitucional praticamente revoga o ato tido por inconstitucional.

<sup>240</sup> André Ramos Tavares. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. P. 66/67.

<sup>241</sup> Regina Macedo Nery Ferrari. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 167.

<sup>242</sup> Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 250.

<sup>243</sup> Clèmerson Merlin Clève. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 113.

<sup>244</sup> Gilmar Ferreira Mendes. **Controle da Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**, p. 250.

<sup>245</sup> Regina Maria Macedo Nery Ferrari. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 156.

<sup>246</sup> *Idem*, p. 156.

Por outro lado e mais uma vez verificando a ausência de uniformidade da classificação tanto das decisões, como do próprio Tribunal Constitucional, temos que a forma de composição das Cortes Constitucionais é elemento de enorme influência na possibilidade de tais tribunais passarem a ser considerados políticos ou não.

Oscar Vilhena Vieira atenta que, no caso italiano, a composição do Tribunal Constitucional é um dos fatores que, se não corrobora a atividade política daquela Corte, não a insere no contexto judicial<sup>247</sup>.

Nesse mesmo sentido aponta Paulo Bonavides, ao asseverar sobre a Corte Constitucional italiana que: *“No entanto, esse tribunal não constitui órgão do Poder Judiciário*<sup>248</sup>.

Já o Tribunal Constitucional alemão é órgão do Poder Judiciário, por disposição expressa do artigo 92 da Lei Fundamental de Bonn<sup>249</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal que, para alguns doutrinadores é, na acepção da palavra, um Tribunal Constitucional<sup>250</sup> é um Órgão Judiciário *autônomo e independente*, (artigo 92, inciso I da Constituição Federal), pelo que se depreende da total insubordinação dessa Corte aos demais Poderes da República. Subordina-se o Supremo Tribunal Federal, tão somente à Constituição, pois a ele cabe a sua guarda (Constituição Federal, artigo 92, *caput*).

É composto por 11 ministros, divididos em duas turmas que se situam no mesmo plano de hierarquia. As turmas, por sua vez, são compostas por 5 membros cada uma, pois o presidente, que é eleito pelos próprios membros do Supremo Tribunal Federal, apenas participa das seções plenárias<sup>251</sup>.

<sup>247</sup> Diz o citado autor: *“O novo Tribunal constitucional italiano encontra-se fora da estrutura tradicional na divisão de poderes, uma vez que não é considerado como órgão judicial strictu sensu. Trata-se de um órgão constitucional com competência para apreciar a constitucionalidade das normas e dos atos jurídicos, por via incidental ou por via direta na resolução de conflitos de competência dos demais órgãos do Estado, assim como para julgar o Presidente da República por alta traição ou atentado à Constituição e os ministros nos crimes praticados nos exercício de suas funções. Sua composição é mista; um terço de seus membros é indicado pelo Presidente da República, um terço pelo parlamento e o terço restante pelos magistrados dos tribunais superiores. Esta composição auxilia na caracterização do Tribunal como um órgão de caráter não burocrático e, portanto, distinto do restante do poder judiciário”*. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**, p. 57/58.

<sup>248</sup> Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**, p. 280.

<sup>249</sup> *Idem*, p. 280.

<sup>250</sup> Cfr. Alexandre de Moraes. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 211 e ss.

<sup>251</sup> *Idem*, p. 215.

Os ministros que compõem a mais alta corte judiciária do país são escolhidos pelo Presidente da República. Mas para que o chefe do executivo possa nomeá-los, os indicados necessitarão de aprovação pelo Senado Federal, por maioria absoluta (Constituição Federal, artigo 52, inciso III e artigo 101, parágrafo único).

Ou seja, conta para tais considerações a forma diferenciada de composição e de indicação dos membros desses tribunais, com relação aos demais órgãos judiciais. Seus juízes podem ser (como é o caso italiano) indicados pelo Poder Executivo e pelo Parlamento, ou nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal (como é o caso brasileiro).

Assim, entendemos que, em síntese, para fins de considerar-se o Tribunal Constitucional um organismo político e que exare decisões de natureza política, há uma série de fortes argumentos que são, resumidamente: a noção de que a Constituição é a opção política de um povo, portanto, os critérios para sua interpretação devem ser políticos, posto que se jurídicos seriam ilegítimos; o julgamento do “conteúdo” da lei, de seu mérito, que invoca argumentos os quais se afastam da hermenêutica jurisdicional; o julgamento de uma lei em abstrato e não de uma lide subjetiva; os possíveis efeitos *ex nunc* e *erga omnes* que seriam similares a uma “legislação em sentido contrário” que tivesse por finalidade “revogar a norma” tida por inconstitucional; as premissas de interpretação que, por tratarem de matéria política, deveriam ter essa mesma natureza; o critério de composição e a qualidade dos membros que compõem o Tribunal Constitucional.

Em contraponto a essas alegações, existem outros argumentos que também não devem ser desconsiderados.

Por primeiro, verifiquemos a alegação de que a “Constituição é um documento político” ou *consagra opções políticas tomadas pela sociedade*<sup>252</sup> devendo por isso, ser analisada em um contexto político.

Nesse sentido, far-se-ia também necessário, conceituar-se a Constituição, pois, a decorrência de tal investigação é o que irá nos dizer se, realmente trata-se de uma Carta política, ou se é possível afirmar que a Constituição é uma Carta jurídica.

A conceituação da Constituição é matéria manifestamente polêmica. Os

autores são unânimes em asseverar que não há um consenso, no sentido de precisá-la como uma Carta estritamente política ou jurídica.

A título de exemplo comprobatório da assertiva ora proposta, verifiquemos o que grandes constitucionalistas dizem sobre o assunto.

Paulo Bonavides afirma que:

“Todo o problema constitucional ainda hoje procede, contudo, da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a *jurídica* e a *política*. A verdade é que, ora prepondera uma, ora outra. No constitucionalismo clássico e individualista preponderou a primeira; no constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. E quando uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional se fazem presentes<sup>253</sup>”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, assevera que o conceito genérico de Constituição é “a *organização de alguma coisa*<sup>254</sup>”. E segue dizendo: “Assim conceituado, é evidente que o termo se aplica a todo o grupo, a toda sociedade, a todo Estado, aquilo que faz ser o que é<sup>255</sup>”.

Alerta o citado jurista que, no entanto, “o termo *Constituição* é mais freqüentemente usado para designar a *organização jurídica fundamental*<sup>256</sup>” o qual conceitua como “o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação<sup>257</sup>”.

Um singelo detalhe. O autor quando diz que a Constituição corresponde a uma *organização jurídica fundamental*, dando o conceito jurídico de Constituição. É

<sup>252</sup> André Ramos Tavares. *Jurisdição e Tribunais Constitucionais*, p. 39. Ressalte-se que o autor utiliza a expressão como forma de demonstrar porque uma Constituição pode ser considerada política e não jurídica.

<sup>253</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 77.

<sup>254</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, p. 9.

<sup>255</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 10.

necessário salientar que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ainda nos brinda com o conceito de “Constituição total”, o qual pressupõe a “*organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica*”<sup>258</sup>.

Portanto, engloba-se no conceito do citado autor, tanto a possibilidade de considerar-se a Lei Fundamental, como uma Carta de organização política ou jurídica.

José Afonso da Silva<sup>259</sup> coloca que, a Constituição do Estado:

“(…) seria então, a organização dos elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado*”<sup>260</sup>.

O autor entra no mérito da questão ora ventilada, ao escrever sobre as concepções da Constituição, esclarecendo que a doutrina, profundamente divergente, concebe as Constituições no sentido político, sociológico ou puramente jurídico<sup>261</sup>.

Afirma o jurista também que tais concepções pecam pela unilateralidade e conclui:

“(…) A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização de valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora* e

<sup>257</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Curso de Direito Constitucional**, p. 10.

<sup>258</sup> *Idem* p. 10.

<sup>259</sup> José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 39.

<sup>260</sup> *Idem* p. 39/40.

<sup>261</sup> *Idem, Ibidem*, p. 40.

*recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como uma *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores<sup>262</sup>.

Sobre o assunto, é interessante também o pensamento de Konrad Kesse.

“Que é a Constituição? A direção, na qual essa questão deve apontar, depende da tarefa que deve ser resolvida com o conceito a ser obtido; ela pode, por causa disso, para a Teoria da Constituição ser uma outra que para a Doutrina do Direito Constitucional. A questão sobre um conceito de Constituição abstrato, no qual deve ser compreendido o comum de todas as constituições ou, então, de numerosas históricas sob o descuido de particularidades temporais e espaciais, pode ser conveniente para a Teoria da Constituição. Para a Doutrina do Direito Constitucional, um tal conceito seria inadequado para fundamentar uma compreensão que estivesse em condições de dirigir o vencimento de problemas jurídicos-constitucionais práticos, colocados *hit et nunc*<sup>263</sup>”.

E complementa o jurista alemão:

“Essa questão não se deixa responder no recurso a um conceito de constituição estabelecido, ou, então, pelo menos, reconhecido em sua maioria. Porque a *Doutrina do Direito Constitucional atual* não esclareceu conceito e peculiaridade da Constituição, mesmo que se achem amplas concordâncias, até o consenso de uma ‘opinião reinante’<sup>264</sup>”.

Dos elementos colhidos até então, uma resposta é passível de assentar: não há (ou pelo menos até agora, não há unânime) conceito fechado de Constituição. A

<sup>262</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 41.

<sup>263</sup> Konrad Kesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p.25.



doutrina não chegou a uma conclusão sobre se a Constituição é uma Carta política, jurídica ou sociológica.

Tampouco chegará. Acreditamos que a constituição é uma Carta política, jurídica e sociológica. Pertinente é a síntese das críticas feitas por Paulo Bonavides, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva e Konrad Hesse, extraída dos excertos de suas obras acima citadas: os conceitos “fechados” de constituição (apenas sob o ângulo jurídico ou político ou sociológico) são insuficientes e danosos.

Ao que parece, não há (e, não seria interessante que houvesse) uma distinção conceitual precisa para nos informar se a Constituição é uma Carta Política ou uma Carta Jurídica.

A importância não está, entendemos, em encontrar um conceito fechado de Constituição; sequer em conceituá-la. O fundamental, é fazê-la um documento vivo, que possa atender às demandas da sociedade, impedindo o descontrole do poder estatal, ao mesmo tempo que confira a esse controle, formas de regular a atividade privada, para que essa também não venha a interferir, de forma nociva, no meio social.

Essa, talvez, seja a única maneira de realmente protegê-la, o que também faz proteger o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais por ela consagrados.

Konrad Hesse, ao dissertar sobre a proteção da Constituição, informa que o *“Direito Constitucional deve levar em si mesmo não só a garantia de sua realização, mas também a garantia de sua existência. Isso inclui a tarefa de assegurar a Constituição, no quadro do possível, contra ameaças ou contra uma eliminação; a proteção da Constituição vale, simultaneamente, à existência do Estado que, como Estado constitucional, somente no processo político ordenado constitucionalmente, torna-se existente e pode ser conservado”*<sup>265</sup>.

Ainda, com relação ao perigo de uma conceituação “fechada” de Constituição, vale lembrar que quando uma das “Constituições” ou melhor, quando um conceito Constitucional impera, tanto os danos, com a impossibilidade de compreensão do

---

<sup>264</sup> Konrad Kesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p.26.

<sup>265</sup> Konrad Kesse. *Op. Cit*, p. 503.

fenômeno constitucional aparecem e se destacam<sup>266</sup>; talvez mais do que a própria Constituição.

Concluimos, nesse diapasão, não lograr êxito a assertiva de que o Tribunal Constitucional deva ser político porque a natureza da Constituição é meramente política. Acreditamos, como dissemos à exaustão, que a Constituição não cabe em um único conceito. Assim, afastado o conceito apenas político de Constituição, entendemos ter afastado uma das razões pela qual a Corte Constitucional deva ser um organismo político, ou que suas decisões estejam imbuídas de tal natureza.

Seguindo adiante, com os contrapontos que podem ser suscitados ao controle político de normas: o julgamento do *conteúdo material* de uma *lei em abstrato*, e os possíveis efeitos *ex nunc* e certamente *erga omnes*, implicam o raciocínio de que a decisão no controle concentrado de normas tem um cunho mais “politizado” do que nas demais vias jurisdicionais.

Mais ainda, a decisão terá como fundamento a Constituição Federal. Tudo isso realmente dá uma “coloração” política à decisão proferida. Mas, o raciocínio *a contrario sensu* pretende demonstrar que não se pode confundir os subsídios que corroboram uma decisão, com a decisão em si.

Nesse sentido é feita a afirmação de que a controvérsia colocada para apreciação do Tribunal Constitucional, diferencia-se das demais pelo fato de ser jurídica, embora *assuma um caráter político*<sup>267</sup>.

Ora, as “jurisdições” diferenciam-se entre si, muito embora sejam formas de expressão de um único poder, ou seja, há critérios de especialização, mas a jurisdição é uma<sup>268</sup>. Há possibilidade de divergências de abordagem entre a interpretação da jurisdição civil, penal, trabalhista, dentre outras. Não seria diferente com a jurisdição constitucional, que muito embora seja jurisdição, possui características próprias.

Nesse sentido, o *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional alemã), já teve oportunidade de assentar:

<sup>266</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. p. 77.

<sup>267</sup> André Ramos Tavares. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 39 e ss.

<sup>268</sup> Pietro Calamandrei. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Segun el NuevoCodigo*. Vol. I., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962. Cf. também, a respeito, Athos Gusmão Carneiro. *Jurisdição e Competência*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 23.

"(...) a jurisdição constitucional diferencia-se de outras formas de jurisdição (v.g. da jurisdição civil, penal e administrativa), fundamentalmente, pelo fato de ocupar-se de uma controvérsia jurídica peculiar, que é uma controvérsia de caráter político. Entende-se por controvérsia jurídica de caráter político aquela na qual se discute o direito político e o **Político (das Politiche)** em si mesmo são o objeto do pronunciamento jurisdicional das normas existentes<sup>269</sup>".

Dessa forma, embora assuma um caráter acentuadamente político, essas decisões não se afastam da natureza jurisdicional. A uma, porque toda "jurisdição" tem sua característica própria<sup>270</sup>. Assim, o viés político não afetaria a característica jurisdicional das decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

A duas, porque a interpretação jurídica não é estanque<sup>271</sup>. Não é defeso inovar na hermenêutica judicial. O julgador não está preso à literalidade ou a um positivismo anacrônico. Ou seja, justamente pelo fato de a conceituação da Constituição não estar jungida a uma única acepção, o julgador teria a possibilidade de inovar na interpretação jurisdicional, aproximando a Constituição real da

<sup>269</sup> *Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts de 27.6.52. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF t.6 (1957), pp. 144 e ss. Apud Otto Kimminich. **Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes**. Revista de Direito Público nº 92, p. 26. Note-se que o aresto explicita que a jurisdição constitucional é diferente das demais "jurisdições", por possuir características próprias. Mas o fato de constar o caráter político ou o a questão política em si mesmo considerada, não afasta o entendimento de que isso seja uma característica especial da dita jurisdição e não que ela faça política por intermédio de suas decisões.*

<sup>270</sup> Cf., a propósito, Athos Gusmão Carneiro. **Jurisdição e Competência**, p. 23 e ss.; Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**, 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 142 e ss.; Vicente Greco Filho. **Direito Processual Civil Brasileiro**, p. 170; Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de Processo Civil – Do Processo de Conhecimento**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 49.

<sup>271</sup> Rudolf Von Jhering analisa a evolução do direito sob o seguinte prisma: "É preciso confessar que o direito, à semelhança da linguagem, admite um desenvolvimento, de dentro para fora, imperceptível, inconsciente, ou melhor, orgânico, para me servir de expressão tradicional. É a este modo de desenvolvimento que se ligam todas aquelas regras do direito que confiam às relações civis a conclusão autônoma e uniforme dos atos jurídicos, da mesma maneira que todas aquelas abstrações, conclusões e regras que a ciência descobre pelo processo analítico nos direitos existentes e revela à consciência". **A Luta Pelo Direito**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 27.

Constituição escrita<sup>272</sup>.

Com respeito ao tema em enfoque, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou nos seguintes termos:

“A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias. A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do direito de família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é uma coisa essencialmente viva. Ele está destinado a reger homens, isto é, seres que movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da eqüidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil<sup>273</sup>”.

Portanto, a interpretação jurídica das normas, sejam elas de direito ordinário, sejam elas constitucionais, não impede a evolução do direito e da sociedade. Ao contrário, ela faz evoluir o direito e a sociedade<sup>274</sup>.

<sup>272</sup> Konrad Hesse, a respeito desse assunto deixou assente que: “Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda, não é unívoco deve ser determinado sob inclusão de ‘realidade’ a ser ordenada. Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro da interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma<sup>272</sup>”.

<sup>273</sup> Excerto do voto do ministro Sálvio de Figueiredo, RSTJ 129/364, *in* Theotônio Negrão. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**, 32ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, Nota 1 ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, p. 28. No mesmo sentido: STJ – 3ª Turma. Resp 194.866-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 20.04.99, v.u., DJU 14.6.00, p. 188, *in* Theotônio Negrão. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. Nota 1 ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, p. 28.

<sup>274</sup> Vicente Ráo escreve que: “Assim entendido, o direito, essencialmente decorrente da natureza humana, é uma força social em sua origem, em sua essência e em sua finalidade”. Vicente Ráo. **O**

Seria isso política? Embora haja, como já asseverado, um cunho “político” em tais decisões, é possível afirmar que se trata de hermenêutica inovadora, se entendida a função do Tribunal Constitucional como jurisdicional.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, Oscar Vilhena Vieira, ao tecer considerações sobre a ampliação dos agentes legitimados a acessar diretamente aquela Corte Judicial e à “constitucionalização” da vida política brasileira, afirma que:

“Afirmar isso significa admitir que o Supremo Tribunal Federal é hoje, mais do que nunca, um órgão inelutavelmente político, pois suas decisões têm profundo e determinante impacto sobre a conduta dos demais Poderes e da população em geral. E quem exerce autoridade sobre os demais, exerce função política. Porém, como o Tribunal não deve decidir a partir de sua própria vontade, mas sim a partir de uma vontade que lhe é pré-ordenada pela Constituição, sua autoridade deriva exclusivamente de sua fidelidade à Constituição. Daí não se poder confundir o papel político do Tribunal com uma atuação política das demais instâncias de Poder<sup>275</sup>”.

Duas considerações sobre o texto acima citado são de extrema relevância.

O jurista destaca, de um lado, que o Supremo Tribunal Federal é *um órgão inelutavelmente político*, uma vez que suas decisões impactam os demais Poderes e a população em geral.

Mas, entretentes, é também possível a constatação de que as decisões judiciais amiúde consideradas podem vir a impactar os demais Poderes (a jurisprudência muitas vezes é fonte de alterações legislativas) e a população em geral (as decisões nas lides subjetivas, além de criarem “lei entre as partes” estimulam os demais cidadãos a também buscar pela consecução de seus direitos na via judicial).

---

**Direito e a Vida dos Direitos.** Vol. 1., 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 31.

<sup>275</sup> Oscar Vilhena Vieira. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política.** p. 228.

Sob essa ótica, a decisão judicial, ainda que jurídica, também tem um cunho ou uma conseqüência política, afinal, jurisdição nada mais é, como já visto, do que o *poder* de dizer o direito<sup>276</sup>.

Nessa análise, qualquer decisão judicial seria política<sup>277</sup>. Como assevera André Ramos Tavares:

“A construção do Direito pelo Judiciário é legítima. Sob esse prisma poder-se-ia considerar político o Tribunal Constitucional e suas decisões. Mas, segundo esse critério, todo o Judiciário seria político”<sup>278</sup>.

Assim, não só a decisão do Tribunal Constitucional, mas qualquer decisão jurisdicional teria um cunho, uma inserção ou uma “coloração” política. É lógico, como quis deixar claro Oscar Vilhena Vieira, que, a penetração das decisões do Supremo é muito mais imediata e sensível, razão por que essa “coloração” se faz muito mais profunda e perceptível no meio social.

Assim, no sentido de considerar-se a decisão do Tribunal Constitucional e via de conseqüência o próprio tribunal, como jurisdicional, advoga a tese de que, embora possam ter um indicativo político, esse “indicativo” seria meramente interpretativo. Corroboraria, auxiliaria nas razões que fundamentariam a decisão, como em qualquer sentença.

Não se nega, contudo, que os efeitos políticos na decisão proferida em controle concentrado são muito mais perceptíveis, pois se trata de decisão de caráter *erga omnes*.

Dessa forma, ainda que um juiz, ao decidir uma lide subjetiva utilizasse razões de cunho político para auxiliar a sua decisão jurídica, essa decisão não causaria o efeito político de uma decisão *erga omnes*, pois que estaria restrita às

<sup>276</sup> Pontes de Miranda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed., tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 77.

<sup>277</sup> André Ramos Tavares escreve que: “Se entende por política a criação do Direito, também aí se verifica que não apenas a legislação cumpre esse papel, mas igualmente a jurisdição, ao menos porque cria a norma para o caso concreto”. André Ramos Tavares. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**, p.

55.

<sup>278</sup> André Ramos Tavares. *Op. Cit.*, p. 68.

partes do processo.

Mas, essa “coloração” política não distinguiria a decisão por sua natureza, pois o método que alcança a decisão é jurídico constitucional<sup>279</sup>.

“A legitimidade de exercício diz respeito a todo procedimento adotado no Tribunal Constitucional para julgamento. Refere-se, portanto, ao método. Desde logo, constata-se que esse rito não se distingue, em suas linhas gerais, do procedimento vigente nos demais tribunais”.

O que é esse método jurisdicional, comum a todos os Tribunais e órgãos judiciais? É a somatória de um conjunto de elementos tal como a decisão juridicamente fundamentada e racionalizada, ponto esse evidentemente distintivo, com relação à decisão política<sup>280</sup>.”

E continua, irônica, mas contundentemente, André Ramos Tavares:

“Decidir matéria que apresente contornos políticos não transforma a atividade jurisdicional em política, da mesma forma que falar sobre um psicopata não transforma ninguém em doente mental”.

Não se quer dizer que se trate de decisões formalmente jurídicas e materialmente políticas. A decisão constitucional é de cunho jurídico em todos os sentidos<sup>281</sup>.”

Outra afirmação de Vilhena que é fundamental para o entendimento da questão: o Tribunal Constitucional não parte de sua própria vontade, *mas sim a partir de uma vontade que lhe é pré-ordenada pela Constituição*<sup>282</sup>.

Ou seja: o Tribunal está adstrito ao mandamento constitucional para efetivar o correto julgamento da norma. Poder-se-ia afirmar: mas também não estão os demais Poderes?

<sup>279</sup> André Ramos Tavares. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**, p. 67.

<sup>280</sup> *Idem* p. 43.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>282</sup> Oscar Vilhena Vieira. **Supremo Tribunal Federal – Jurisdição Política**, p. 228.

Em critérios e níveis diferentes. O juiz está adstrito ao direito positivo, enquanto que o legislador tem a possibilidade de inovar o próprio direito positivo<sup>283</sup>. Conclui-se, nesse diapasão que, enquanto o juiz deve observar e fundamentar suas decisões nas leis, o legislador é livre para criar tais leis, sem observância de critérios legais<sup>284</sup>.

Sob outra ótica, podemos afirmar que o Poder Legislativo não está “obrigado”, necessariamente, a seguir a Constituição Federal para editar uma norma.

Realmente, o Legislativo, muitas vezes está mais próximo da vontade de seus representados do que da própria Constituição, e, assim, a discricionariedade legislativa fica tamanha, que o legislador pode, até, *optar* (ainda que inconscientemente) por descumprir mandamento constitucional e editar norma de constitucionalidade duvidosa, pois sua preocupação está mais próxima à uma vontade do grupo que representa, do que da própria Constituição.

Prova maior disso é a existência do controle constitucional de constitucionalidade judicial sucessivo. Se a norma, para ser criada e aprovada,

<sup>283</sup> André Ramos Tavares. *Op. Cit.* p. 50.

<sup>284</sup> Oscar Vilhena Vieira diferencia as atuações dos Poderes Constituídos com tal objetividade que, para o melhor entendimento do tema em análise, faz-se necessário citar: “Basicamente, o que deveria caracterizar o processo judicial são os seguintes critérios: 1) tomar decisões com base em decisões que anteriores lhe foram pré-ordenadas pelos Poderes representativos, portanto, seguir a normatividade (que é composta por regras e princípios) e não outros critérios extraconstitucionais ou legais, como a comumente invocada comoção popular ou a pretensa eficiência econômica, pois não tem legitimidade democrática para fazer esse tipo de escolha; 2) plena obediência ao princípio do devido processo legal, que permita um procedimento justo *fair*, onde as partes possam, com igual peso e espaço, apresentar seus argumentos; 3) o imperativo da imparcialidade do juiz, que decorre do princípio da igualdade, do igual respeito e consideração com que todos devem ser tratados; 4) a decisão deve ser a decorrência mais correta, mais bem justificada, desse procedimento que busca a realização da justiça”.

“O Legislativo e o Executivo, por sua vez, estão submetidos a uma outra ordem de critérios: 1) embora também submetidos à Constituição, a atuação desses Poderes encontra-se imersa num âmbito de maior discricionariedade. Ao Legislativo é dado, inclusive, o poder de alterar as regras do jogo; portanto, a latitude de sua ação é, necessariamente, mais ampla. Isto é natural, na medida em que sua função é fazer escolhas, a respeito dos melhores meios, os mais eficientes, para ordenar a sociedade, exercendo a função de representar a vontade dos eleitores. Para tomar decisões em face de novas circunstâncias é que são escolhidos. Se os legisladores e os executivos tivessem uma atividade absolutamente vinculada, a democracia perderia completamente o seu sentido. O que lhes é vedado fazer é tomar decisões expressamente contrárias à meta-norma da democracia que é a Constituição; 2) a regra da maioria, a luta entre grupos para alcançar a maioria em que inclui barganhas e compromissos e não igualdade entre as partes, é o que define a decisão a ser tomada; 3) o Executivo (não a Administração) e o Legislativo não são, portanto, imparciais, mas representam facções, ideologias, classes ou partidos vitoriosos no pleito democrático; 4) logo, suas decisões vincularão a coletividade como uma decorrência de um processo político, vencido por quem mais poder alcançou. Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. p. 231.



necessitasse ser constitucional, a inconstitucionalidade a fulminaria antes de sua entrada em vigor.

Isso porque o critério legislativo está assentado em outros requisitos e circunstâncias, políticos e não jurídicos. O fato de um Poder editar uma medida inconstitucional não significa, em conseqüência, a falência ou a irresponsabilidade desse mesmo Poder. Significa simplesmente que os critérios de avaliação são outros.

Entram no cenário político, barganhas, apoios e parcialidade. As regras são instituídas para defender um determinado ponto de vista. É por isso que o sistema de “freios e contrapesos” necessita existir.

Não fosse assim, toda a discussão presente seria inútil.

Dessa forma, contrapõe-se aos argumentos de que o julgamento do *conteúdo* da norma é político e não jurisdicional, a impossibilidade de que a decisão exarada pelo Tribunal Constitucional tenha por base critérios de *oportunidade* e *conveniência*. Não se discutirá se a lei ou ato normativo é “justo” ou “injusto” se o *mérito* legislativo é viável ou não<sup>285</sup>.

Na esteira dessa tese, os critérios da decisão deverão ser, sempre, *jurídicos* baseados em investigação de hermenêutica jurídica. Ou no caso em questão, jurídicos constitucionais.

Konrad Hesse explica que ao Tribunal Constitucional é vedada a disputa da primazia da presunção de constitucionalidade com o legislador<sup>286</sup>. Sua função está adstrita ao direito constitucional positivo, enquanto ao legislador cabe inovar, complementar e, em alguns casos, modificar a própria Constituição.

Outra conclusão possível a se considerar o Tribunal Constitucional e via de conseqüência seus julgamentos, como jurídicos e não políticos se subtrai do

---

<sup>285</sup> Controle de mérito, dizia Hely Lopes Meirelles, “é todo aquele que visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado. Daí porque esse controle compete normalmente à Administração e, em casos excepcionais e expressos na Constituição ao Legislativo (CF, art. 49, IX e X), **mas nunca ao Judiciário**. A *eficiência* é comprovada em face do desenvolvimento da atividade programada pela Administração e da produtividade de seus servidores; o *resultado* é aferido diante do produto final do programa de trabalho, levando-se em conta o trinômio custo-tempo-benefício; a *conveniência ou oportunidade* é valorada internamente pela Administração – e unicamente por ela – para a prática **abstenção, modificação ou revogação do ato de sua competência**. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 574, grifos em *italico* – do original; grifos em **negrito** – nossos.

asseverado por Oscar Vilhena Vieira<sup>287</sup>. Se há uma vontade *pré-ordenada* pela Constituição Federal, se a autoridade do julgador *deriva exclusivamente de sua fidelidade à Constituição*, pode ser considerada uma aproximação do método concentrado de constitucionalidade do controle difuso.

Isso porque, na *judicial review*, como vimos, o juiz não afasta a norma, mas *declara* uma inconstitucionalidade pré-existente.

Assim, se o Tribunal Constitucional está adstrito a uma *pré-determinação*, consagrada na vontade constitucional, ele também *reconhece* (não necessariamente declara) essa pré-existente inconstitucionalidade e afasta a lei do mundo jurídico.

Se o reconhecimento está ligado a um comando normativo (aposto na Constituição Federal), a decisão seria jurídica e não política.

Nesse sentido, quer seja pela diferenciação, pela especialização da jurisdição constitucional (traço aliás, de todas as formas de jurisdição) no sentido de tratar de matéria de *cunho político*, quer seja pelos efeitos *erga omnes* e, eventualmente *ex nunc*, não se justificariam os argumentos de que as decisões dos Tribunais Constitucionais sejam de natureza política.

Dessa forma há argumentação interessante e inteligente a defender os dois pontos de vista apregoados.

Colocaremos agora a nossa opinião.

Muito embora se assevere que o controle de constitucionalidade material é político, independente do órgão que o exerça, Paulo Bonavides alerta que:

“Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quanto suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja conseqüência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes, com aquele juiz julgando *de legibus* e não *secundum legem*, como

<sup>286</sup> Konrad Kesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p.73.

<sup>287</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Op. Cit.*, p. 228.

acontece no controle meramente formal<sup>288</sup>.

Ou seja, o controle de constitucionalidade, exercido por órgão judicial que permita uma verificação política do confronto norma *versus* Constituição poderia ensejar uma grave anomalia no funcionamento do princípio da separação de Poderes, que daria a um único órgão, cujos membros são escolhidos como no caso brasileiro, sem participação popular, a possibilidade de se transformar em única e última instância um Poder sobre os demais Poderes.

Alertamos, ainda, neste capítulo, que o estudo da natureza dos Tribunais Constitucionais depende de vários fatores que se verificam em consonância com os ordenamentos jurídicos de cada Estado. Nossa conclusão sobre o tema se cinge ao direito brasileiro.

No nosso entendimento, não há possibilidade formal do Supremo Tribunal Federal ser considerado um *órgão político* (o artigo 2º da Magna Carta fala em Poderes *harmônicos entre si*).

Há, considerando-se o Supremo Tribunal Federal como um "Tribunal Político", o risco de transformação do tribunal em uma anomalia "suprapoderosa", o que também o transformaria em um órgão inconstitucional, pois as suas decisões estariam fulminadas pela ausência de legitimidade. O problema é que, sendo esse mesmo órgão o responsável pela decisão final do que é ou não constitucional jamais deporá contra si, entendemos que, realmente, não é legítimo para consagrar decisões políticas e pior que não é *constitucionalmente* legítimo para consagrar decisões políticas.

E, em face da total autonomia e independência consagrada no artigo 92, inciso I da Constituição Federal, os demais Poderes estariam tolhidos em assegurar a inconstitucionalidade da tomada de decisões políticas pelo Supremo Tribunal Federal, posto que tais tentativas estariam vinculadas a uma posterior verificação pelo próprio órgão prejudicado.

Dessa forma, além das considerações já expostas, acreditamos que a Corte Constitucional (no caso brasileiro) é, sobretudo, de natureza jurisdicional e jurisdicional são suas decisões.

---

<sup>288</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. p. 270.

E assim entendemos, não só por concordarmos com as posições nesse sentido algures descritas, senão, outrossim, por demais considerações que passaremos a explicitar.

Como visto, no direito brasileiro, e em qualquer grau de jurisdição é possível inovar a interpretação, adequando a norma aos anseios sociais. A jurisprudência acima colacionada do Superior Tribunal de Justiça é inexorável no sentido de possibilitar referente conclusão. Aliás, buscaram-se decisões de tribunais que não o Supremo Tribunal Federal, justamente para comprovar que assiste competência para adaptar o direito à vida (ou decidir-se jurisdicionalmente com uma matiz política) por qualquer juiz brasileiro.

Isso porque essa inovação interpretativa não é mera competência do magistrado. Muito pelo contrário, é função judicial precípua, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil. Vejamos: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*<sup>289</sup>”.

Ora, se o juiz deve atender aos *fins sociais* e às *exigências do bem comum*, o que impede que uma interpretação jurídica possa manter viva a chama dos direitos concedidos pela Constituição? Pela nossa ótica, a natureza jurídica das decisões do Tribunal Constitucional, longe de transformar os direitos colocados na Lei Fundamental em algo intangível, trazem esses direitos à vida, sem a necessidade de invasão na seara de poder constitucional alheio, o que seria uma ingerência gravosa e, ao invés de conceder direitos, criaria uma nova forma de arbitrariedade.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade tem sua “pedra de cerne” justamente no fato de fazer da Constituição uma “Carta viva de direitos”, ou seja, o controle de constitucionalidade tem como função precípua manter a Constituição independente de conceituações, ou se preferível, manter sua natureza jurídica *sui generis*, dotando-a cada vez mais de força normativa<sup>290</sup>.

<sup>289</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 5º. Será mera (e feliz) coincidência que a Constituição Federal brasileira trate dos “Direitos e Garantias Fundamentais” também no artigo 5º?

<sup>290</sup> Konrad Hesse, ao enfrentar uma visão de conjunto da Proteção da Constituição, escreve que: “A existência da Constituição é, em primeiro lugar, uma questão se sua *força normativa*. Quanto mais a ordem constitucional corresponde às realidades da situação histórica, quanto maior é a disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição como obrigatórios e quanto mais firme é a determinação de atualizar esses conteúdos, também contra resistências, mais e mais seguro aquelas ameaças (de eliminação ou ameaças em geral) poderão ser evitadas ou rechaçadas”. Konrad Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 504

Ou seja: o controle de constitucionalidade pode e deve manter a Constituição jurídica e política e sociológica.

Mas, para fazer com que esses objetivos sejam alcançados e para que se impeça que a Constituição se transforme em mero “conceito fechado” que talvez satisfaça a ciência, mas não aos anseios populares, o controle de constitucionalidade deve possuir uma natureza jurídica.

Contudo, por que, poder-se-ia perguntar, para manter a Constituição “aberta” o controle de constitucionalidade deva ser “fechado” em um conceito jurídico e não político?

Porque esse comando encontra-se na própria Constituição. A Lei Maior não admite outro tipo de controle concentrado sucessivo que não o jurídico.

Recordemos que a República Federativa do Brasil é constituída por três Poderes independentes e harmônicos entre si (artigo 2º da Constituição Federal) e que o Supremo Tribunal Federal é órgão componente do Poder Judiciário (artigo 102 da Constituição Federal). Ou seja, ao contrário da Corte italiana, o Supremo não foi eleito para a “guarda da Constituição” apenas na qualidade de Corte Constitucional, senão, outrossim, como guarda da Constituição em instância máxima do Judiciário brasileiro<sup>291</sup>.

Se compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal (artigo 102) e se há ações originárias de controle concentrado de constitucionalidade (alínea *a* do citado artigo), e sendo sua competência afeta apenas à questões constitucionais, pode-se concluir que se trata de um Tribunal Constitucional.

Há um detalhe, contudo. Ao mesmo tempo que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição originariamente, compete também ao Pretório Excelso, a guarda da Constituição no controle difuso de constitucionalidade (inciso III, alíneas *a*, *b* e *c* do artigo 103), ao apreciar o recurso extraordinário.

“O hibridismo de nossa jurisdição constitucional lhe dá um alto grau

---

<sup>291</sup> Há quem diga que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal Constitucional. Confira-se, a esse respeito, Alexandre de Moraes. **Tribunais e Jurisdição Constitucional**. P. 213 e ss; p. 287, embora o autor também afirme que, além das típicas competências de um Tribunal Constitucional “deles se distanciou, para constituir-se, também, na última instância da jurisdição ordinária brasileira”, p. 286.

de complexidade, sofisticação e originalidade, na medida em que autoriza a todo e qualquer magistrado exercer, num caso concreto, o juízo de censura àqueles que violaram a Constituição, ao mesmo tempo que permite a um largo leque de autoridades, partidos políticos e entidades da sociedade civil buscar, junto a um órgão especial, o controle abstrato de constitucionalidade das leis”.

Há, porém, problemas decorrentes dessa conjugação, pois não contando com o sistema jurídico brasileiro com o princípio da *stare decisis*, existente no mundo da *common law*, fica muito vulnerabilizada a autoridade dos tribunais superiores, especialmente a do Supremo Tribunal Federal. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, numa ação direta de inconstitucionalidade, ou num recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal não conta com a fidelidade dos demais órgãos judiciários, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos<sup>292</sup>.

Eis o problema. Se o Supremo Tribunal Federal exerce função política no controle abstrato de normas, como se explicar a sua função jurisdicional no controle incidental de constitucionalidade?

Sim, porque é fato que o tribunal poderá se deparar com o julgamento de uma ação direta e, simultaneamente, com um recurso extraordinário cujo tema seja o mesmo.

Poderia o Supremo Tribunal Federal dar uma solução política para a ação de controle concentrado e uma solução jurisdicional para a ação de controle incidental?

Entendemos que não. Ou o Tribunal Constitucional é político e política são todas as suas decisões ou o tribunal é judicial e jurisdicional são suas decisões.

No caso do Supremo Tribunal Federal, há tanto a competência recursal como originária (para o controle de constitucionalidade). Não nos parece possível que ambas destoem entre si.

Em síntese: a Constituição, ao fazer competir a esse mesmo tribunal o

---

No mesmo sentido Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. p. 218.

controle concentrado e originário de normas, adicionado à qualidade de instância máxima do Poder Judiciário, está dizendo que esse órgão é judicial e judiciais são suas decisões, por decorrência lógica<sup>293</sup>.

Se somarmos a isso o artigo 2º da Constituição Federal, entendemos que só haverá harmonia e independência entre os poderes, se jurisdicionais forem as decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seja em sede de controle difuso.

Concorde-se ou não que o artigo 102 realmente “crie” um Tribunal Constitucional, esse tribunal é jurisdicional apenas. Nesse sentido, a opinião de Marcelo Figueiredo:

“A Suprema Corte brasileira não foi moldada como Corte Constitucional, exatamente nesse sentido de ser um Tribunal ‘político’. Notem que não estou afirmando que suas decisões, por vezes, não possam ter um cunho ou caráter ‘político’. Apenas desejo demonstrar que a estruturação, o recrutamento, o caráter, a finalidade de um Tribunal Constitucional é diverso de uma Suprema Corte como a brasileira<sup>294</sup>”.

Um Tribunal Constitucional político, no Brasil, ensejará a falta de unidade política ao Estado, unidade política que a Constituição previu ao determinar que os Poderes sejam independentes, porém harmônicos entre si.

“Se unidade política e, com ela, o Estado se tornam existentes primeiro na atuação humana, então a dação dessa atuação inclui a necessidade de organizar a colaboração que deve conduzir à formação da unidade política e na qual deverão ser cumpridas tarefas estatais. Somente por colaboração conforme o plano,

<sup>292</sup> Oscar Vilhena Vieira. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**. p. 218.

<sup>293</sup> Confira-se, a respeito, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 556.

<sup>294</sup> Marcelo Figueiredo. **Ação Declaratória de Constitucionalidade. Uma Novidade Infeliz e Inconstitucional**. p. 87. Em sentido parecido, negando totalmente a possibilidade de o Supremo

consciente, isto é, porém, organizada, pode nascer unidade política. Como esse nascimento é um processo permanente, ele necessita de um processo ordenado se, de outra forma, ele não deve ficar a cargo da casualidade, das lutas pelo poder sem regras; não menos carece o Estado, para tornar-se capaz de atuar em seus poderes, da constituição desses poderes por meio da organização e, para poder cumprir suas tarefas, das regulações de procedimento: colaboração organizada, procedimentalmente ordenada, torna *ordem jurídica* necessária, e, precisamente, não uma discricional, senão uma ordem determinada, que garante o resultado da colaboração formadora de unidade e o cumprimento das tarefas estatais e que exclui um abuso das faculdades do poder confiados ou respeitados por causa daquele cumprimento de tarefas – em que tal garantia e asseguramento é, não só uma questão da normatização, mas, sobretudo, também da atualização da ordem jurídica<sup>295</sup>.

Ou seja, a Constituição é fruto de atividade humana para manter a atividade humana e consagra a colaboração das atividades estatais para a consecução da “unidade política”. Nos limites dessa colaboração, a Constituição atribui ao Tribunal Constitucional a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade com base em premissas jurídicas, pois, o Tribunal, como dito por Konrad Hesse *não é superior à Constituição a qual deve sua existência*.

Pois bem. Se o Tribunal Constitucional não é superior à Constituição, muito pelo contrário, apenas existe porque ela o criou, ele deve atuar dentro dos limites de sua criação e esses limites são jurídicos, no nosso entendimento, para o direito brasileiro. Elucidando essa questão, mais uma vez, Konrad Hesse:

“O legislador democrático tem a presunção de constitucionalidade de sua vontade e atuação para si; a ele está encarregada a configuração jurídica das condições da vida em primeiro lugar. Ao

---

Tribunal Federal ser uma Corte Constitucional, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 556.



Tribunal Constitucional é proibido disputar essa primazia ao legislador e, com isso, causar uma remoção de funções, atribuídas jurídico-constitucionalmente. No entanto, a primazia do legislador democrático é obtida com um preço de uma nova interpretação do conteúdo da lei pelo Tribunal Constitucional; ela pode ficar sem valor se o preço ficar muito alto, se o conteúdo, que o tribunal, em interpretação conforme a constituição, dá à lei, não mais que contém um *minus*, senão um *aliud* diante do conteúdo da lei primitivo<sup>296</sup>.

Conclui-se, portanto: o Tribunal Constitucional não pode disputar a primazia *política* com o legislador, por impedimento constitucional. É por tal razão que a preservação da Constituição por aqueles tribunais passa, indubitavelmente, por uma ótica jurídica.

Não esgotamos nossa argumentação, ainda, nesse sentido.

Logo acima, ao tratarmos das atenuações dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, tivemos a oportunidade de citar Mauro Cappelletti<sup>297</sup>, o qual, em análise das decisões da Suprema Corte estadunidense, verificou que aquele Tribunal considera a Constituição um *living document*, ou seja, um documento vivo, que necessita de atualização e interpretação coadunadas com a realidade social.

E isso, justamente, no sistema dos Estados Unidos, no mais puro e pragmático *judicial review*. Portanto, acreditamos que o fato de as decisões do Tribunal Constitucional serem de natureza jurídica, não é fator impeditivo de aproximação da norma escrita da realidade social, mesmo porque, como se viu, toda a decisão jurisdicional, ainda mais a proferida em controle concentrado de constitucionalidade, tem um “filtro” de interpretação que passa pelo viés político.

Passemos, agora, ao problema da composição das Cortes Constitucionais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, como forma de argumentação de que se trata de um tribunal de função precipuamente jurídica<sup>298</sup>.

Como visto, se de um lado a composição das Cortes Constitucionais não

<sup>295</sup> Konrad Kesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p.35.

<sup>296</sup> *Idem*. p.73.

<sup>297</sup> Mauro Cappelletti. **O Controle Judicial de Constitucionalidade no Direito Comparado**. p. 122.

<sup>298</sup> Nesse sentido: José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 556.

auxilia no sentido de encontrar a natureza jurídica deste órgão (veja-se como exemplo o citado exemplo italiano), de outro lado é possível afirmar justamente o contrário: a forma de composição de tais tribunais demonstra que natureza suas decisões devam obedecer.

Em outras palavras, a dicotomia é apenas aparente, pois se de um lado, há forte componente político na escolha dos membros do Tribunal Constitucional, a falta de eleições diretas para tais órgãos os autorizam a fazer um julgamento jurisdicional das questões postas sob sua análise, mas jamais político, salvo hipótese de normatização expressa na própria Constituição.

Isso porque, o julgamento político é restrito aos representantes populares diretos. Os membros do Tribunal Constitucional, principalmente do Supremo Tribunal Federal, não se integram nessa categoria; ao contrário, como todos os juizes brasileiros, nenhum é eleito pelo voto direto; a inspiração para a escolha dos ministros é de influência marcadamente da Suprema Corte estadunidense, país cujo controle de constitucionalidade é apenas incidental<sup>299</sup>.

Se isso significa alguma coisa, quer dizer que a forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao ter inspiração em sistema de controle difuso de constitucionalidade, indica a natureza jurídica do tribunal.

André Ramos Tavares aborda o tema da seguinte forma:

“Antes, porém, de avançar no tema, cumpre que seja feita mais uma advertência. É que a aferição da legitimidade de um Tribunal Constitucional pode ser desmembrada em duas distintas ordens de considerações. De uma parte, liga-se tal aferição ao pressuposto de que se acaso o Tribunal estiver exercendo alguma sorte de atividade política, seria ele ilegítimo, porque se considera insuportável que, por meio da jurisdição, possa haver atuação política. Assim, num primeiro momento, cumpre desvendar se o Tribunal exerce função

---

<sup>299</sup> A composição do Supremo Tribunal Federal, informa Alexandre de Moraes sofreu poucas modificações, desde a Constituição de 1891, até a data atual: “caracterizando-se, basicamente, pela escolha e nomeação de seus ministros pelo Presidente da República, desde que presente a concordância do Senado Federal, nos mesmos moldes que a Suprema Corte Norte Americana. Alexandre de Moraes. **Tribunais e Jurisdição Constitucional**, p. 289.

jurídica ou política. De outra parte, a questão da legitimidade do Tribunal liga-se ao conceito da democracia eletiva. Sob esta ótica, como todo o poder emana do povo, qualquer órgão que pretenda exercer parcela do poder (ou da soberania popular) tem que recebê-la direta ou indiretamente do povo, por meio de eleições periódicas em que vigore o princípio majoritário<sup>300</sup>.

Uma vez que concordamos que o exercício de parcela do poder é elemento intrínseco daquilo que é conferido pela soberania popular na Constituição, apenas poderíamos concordar que pudesse exercer atividade política típica, os órgãos a que esse exercício fosse deferido pelo próprio povo, principal interessado e razão do Estado de Direito.

De um lado, e assumida a nossa miopia, não conseguimos vislumbrar aonde a Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal, “poderes políticos” ao exercer controle de constitucionalidade.

Se não há essa concessão indireta, via Constituição Federal, também não há direta, por intermédio de voto popular.

Dessa forma, entendemos que estará vedado a qualquer juiz, exercer controle político de constitucionalidade. Sua legitimidade está adstrita a critérios única e exclusivamente jurídicos.

Com relação ao tema, André Ramos Tavares coloca que a designação dos membros do Tribunal Constitucional é “*Solução política que não “contamina” a função jurídica*”<sup>301</sup> e fundamenta seu raciocínio indicando que a independência e a vitaliciedade dos membros do Tribunal Constitucional são fortes indicadores de que suas decisões sejam jurídicas e não políticas<sup>302</sup>, complementando que tais características impedem a mudança de interpretações das normas tidas por inconstitucionais, ao revés dos interesses políticos e que, assim, não *necessitam agradar eleitores com posicionamentos de ocasião*<sup>303</sup>.

Alexandre de Moraes informa, como antes já mencionado, que “O STF

<sup>300</sup> André Ramos Tavares. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. p. 34.

<sup>301</sup> *Idem*. p. 34.

<sup>302</sup> *Ibidem*. p. 34 e ss.

<sup>303</sup> *Idem, Ibidem.* p. 38.

*compõe-se de 11 membros, divididos em duas turmas que se encontram no mesmo plano hierárquico, com cinco membros cada uma, uma vez que seu presidente apenas participa das sessões plenárias*<sup>304</sup>.

Os ministros são escolhidos e indicados pelo Presidente da República. Os nomes indicados necessitam de aprovação por maioria do Senado Federal (Constituição Federal, artigo 101 e parágrafo único).

Todavia, embora a indicação e aprovação do nome possa estar carregada de elementos políticos, ou de favorecimento de ocasião, o magistrado, ao assumir o cargo, como visto, não presta contas para aquele que o nomeia, mas sim à Constituição, o que teoricamente o desvincularia de um compromisso, ao menos formal, com elementos de interesse político.

Melhor explicando (e, aí ingressamos, assumidamente, no campo das especulações): é possível que a autoridade competente para a nomeação do ministro, procure indicar nomes de pessoas que, ao assumir o cargo, tenham um compromisso político com o governo de ocasião, em função do manifesto poder que o tribunal tem, como detentor da palavra final sobre o que é ou não constitucional.

Se o julgamento é político e se o nomeado realmente tenha essa identidade, é possível que exerça, por meio desses mesmos julgamentos seu ideal político.

Isso seria antiético, imoral até, diriam. Pode até ser. Mas, como vimos, as forças políticas não são imparciais. Ao contrário, como disse Oscar Vilhena Vieira em trecho já comentado, mas que se faz necessária a repetição: *“O Executivo (não a Administração) e o Legislativo não são, portanto, imparciais, mas representam facções, ideologias, classes ou partidos vitoriosos no pleito democrático (...)”*<sup>305</sup>.

Considerando a atuação do controle de constitucionalidade abstrato como modalidade política, essa “parcialidade” ser-lhe-ia característica intrínseca. Esse risco não ocorreria na conclusão de jurisdicionalidade dessa modalidade de controle, em que uma das principais características é a imparcialidade<sup>306</sup>.

Aliás, a imparcialidade do juiz é de tamanha clareza que Hamilton Rangel Jr.,

<sup>304</sup> Alexandre de Moraes. **Tribunais e Jurisdição Constitucional**. p. 214.

<sup>305</sup> Oscar Vilhena Vieira. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**. p. 230.

<sup>306</sup> Cf., a propósito, da imparcialidade do juiz: Athos Gusmão Carneiro. **Jurisdição e Competência**, p. 11.; Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. p. 132; Ovidio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*, p. 40.

ao enfrentar o tema do “Princípio da Moralidade Institucional”, assevera que:

“Assim como a moralidade institucional se revelou na probidade para a Administração Pública, e no decoro, para o Parlamento, ela se traduzirá, para a função jurisdicional no instituto da *imparcialidade do magistrado*. Trata-se de figura jurídico-constitucional que patrocina a livre convicção do juiz, como um produto da não arbitrariedade de autonomias individuais ou privadas sobre a subsidiariedade estatal de composição justa dos conflitos<sup>307</sup>”.

E conclui aquele jurista:

“O *Instituto da Imparcialidade dos Magistrados*: mais um instituto constitucional que procura tornar ilícita toda a conduta do agente público que acabe por escapar aos interesses da instituição a que serve, para vazão a interesses pessoais ou privados. Distinguindo entre *imparcialidade material e imparcialidade formal*, visa-se, com esse instituto, a evitar que o juiz venha a tratar com subjetividade ilegítima tema sobre o qual espera-se sua objetividade técnica; visa-se a impedir a arbitrariedade do subjetivo, individual, ou do objetivo privado, sobre o objetivo estatal<sup>308</sup>”.

Tais palavras merecem uma análise pormenorizada: a “imparcialidade” do juiz impede a arbitrariedade do subjetivo. Se a política se dá por razões subjetivas, em um limite amplo de discricionariedade, razão da própria democracia<sup>309</sup>, o ato jurisdicional deve observar razões objetivas (o tal pré-ordenamento constitucional), para evitar o arbítrio.

A questão da imparcialidade do Supremo Tribunal Federal, gerou uma enorme polêmica que ganhou contornos mais graves durante a gestão do

<sup>307</sup> Hamilton Rangel Júnior. *Princípio da Moralidade Institucional – Conceito, Aplicabilidade e Controle na Constituição de 1988*, p. 123.

<sup>308</sup> *Idem*, p. 123.

<sup>309</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 229.

Presidente Fernando Henrique Cardoso, que em seus oito anos de mandato, nomeou três ministros para o Supremo Tribunal Federal<sup>310</sup>.

Se a Corte conta com onze ministros, em turmas compostas por 5 ministros, é possível verificar a influência que um governo pode exercer, se consegue, teoricamente, a aprovação de pessoas comprometidas com determinada tendência política e essa tendência *possa ser exercida, mediante um julgamento também político* e não jurisdicionalmente politizado.

De tais nomeações, um caso que chamou bastante atenção, causando uma verdadeira batalha, foi a do professor Gilmar Ferreira Mendes.

Na ocasião, várias matérias jornalísticas abordaram o tema. Veja-se, dentre alguns elementos colacionados junto à imprensa o teor contundente dos textos:

“O ex-advogado-geral da União Gilmar Ferreira Mendes, 46, toma posse hoje no Supremo Tribunal Federal, na condição de terceiro ministro indicado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso”.

O mais novo membro do Supremo é conhecido especialmente por participar da elaboração de medidas provisórias polêmicas, defender com veemência teses governistas e protagonizar bate-bocas com membros do Judiciário e do Ministério Público Federal e com advogados”.

“Seus colegas no STF elogiam sua formação acadêmica, dizem que ele dará grande contribuição aos debates no tribunal, mas temem que, como juiz, mantenha a defesa apaixonada de suas convicções”.

“Nos últimos meses, desde que a sua indicação para o Supremo se tornou bastante provável, Mendes evitou se envolver em confrontos. Ao ser sabatinado no Senado, em maio, se emocionou quando foi questionado se integraria a chamada ‘bancada governista no STF’, demonstrando ter se sentido ofendido”.

“Procurador da República licenciado, ele é um antigo colaborador do governo FHC. Foi subchefe de assuntos jurídicos da Casa Civil de

---

<sup>310</sup> A respeito, confira-se matéria intitulada “*Procuradores suspeitam de ‘rede’ para proteger FHC*”, publicada no jornal Folha de São Paulo de 22 de setembro de 2002, p. A8.

1996 a 2000 e advogado-geral da União por mais de dois anos. Antes, defendeu o ex-presidente Fernando Collor durante o processo de impeachment<sup>311</sup>”.

Jânio de Freitas, com toda a contundência que lhe é peculiar, sobre o episódio, teve a oportunidade de deixar consignado que:

“Uma decisão suprema”.

DESDE que apenas possível e insinuada, a indicação de Gilmar Ferreira Mendes, por Fernando Henrique Cardoso, para o Supremo Tribunal Federal provocou reações que, afinal indicado o nome ao exame do Senado, já levaram na semana passada ao adiamento desse exame e, marcado para amanhã, se não é uma incógnita, é ao menos uma expectativa tensa. A indicação feita por Fernando Henrique ergue a discussão sobre a necessidade de novos modos para preenchimento de vagas no STF”.

“Gilmar Mendes foi o assessor jurídico de Fernando Collor na Presidência, sendo desnecessário lembrar o que foi o período. Foi adotado por Fernando Henrique para a mesma função, na qual começaram seus enteveros com o Supremo e com o Congresso, a cada vez que, em um ou no outro, eram rejeitados projetos ou medidas de governo por inconstitucionais ou outra impropriedade jurídica”.

“Passado da assessoria jurídica ao cargo de advogado-geral da União, Gilmar Mendes elevou sua agressividade com o Judiciário em geral e o Supremo em especial, chegando a defini-lo como ‘manicômio judiciário’ – no qual pleiteia ao Senado sua entrada<sup>312</sup>”.

A nomeação foi tão polemizada que ensejou, inclusive, manifestações de

---

<sup>311</sup> Silvana de Freitas. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Brasil, página: A8  
Edição: 20 de junho de 2002. Fonte: arquivos da folha – [www.folhaonline.com.br](http://www.folhaonline.com.br).

<sup>312</sup> Jânio de Freitas. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Brasil, p. A5  
Edição: 14 de maio de 2002. Fonte: arquivos da folha – [www.folhaonline.com.br](http://www.folhaonline.com.br)

protesto por parte de grandes juristas brasileiros, como Dalmo de Abreu Dallari e Fábio Konder Comparato<sup>313</sup>.

<sup>313</sup> Arquivos da Folha – [www.folhaonline.com.br](http://www.folhaonline.com.br). Caderno Brasil, p. A8, edição de 14 de maio de 2002. Eis o inteiro teor da matéria: “A indicação pelo presidente Fernando Henrique Cardoso do advogado-geral da União, Gilmar Mendes, para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal provocou no meio jurídico uma guerra de notas de apoio, moções de repúdio, telefonemas de solidariedade e atos de protesto.

A primeira a se manifestar contrária à indicação de Mendes, que tem sabatina no Senado marcada para amanhã, foi a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por meio de nota.

Também em nota, criticaram a nomeação os advogados Celso Antonio Bandeira de Mello, Dalmo de Abreu Dallari e Fábio Konder Comparato. Ontem à noite, Dallari e Comparato participaram no Largo São Francisco de um ato de protesto com cerca de 200 pessoas organizado por estudantes de direito da Universidade de São Paulo e da PUC-SP.

Em defesa de Mendes manifestaram-se, por meio de nota, o Instituto Brasileiro de Altos Estudos (Ibrae), o reitor da Universidade de Brasília, Lauro Morhy, o presidente da Associação Nacional dos Procuradores Federais, Roberto Eduardo Giffoni, e advogados.

Entraram em contato com o advogado-geral da União para expressar apoio, conforme a assessoria de imprensa da AGU, o ex-ministro do Supremo Célio Borja e o ex-ministro da Justiça Oscar Corrêa, entre outros.

*Proximidade com FHC*

A controvérsia em torno da indicação de Mendes deriva de sua proximidade com o governo de FHC, dos atritos criados entre ele, o Judiciário e o Ministério Público ao longo de sua carreira na AGU e do que seus opositores entendem como conflito de interesse.

No Supremo, como ministro, o advogado-geral da União poderá ter de decidir a respeito de matérias nas quais esteve envolvido enquanto atuou para o governo.

“A indicação de Mendes é inconstitucional, porque a Carta exige reputação ilibada, algo que ele não possui”, diz Dalmo Dallari, professor de Direito da USP.

Segundo ele, Mendes está ‘totalmente incompatibilizado com os advogados e o Judiciário’, por ter, certa vez, caracterizado uma sucessão de sentenças desfavoráveis ao governo como resultado de um ‘manicômio judiciário’.

Quanto à acusação dos simpatizantes de Mendes de que as resistências têm fundo político, Dallari responde na mesma moeda: ‘Política é a indicação. O presidente quer tornar o Supremo submisso a seus interesses’, afirma.

Já a nota da AMB afirma que Mendes é ‘oriundo das instâncias mais próximas das políticas governamentais, com as quais mantém notório envolvimento’.

Também a Associação Juizes para a Democracia, sem criticar explicitamente a indicação, pede que o Senado ‘não se furte ao exame da legalidade da indicação e de suas implicações éticas’, tendo em vista o histórico de Mendes como colaborador do Planalto.

*Sem precedente*

Na trincheira oposta, o professor Celso Bastos, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional diz que a polêmica com relação à indicação de Mendes é ‘sem precedente’. ‘A controvérsia é política. Não há razão para resistência ao doutor Gilmar Mendes, um advogado de atuação reconhecidamente brilhante’, diz Bastos.

Já a Academia Internacional de Direito e Economia, em nota assinada pelo presidente, Arnoldo Wald, e pelo presidente do Conselho, Ives Gandra Martins, considera que ‘o indicado preenche todas as condições para exercer a função de magistrado supremo’.

‘É da tradição do Supremo que os indicados não se submetam a qualquer tipo de pressão, visto que seu único compromisso é com a Justiça e a ordem’, diz.

Também em comunicado por escrito, a Associação Brasileira dos Constitucionalistas defendeu a ‘objetividade’ na apreciação do nome de Mendes pelo Senado.



Indiscutíveis a capacidade técnica e o conhecimento de Gilmar Ferreira Mendes, um dos maiores expoentes atuais sobre o controle de constitucionalidade. A princípio, um notável que teria muito a acrescentar à nossa Corte máxima.

Ocorre que, tal jurista exerceu, durante muitos dos anos da administração Fernando Henrique Cardoso, o cargo de Advogado-Geral da União. Era, em suas funções, um intransigente defensor das causas nas quais o seu "cliente" era parte. Dono de uma postura polêmica (é a ele atribuída a frase "manicômio judiciário"<sup>314</sup>), colecionou inimigos e admiradores.

Nessa esteira, sua indicação ao Supremo Tribunal Federal foi cercada de vários embates doutrinários. Não tanto pela sua competência técnica, que é indiscutível, ou pela sua personalidade singular, ou ainda, por sua idoneidade. Mas pelo fato de que, queira-se ou não, tratava-se do Advogado-Geral da União, ou seja, tratava-se daquele que, durante muitos anos defendeu a União no Supremo Tribunal Federal, envolveu-se em causas diretamente, com ponto de vista parcial.

Advogou as teses que agora terá de julgar. Questionou-se: haveria então independência desse julgador? Haveria imparcialidade nos seus julgamentos, sendo que "ontem" ele guerreava suas teses nesse mesmo Tribunal<sup>315</sup>?

Toda essa polêmica se deu em função da eventual "parcialidade" do novo

*'[A entidade] toma esta posição em face da ameaça de transformar-se a escolha num pleito político (no mais pejorativo dos sentidos)', diz a nota, assinada pelo presidente da entidade, o professor de Direito da USP Manoel Gonçalves Ferreira Filho.*

*Sem tomar posição contrária ou favorável a Mendes, a Ordem dos Advogados do Brasil pede, em nota oficial, a revisão dos critérios para indicação ao Supremo.*

*A entidade quer uma 'quarentena' para ex-ocupantes de cargos públicos poderem ascender ao STF e a indicação a partir de uma lista preparada por 'todos os segmentos da Justiça', posteriormente levada ao presidente. A assessoria de Mendes disse que ele não se pronunciaria sobre o caso.*

*O STF é composto por 11 ministros, obrigados a se aposentar ao completar 70 anos. Cabe ao presidente da República a indicação dos substitutos. Gilmar Mendes é o terceiro a ser indicado por FHC – os outros foram Nelson Jobim e Ellen Gracie Northfleet.*

<sup>314</sup> Jânio de Freitas. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Brasil, p. A5

Edição: 14 de maio de 2002. Fonte: arquivos da folha – [www.folhaonline.com.br](http://www.folhaonline.com.br)

<sup>315</sup> Uma vez que citamos um ministro do Supremo Tribunal Federal nominalmente, para exemplificar uma situação de polêmica quanto à nomeação dos magistrados daquela Corte, necessário se faz a tomada de um posicionamento pessoal com relação aos fatos. Em que pesem as críticas sofridas na ocasião, formulada, como vimos, por juristas de peso, que muito acrescentaram à História deste país, acreditamos não só na capacidade técnica, mas, principalmente, na capacidade de discernimento do professor Gilmar Ferreira Mendes. Apostamos que, na realidade, ele fará, também, História como ministro do Supremo Tribunal Federal. Ninguém que chega no local aonde ele chegou, jogaria fora uma carreira tão brilhante, para sustentar o insustentável, como juiz.

ministro, indagado, inclusive, se “faria parte da bancada *governista* do STF<sup>316</sup>”.

Todavia, como já sustentado, tais embates talvez não fossem necessários se assumido o caráter jurisdicional das decisões do Supremo Tribunal Federal. Porque somente o ato jurisdicional é naturalmente imparcial.

Ou seja, a imparcialidade é característica da jurisdição e não da política.

Observando-se a questão sob outra ótica verificamos que, de um lado, o magistrado goza de vitaliciedade e independência, garantias que, a princípio o manteriam imune às paixões políticas.

Por outro lado, ninguém está imune às suas acepções e às suas crenças, não importa os cargos que tenha preenchido ou não.

De fato, as pessoas nascem em determinadas famílias que têm determinadas posições. Ou seja: elas são educadas dentro de um tipo de costume, conservador ou liberal, religioso ou leigo, politizado ou avesso às questões do poder.

Essas pessoas estudam em determinados colégios, vivem em determinados ambientes culturais, lêem determinados livros, vêem determinados filmes. Toda uma série de fatores que irá moldar a sua *personalidade*. Por mais que se tente ser imune a isso tudo, essas questões sempre fazem com que a ótica do julgador seja influenciada.

Oscar Vilhena Vieira, no contexto do Supremo Tribunal Federal, coloca o problema da seguinte forma:

“Muito embora seja possível identificar uma certa polarização entre ministros mais ou menos conservadores, esse é um fato que decorre da natureza das instituições políticas e nenhum tribunal, em qualquer lugar do mundo, encontra-se livre dessas divisões. Da mesma forma, há juízes mais formalistas e outros mais apegados, à substância, ao conteúdo da justiça, da norma”. “Evidentemente que as interpretações que esses distintos grupos fazem da Constituição serão diferentes. Se somos progressistas acharemos que os juízes conservadores julgaram de forma inadequada, se somos

---

<sup>316</sup> Silvana de Freitas. *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno Brasil, página: A8  
Edição: 20 de junho de 2002. Fonte: arquivos da folha – [www.folhaonline.com.br](http://www.folhaonline.com.br)

conservadores, julgaremos que os progressistas é que estão equivocados. Da mesma maneira, jusnaturalistas e positivistas dificilmente entrarão em acordo. A leitura dos Acórdãos detecta essa realidade. Não há juiz neutro, como não há pesquisador ou analista neutro. O que não significa que o mundo da interpretação constitucional seja absolutamente relativista, a não ser que estejamos dispostos a aceitar que os juízes se afastem da Constituição e adotem outros critérios para a tomada da decisão<sup>317</sup>.

Ou seja, é humanamente impossível ser um juiz neutro, o que não quer dizer que se seja parcial. Mas, em função da alta relevância da tarefa que os Tribunais Constitucionais desenvolvem, não basta um compromisso "moral" com a imparcialidade. Faz-se necessário um critério "objetivo" para que essa imparcialidade não esteja ao sabor das influências políticas.

E esse critério encontra-se justamente nos limites constitucionais à atuação do tribunal, a *pré-ordenação* estatuída na Constituição Federal. Assim, se as decisões estão adstritas a um critério jurídico (de hermenêutica e natureza jurídicas) a imparcialidade está mais garantida do que se os critérios da decisão tiverem por base hermenêutica e natureza políticas, muito mais amplas e inovadoras<sup>318</sup>.

Nesse sentido, conclui-se que, a forma de nomeação, a independência e a vitaliciedade dos ministros, notadamente do Supremo Tribunal Federal, são indicadores fortes da natureza jurídica do referido tribunal.

A uma porque indicados e não eleitos. Decisões políticas proferidas nessa trilha são manifestamente ilegítimas.

A duas porque independentes e vitalícios. Não estão comprometidos com

<sup>317</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. P. 232.

<sup>318</sup> Procura-se, como limites da atuação do Tribunal Constitucional, premissas outras que não a juridicidade de suas decisões, como limites de sua atuação política. Há autores que sustentam a necessidade de observância de uma ética de princípios e não de resultados, como propõe Oscar Vilhena Vieira em *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*: "Não cabe a ele explorar as eventuais conseqüências de bases utilitárias, de uma ou de outra decisão, para assumi-la como correta" (p. 230). Ou ainda, defende-se a tese que o controle político deva se cingir à defesa de direitos individuais "Em suma: as questões políticas, expressas em atos legislativos e de governo, fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com

critérios de ocasião. E porque independentes e vitalícios devem estar, mais do que nunca, presos a premissas objetivas (no caso constitucionais) para seus julgamentos, posto que, a população insatisfeita não terá a oportunidade de removê-los ou não mais elegê-los (como se daria com um membro do Legislativo, por exemplo<sup>319</sup>).

Em resumo, se o julgamento deve se pautar por uma conduta imparcial, estamos diante de um julgamento de ordem jurisdicional.

Nessa esteira concluímos o tema enfrentado no presente capítulo: percebe-se que a posição da Corte Constitucional brasileira deve respaldar-se na sua natureza jurisdicional e na natureza jurisdicional de suas decisões, respeitando assim, o que Konrad Hesse chama de disputa de primazia entre a presunção de constitucionalidade do legislador democrático e do Tribunal Constitucional<sup>320</sup>. Ao Tribunal Constitucional não cabe a revisão do *objeto legislativo possível*<sup>321</sup>.

Assim se a um cabe a primazia da *presunção* de constitucionalidade (competência política atribuída pela Constituição Federal) a outro, notadamente ao Tribunal Constitucional, cabe a primazia da *fiscalização* de constitucionalidade (competência jurisdicional atribuída pela Constituição Federal).

Por derradeiro, porque imparcialidade não significa neutralidade. Se impossível esta última (em qualquer tribunal, como na própria vida) necessário se faz afastar a natureza política do órgão e da decisão, que, por razões de segurança institucional (ou de própria *moralidade institucional*, como princípio constante da Constituição Federal<sup>322</sup>) e da própria sobrevivência do Estado, devem estar vinculadas à norma constitucional positiva.

Mas, para que o julgamento se dê em uma ótica jurisdicional, não basta a imparcialidade. Outros requisitos deverão estar preenchidos. É esse o tema será enfrentado no capítulo imediatamente posterior, posto que tem estreita ligação com a própria natureza jurídica da ação declaratória de inconstitucionalidade. Todavia,

a existência constitucional de direitos individuais". Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**, p. 292.

<sup>319</sup> Nesse sentido: Oscar Vilhena Vieira. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**, p. 230.

<sup>320</sup> Konrad Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p.73.

<sup>321</sup> Konrad Hesse. *Op. Cit.*, p.71.

<sup>322</sup> Hamilton Rangel Júnior. **Princípio da Moralidade Institucional**. *Passim*.

antes de ingressarmos no assunto e tendo em vista que o presente capítulo teve o objetivo de resumidamente enfrentar o tema do controle político/jurídico de constitucionalidade concentrado, resta verificar qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. É o que veremos agora.

### 1.1.1 – A posição do Supremo Tribunal Federal

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que *“tal como concebido pelo constituinte e desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, o controle abstrato de normas previsto no art. 119, I (I), do Texto Magno de 1967/1969, configurava processo objetivo, não-contraditório, destinado exclusivamente à defesa da ordem constitucional... Essa orientação foi incorporada pela jurisprudência desenvolvida após o advento da Constituição de 1988, que ressaltou a importância do controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo”<sup>323</sup>*.

Ou seja, já nos julgamentos das ações de representação interventiva, o Supremo Tribunal Federal destacava a forte matiz política do controle concentrado de constitucionalidade e a desnecessidade de observância de regular contraditório, por se tratar de “processo sem partes”, como se depreende dos julgamentos das representações nº 1.012<sup>324</sup> e 1.016<sup>325</sup>.

Na representação nº 1.012<sup>326</sup>, o Ministro Moreira Alves deixou consignado o seguinte:

“Ademais, sou dos que entendem que a representação de constitucionalidade, por sua própria natureza, se dentina tão somente à defesa da Constituição vigente quando de sua propositura. Trata-se, com efeito, de ação de caráter excepcional, com acentuada feição política pelo fato de visar o julgamento, não

<sup>323</sup> Gilmar Ferreira Mendes. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. P. 26. A respeito da evolução do controle abstrato de normas, e do processo objetivo no Brasil, confira-se a mesma obra, p. 17/26.

<sup>324</sup> Rp. 1.012, Relator: Min. Moreira Alves, *RTJ* n. 95 (981).

<sup>325</sup> Rp. 1.016, Relator: Min. Moreira Alves, *RTJ* n. 95 (993).

de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese<sup>327</sup>...”

Importante ressaltar ainda o entendido nos autos da ação rescisória nº 878/SP. Naquela ação, o Ministro Moreira Alves explanou: “A meu ver, a ação direta de declaração de constitucionalidade é um meio de controle político da Constituição(...)”<sup>328</sup>.”

O Ministro Thompson Flores, acompanhando o raciocínio acima descrito, teve a oportunidade de asseverar: “Evidenciam todas que a representação, procedimento especialíssimo, quíçá originalidade do direito brasileiro, norma que brota da própria Constituição e por ela delimitada, com índole eminentemente política<sup>329</sup> (...)”.

Ainda, no mesmo sentido, o Ministro Djaci Falcão “(...) a representação de inconstitucionalidade tem uma natureza peculiaríssima, eminentemente política, a envolver lei em tese, e não interesse de pessoas<sup>330</sup>(...)”.

Gilmar Ferreira Mendes, ao avaliar tais julgados, entende que o Supremo Tribunal Federal proclamou a natureza política<sup>331</sup> do controle abstrato de normas. Para o autor, o processo seria “simples forma<sup>332</sup>”.

Aquele jurista vai além, aduzindo que “essa orientação tornou-se ainda mais nítida no Acórdão de 18 de maio de 1988. O Supremo Tribunal Federal ressaltou a objetividade desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas<sup>333</sup>”.

Ressalte-se, destarte, que, embora haja menção a tal possibilidade no voto do Ministro Moreira Alves, o mérito dessa questão não foi observado em tal julgamento. Anote-se:

“O ilustre Procurador da República, Dr. Gilmar Ferreira Mendes, em seu brilhante parecer, após demonstrar a diferença entre a

<sup>326</sup> Rp. 1.012, Relator: Min. Moreira Alves, *RTJ* n. 95 (981).

<sup>327</sup> Rp. 1.012, Relator: Min. Moreira Alves, *RTJ* n. 95 (981).

<sup>328</sup> Ação Rescisória 878/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 94 (49).

<sup>329</sup> Ação Rescisória 878/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 94 (49).

<sup>330</sup> Ação Rescisória 878/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 94 (49).

<sup>331</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, p. 131.

<sup>332</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Op. Cit.*, p. 131.

representação de inconstitucionalidade da lei em tese, e realçar as características que esta apresenta como processo objetivo, e, portanto, sem partes, autêntico meio de controle político da constituição que é deferido em caráter excepcionalíssimo a esta Corte, sustenta a impossibilidade da criação na esfera estadual, de uma autêntica jurisdição constitucional, ainda quando restrita à esfera das leis estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, sem expressa previsão na Magna Carta Federal e com a definição dos ‘parâmetros de controle’”.

“A tese do parecer, que é exposta com erudição e argúcia se robustece em face da circunstância de que, na representação de inconstitucionalidade da lei em tese, não há o exercício de função judicial – prestação de jurisdição –, como sucede no controle difuso de constitucionalidade, sendo certo, por outro lado, que, em nosso sistema constitucional o Poder Judiciário é nacional e vem estruturado na Constituição Federal que – ao contrário do que ocorre com a representação interventiva – só atribui a esta Corte o processo objetivo e de caráter político e não jurisdicional, da representação de inconstitucionalidade da lei em tese”.

“No caso, no entanto, não me parece necessário ingressar nesse terreno, para demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados pela presente representação<sup>334</sup>”.

Neste caso em específico, acreditamos que, muito embora tenha o Ministro Moreira Alves mencionado o “reforço da tese” de que o controle abstrato de normas “não há o exercício de função judicial”, essas considerações são afastadas do julgamento em si, uma vez que o mérito de tais proposições não foi apreciado.

Mas, em face de tantos julgados que apontam essa natureza, seria possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal julga politicamente no controle abstrato de normas.

---

<sup>333</sup> *Idem.* p. 131.

<sup>334</sup> Rp. 1.045/AC, Relator Min. Moreira Alves, RTJ n. 127 (394/417).

Porém, embora o Supremo Tribunal Federal reconheça a natureza política do controle concentrado de constitucionalidade, no que temos a ousadia de discordar, o caráter jurídico das decisões, não é abandonado. Essa é a *nossa* interpretação do julgado consistente na apreciação da ADC nº 1/1-DF, que teve, por questão de ordem, o julgamento da própria ação declaratória de constitucionalidade:

“Esta Corte já firmou entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como *processo objetivo*, por ser controle de normas em abstrato, **em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesse que pressupõe necessariamente partes antagônicas**, mas que há sim, prática, **por fundamentos jurídicos**, do ato político de fiscalização dos Poderes Constituídos decorrentes da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados<sup>335</sup>”.

Claro está que os fundamentos da decisão no controle abstrato de normas, possuem *fundamentos jurídicos*, no qual se pratica a *fiscalização por ato político* dos Poderes Constituídos, decorrentes da *observância ou não da Constituição*.

Verifica-se que, a uma, o Supremo Tribunal Federal impõe a *fundamentação jurídica* o que implica o método de hermenêutica jurídica e não política do ato sob a análise daquele Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal pratica, no controle concentrado, por *fundamentos jurídicos*, a *fiscalização* (portanto a *judicial review*) dos demais Poderes.

Aquela Corte deve verificar o cumprimento ou não, *por fundamentos de ordem jurídica*, da Constituição Federal. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal reconhece a *vontade pré-ordenada* da Constituição Federal.

E se reconhece essa *vontade pré-ordenada* da Constituição Federal, com relação à *fiscalização dos atos políticos*, assume também, que essa *pré-ordenação*

<sup>335</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Morcira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: www.stf.gov.br. Trecho em *itálico*, grifo do original. Trecho em **negrito**, grifo nosso.



impõe critérios de fiscalização por *fundamentos jurídicos*.

O que se depreende, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal, embora reconheça a politização dos julgamentos no controle abstrato, impôs a si, por outro lado, o necessário reconhecimento de que não é um órgão de natureza política *stricto sensu*. Otto Kimminich, verificando esse mesmo fenômeno no Tribunal Constitucional alemão, explica que:

“Não é preciso desenvolver qualquer esforço para encontrar um termo de comparação para o segundo princípio do direito constitucional americano acima referido (**judicial self-restraint**). **Judicial self-restraint** no sentido de que o **Bundesverfassungsgericht** deve exercer, efetivamente, o controle sobre as decisões políticas e, assim, pelo menos indiretamente, tomar decisões políticas. Isso não significa que o **Bundesverfassungsgericht**, ‘faça’ política, isso é, que dê início a processos políticos ou que empreenda iniciativas movido por razões políticas, tal como resulta do próprio princípio da divisão de poderes acima analisado. Como esse princípio estabelece uma distribuição básica de funções para o exercício do poder estatal indivisível, está o **Bundesverfassungsgericht** obrigado a praticar essa autolimitação. A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem reconhecido, de forma reiterada, esse fato. Mesmo as decisões que não fazem referência expressa a essa questão deixam evidente a prática de **self-restraint** pelo **Bundesverfassungsgericht**<sup>336</sup>”.

E vai além:

“Igualmente relevante é o entendimento consolidado na jurisprudência do **Bundesverfassungsgericht** quanto à impossibilidade de se apreciar, no âmbito jurisdicional, a conveniência e a adequação de uma lei. Somente quando leis

absolutamente inadequadas ferem o princípio do Estado de Direito, é lícito ao Tribunal exercer a sua função de controle<sup>337</sup>.

O jurista pontua seu raciocínio com os seguintes excertos de decisões do Tribunal Constitucional Alemão:

“Se uma norma permite diversas interpretações que levam, de um lado à declaração de inconstitucionalidade e, de outro, ao reconhecimento da constitucionalidade, a norma é constitucional e deve ser interpretada em conformidade com a Constituição<sup>338</sup>”.

“(…) o princípio do Estado de Direito proíbe as leis gravosas, que se mostram de qualquer forma inadequadas a cumprir sua finalidade. Mas o legislador dispõe de uma ampla liberdade para avaliar a adequação de uma lei<sup>339</sup>”.

Outro jurista germânico explica essa necessidade de fundamentação jurídica, ou seja, a obediência à pré-determinação constitucional da seguinte forma:

“Ainda que o tribunal esteja autorizado para determinar com obrigatoriedade esse conteúdo ele, contudo, não é superior à Constituição, à qual deve sua existência. Para o cumprimento da tarefa do tribunal e para a vida constitucional em conjunto é, por isso, essencial como é vencida a problemática da interpretação constitucional<sup>340</sup>”.

É de se notar que há uma preocupação, por tudo o que foi exposto, tanto na doutrina, como na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em deixar

<sup>336</sup> Otto Kimminich. **Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes**, p. 26.

<sup>337</sup> Otto Kimminich. *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>338</sup> BverfGE, 46, 160 (Fall Schleyer) *apud* Otto Kimminich. **Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes**, p. 27, grifou-se.

<sup>339</sup> BverfGE 30, 250, *apud* Otto Kimminich. **Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes**, p. 27.

<sup>340</sup> Konrad Kesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. P.55.

claro que, ainda que as decisões tenham cunho político, é necessária fundamentação jurídica para o silogismo.

## 1.2 – Controle Concentrado de Constitucionalidade e Jurisdição

Como vimos, uma das mais importantes considerações acerca na natureza política do controle concentrado de normas é um *processo objetivo, sem partes, e sem lide*, o que impossibilitaria o reconhecimento da decisão como jurisdicional.

Portanto, para que se advogue a tese de que a decisão do Supremo Tribunal Federal seja judicial, necessário se faz observar os requisitos de uma verdadeira prestação jurisdicional no processo que envolve essa modalidade de controle.

Para tanto, necessário se faz enquadrar o controle concentrado das leis, nos pressupostos que caracterizam a prestação jurisdicional.

Os autores são dissonantes na precisão objetiva do elenco de requisitos aptos da prestação jurisdicional.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco<sup>341</sup>, haverá jurisdição se na decisão estiverem presentes os requisitos de substitutividade, escopo jurídico de atuação do direito, lide, inércia e definitividade.

Os autores citados apregoam que, como caráter substitutivo, o *Estado substitui, como atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação*<sup>342</sup>.

O escopo de atuação do direito se demonstra, segundo tais autores: *“Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)*<sup>343</sup>”.

Quanto às demais características dizem os autores que lide *“é precisamente a*

<sup>341</sup> **Teoria Geral do Processo.**, p. 131 a 136.

<sup>342</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo.**, p. 132

<sup>343</sup> *Idem*, p. 133. Cumpre salientar que a definição apresentada pelos autores engloba a consecução do Estado em fazer atingir *em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial* (*Op. Cit.*, p, 133). Abordaremos a questão da necessidade de intersubjetividade para caracterização da

*contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos interesses em conflito pelo Estado*<sup>344</sup>. A inércia se faz presente no “exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade de que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias onde elas não existiam antes”<sup>345</sup>.

Por derradeiro, acentuam os citados autores que apenas os atos jurisdicionais são suscetíveis de se tornar imutáveis<sup>346</sup>.

Vicente Grecco Filho destaca a necessidade de substitutividade (ao abordar o monopólio da justiça para a satisfação dos conflitos de interesses<sup>347</sup>) e na necessidade de contencioso, ao que denomina “*jurisdição propriamente dita*”<sup>348</sup>.

Athos Gusmão Carneiro coloca que, para caracterizar-se a jurisdição, necessário se faz a provocação “*não há jurisdição sem ação*”<sup>349</sup> (inércia); o caráter publicista – “*A atividade jurisdicional é atividade pública, constituindo no sistema jurídico brasileiro ‘monopólio do Poder Judiciário*”<sup>350</sup>”, a atividade substitutiva “*(...) a atividade jurisdicional... fará realizar em caráter substitutivo, o mandamento legal*”<sup>351</sup> e indeclinável, exercida pelo juiz natural – “*A jurisdição só pode ser exercida por pessoa legalmente investida no poder de julgar, como integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário, previstos no artigo 92 da Constituição Federal*”<sup>352</sup>...”.

Como se vê, a doutrina sempre tende a, em regime de diferentes matizes, beber na fonte dos “pais” do processualismo moderno, os mestres italianos Carnelluti e Chiovenda, para enquadrar o fenômeno jurisdicional.

Carnelluti situa a jurisdição no contexto de lide e Chiovenda no de

jurisdição constitucional e, via de conseqüência, do processo objetivo, mais adiante. Todavia, acreditamos que tal esclarecimento necessitaria ser feito agora, até por uma questão ética.

<sup>344</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**, p. 134.

<sup>345</sup> *Idem*, p. 134.

<sup>346</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**, p. 136. No mesmo sentido que os autores citados, confira-se Arruda Alvim. **Manual de Direito Processual Civil**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 82/84. O autor destaca, ainda, o princípio da publicidade dos atos jurisdicionais (p. 84).

<sup>347</sup> Vicente Grecco Filho. **Direito Processual Civil Brasileiro**, p. 34.

<sup>348</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>349</sup> Athos Gusmão Carneiro. **Jurisdição e Competência**, p. 7.

<sup>350</sup> *Idem*, p. 08.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 09.

<sup>352</sup> *Idem, Ibidem*, p. 11.

substitutividade. Anotemos as lições dos dois mestres, respectivamente.

Para Carnelutti, a maior característica do ato jurisdicional é a existência da lide. **Atribui-se** ao autor a definição de lide como *conflito intersubjetivo de interesses*<sup>353</sup>, conceito que se tornou um clássico.

Ora, exclui-se geralmente do controle abstrato de normas, e via de conseqüência de seu instrumento, o processo objetivo, do conceito de lide, uma vez que não há um *conflito intersubjetivo de interesses*, posto que não há “partes”<sup>354</sup>. Realmente, a primeira vista, não há “partes” litigando para que se configure o que o autor define como “a satisfação da necessidade que corresponde a um dos interesses exclui ou pelo menos limita a satisfação do outro”<sup>355</sup>.

O que se esquece é que, tal frase é utilizada, muitas vezes, fora de seu real contexto. Carnelutti, ao mencionar assim a lide, está explicando os *sujeitos do processo contencioso*<sup>356</sup>. Dessa forma, o conceito, apregoado como a definição de Carnelutti para “lide”, está inserido em um contexto específico, qual seja, a explicação do que são partes no processo contencioso civil.

Interessante notar que, por ocasião em que o mesmo autor descreve apenas a lide, em capítulo específico sobre o tema, ele simplesmente menciona que “O *conflito existente de interesses denomina-se lide*”<sup>357</sup>.

Assim tem-se que, o conflito passa a ser *intersubjetivo* a partir do exato momento em que existam sujeitos em processo contencioso. A *intersubjetividade* não compõe o conceito estrito de lide dado por Carnelutti. De tal forma que, para este autor, lide é somente conflito de interesses.

Enrico Tullio Liebman, ao comentar o conceito de Carnelutti, diz que:

“(...) entendendo por *lide* qualquer conflito de interesses regulado pelo direito e por *justa* a composição feita nos termos deste”<sup>358</sup>.

<sup>353</sup> Francesco Carnelutti. **Instituições de Direito Processual Civil.**, p. 78.

<sup>354</sup> A propósito: ADIMC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/1996, p. 45684; RCLQMC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/05/1993, p. 09765 fonte: www.stf.gov.br

<sup>355</sup> Francesco Carnelutti. **Instituições de Direito Processual Civil.**, p. 75.

<sup>356</sup> *Idem*, p. 78/80.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 77.

Portanto, lide requer *conflito de interesses* e que tal conflito seja composto de forma *justa* e nos termos do *direito*.

A singeleza do conceito é perfeita para o correto entendimento e adequação do fenômeno, pois se considerarmos a simples existência de *conflito de interesses*, para que a lide seja caracterizada, não será necessária a disputa por um direito subjetivo para verificá-la no plano real.

Antônio Cláudio da Costa Machado caminha por essa mesma linha, ao analisar o conceito de Carnelluti:

“Embora não discordemos da verdade metodológica desse fenômeno processual como meio hábil para a explicação da função jurisdicional e sua relação com o direito substancial, não podemos deixar de criticar a estreiteza conceptual da lide carnellutiana: conflito intersubjetivo de interesses, qualificado por uma pretensão resistida. Na verdade, se pensarmos estritamente no exercício da chamada jurisdição contenciosa (em contraposição à jurisdição voluntária) perceberemos que sua razão de ser, enquanto função, atividade e dever do Estado, é justamente a **existência do conflito de interesses**, outra, muitíssimo particular é o conflito de interesses ‘qualificado por uma pretensão resistida’. É justamente neste ponto que o conceito perde sua generalidade e, como isso, seu valor para explicar a jurisdição. Nem sempre é imprescindível a resistência do titular do litígio para o surgimento deste; a resistência muitas vezes está na lei<sup>359</sup>...”.

Acompanhando o raciocínio exposto, podemos afirmar que, se lide é “mero” conflito de interesses, para que ocorra, não se faz necessário o interesse *subjetivo*. Basta, apenas, que haja *conflito*.

E esse conflito, abstrato, coloca em cheque a segurança jurídica, pois, que,

<sup>358</sup> Enrico Tullio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 6.

<sup>359</sup> Antonio Cláudio da Costa Machado. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro.*, p. 73.

da sua resolução depende a manutenção do sistema constitucional e do próprio Estado Democrático de Direito.

Se de um lado o conflito, para a caracterização da lide subjetiva, é a oposição de interesses distintos que impede, sem a provocação jurisdicional, a concretização de um direito, o que é insuficiente ao processo objetivo, por outro, o conflito, objetivamente considerado é situado dentre uma  *fusão de pluralidades*, que tem por objetivo, a  *transformação histórica*, por meio de sua  *regulação* e de sua  *superação*<sup>360</sup>. Tais premissas são capazes de explicar a lide no contexto do controle abstrato de normas.

Se o Estado se compõe de uma  *fusão de pluralidades*, essas  *pluralidades* podem, algumas vezes, criar um embate em torno de si. Se esse embate se dá em nível constitucional (seja entre a norma e a constituição – o que permite o ingresso de ação direta, sejam entre decisões judiciais divergentes entre si ou entre e a lei e a Constituição, no controle difuso – o que permite a deflagração de ação declaratória de constitucionalidade) é de rigor que se busque a pacificação social (finalidade precípua da jurisdição), regulando e superando esse conflito, com vistas à transformação da própria sociedade, tendo como norte, o pré-ordenamento constitucional.

Isso porque a dissonância entre uma lei ou ato normativo e a Constituição ou entre a lei e uma decisão judicial, ou entre decisões judiciais confrontantes entre si, ao analisar uma mesma norma diante da Constituição, constituem um conflito que deve ser regulado e vencido. A existência dessa anomalia se, sob uma ótica, é fator de insegurança ao Estado Democrático de Direito, sob outro aspecto, é fundamental para a atualização do princípio da supremacia constitucional.

Se tivermos, para resolver esses conflitos, um processo tido por “objetivo”, é impossível pretender-se que a controvérsia ou o conflito de interesses se dê dentro do feito e entre as partes (ou seja subjetivamente). O conflito deve ser objetivamente considerado.

O conflito objetivamente considerado, ou seja, a  *dissonância entre a lei ou ato normativo e a Constituição ou entre a lei e as decisões judiciais no controle difuso*,

---

<sup>360</sup> Konrad Kesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.*, p. 29/30.

ou ainda, entre tais decisões judiciais, é requisito essencial, leia-se, um verdadeiro *interesse de agir* (condição básica da ação) para a instauração do controle abstrato de normas.

Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar a jurisdição constitucional alemã, menciona o *interesse de agir em concreto*<sup>361</sup>. Assevera o jurista:

"Tal como ressaltado, a Lei Fundamental exige, para a instauração do controle abstrato de normas a *dúvida (Zweifel)* ou *controvérsia (Meinungsverschiedenheit)* sobre a compatibilidade da lei federal ou da lei estadual com a Constituição ou direito federal (LF, art. 93, I n. 2). Ao disciplinar essas condições no plano processual, consagrou o legislador ordinário que a ação seria admissível se um dos titulares do direito de propositura considerasse a lei nula (§ 76, n. 1 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*), ou a considerasse válida, após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição ou com o direito federal (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 76, n. 2)<sup>362</sup>."

Ou seja, para a instauração e ação que vise solucionar o *conflito objetivo* entre a norma e a Constituição, necessário é que o *conflito exista*.

Essa assertiva é tão verdadeira que a Lei 9868 de 10 de novembro de 1999, em seus artigos 4 e 15 (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, respectivamente) permite que o Supremo Tribunal Federal, de plano, afaste as petições ineptas. Ora, quais as petições ineptas? Justamente aquelas que, em suas razões, não conseguiram caracterizar o *conflito de interesses* entre a lei e/ou o ato normativo e a Constituição Federal ou sequer, em virtude da provocação jurisdicional, permitiram que a Corte Constitucional reconhecesse a violação à Constituição (ou seja, o *conflito abstrato de interesses*) de ofício, ou seja,

---

<sup>361</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, p. 92.

<sup>362</sup> *Idem*, p. 92.



por fundamento jurídico diverso ao asseverado na petição inicial<sup>363</sup>.

Ainda, são consideradas ineptas as petições que não consigam estabelecer a existência de uma controvérsia jurídica entre decisões judiciais e a lei ou entre decisões judiciais dissonantes ao analisar uma mesma lei (ambas as hipóteses no controle difuso de constitucionalidade).

Portanto, em tendo claro que lide é apenas conflito de interesses, é possível asseverar que no processo objetivo há lide. Não lide interpessoal, vale dizer, entre duas partes que se digladiam em defesa de um direito que surtirá efeitos práticos apenas em relação a elas.

Há, na verdade, um conflito abstrato normativo entre a lei impugnada e a Constituição Federal ou entre decisões judiciais e a lei ou ainda entre as decisões judiciais que apreciam uma mesma lei (sempre em confronto com a Constituição). Assim, podemos também considerar as “partes” que abstratamente compõem o processo.

Tais partes não são os legitimados para a propositura da ação que inaugurará o controle concentrado de normas. Gilmar Ferreira Mendes, embora também entenda que não há “partes” (subjektivamente consideradas) no processo objetivo (hipótese com que concordamos no que atine à inexistência de partes disputando direito subjetivo), coloca que:

“A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais diversas ressalta o caráter objetivo do processo de controle abstrato de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público<sup>364</sup>”.

Ou seja, se o autor da ação não advoga interesses próprios ou alheios,

<sup>363</sup> Ressalte-se que no controle abstrato de constitucionalidade, o magistrado está impedido a conhecer *ex officio* uma inconstitucionalidade pelo fato de que tal reconhecimento é o pedido da própria ação. Diferentemente do controle difuso, no qual o juiz pode verificar um conflito entre a norma e a Constituição, independente de o mesmo ser suscitado pela parte interessada. Assim, ao Supremo, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, apenas cabe o conhecimento *ex officio* de inconstitucionalidade, por fundamento jurídico diverso ao alegado em inicial (essa questão foi abordada ao falarmos sobre o controle difuso de normas).

segundo o entendimento daquele jurista, ele não é parte. Há, nesse sentido, legitimação extraordinária, decorrente de mandamento constitucional (Constituição Federal, artigo 103, incisos I a IX – ação direta de inconstitucionalidade – e Constituição Federal, artigo 103 § 4º – ação declaratória de constitucionalidade).

Não há partes subjetivamente consideradas, mas há *legitimação extraordinária* para a tutela do interesse público em salvaguardar a Constituição.

Há, no direito pátrio, um paralelo que pode ser feito com essa legitimação de terceiro desinteressado que tenha por objetivo a defesa de interesses indisponíveis (a salvaguarda da Constituição, no presente caso). Trata-se do Ministério Público.

“A relevância da natureza dos interesses envolvidos nos chama a atenção para outro elemento essencial à função jurisdicional: a lide. Na verdade, é este ente, uma vez identificado quanto à espécie de interesses que se entrecrocaram em seu bojo, que vai determinar a necessidade ou não da atuação-meio do Ministério Público. A Constituição Federal fala em ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’. O que ela quer dizer é que toda vez que a lide ou litígio (fenômeno que se verifica no mundo material, e por isso, extraprocessual) se formar em torno de tais interesses, o Ministério Público se legitimará a agir ou a intervir em um processo formado *inter alios*, mas sempre na dependência de previsão legal expressa<sup>365</sup>”.

Depreende-se, portanto, que o Ministério Público não é “parte”, mas legitimado a agir em função da relevância do interesse público. Com esse mesmo sentido, os legitimados para propor tanto a ação direta de inconstitucionalidade, como a ação direta de constitucionalidade<sup>366</sup>.

<sup>364</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, p. 132.

<sup>365</sup> Antônio Cláudio da Costa Machado. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 76

<sup>366</sup> Tanto isso é verdade que o Ministério Público, assim como os legitimados a propor ação direta e ação declaratória de constitucionalidade, não podem desistir da ação, ou seja, tanto em um, como em outro caso, aplica-se o princípio da indisponibilidade. Com relação a esse princípio na atuação do

Não podemos perder de vista que o primeiro legitimado a inaugurar o controle abstrato de normas no sistema constitucional brasileiro era somente o Procurador-Geral da República, instância máxima do Ministério Público, motivo pelo qual a comparação, no nosso entender, é bastante pertinente.

Outra analogia possível é a defesa dos interesses difusos, defesa de interesses meta-individuais, na qual o requerente não pleiteia na ação, direito subjetivo próprio. Ele é legitimado a agir na preservação de direitos de pessoas que não mantém vínculo jurídico consigo ou entre si<sup>367</sup>.

Ora, o relevante interesse público que enseja a legitimação constitucional para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, defende, sim, a ordem constitucional. Mas se tivermos em mente que a ordem constitucional foi realizada por pessoas para pessoas, os legitimados também estarão defendendo direito meta-individual da sociedade ver a Constituição preservada, seja pelos achaques de uma lei inconstitucional, seja pelos achaques do controle difuso a uma lei constitucional, ou da controvérsia entre decisões judiciais que analisam preceito legal idêntico, à luz da Constituição.

Buscar “autores” e “réus” no controle abstrato de normas é tarefa impossível, porque como visto e repetido à exaustão, não há direito subjetivo, tampouco conflito *inter partes* sendo questionado.

Se o conflito se dá no plano concreto, as “partes da ação” devem ser concretamente consideradas (por isso que se trata de um processo objetivo: *é o método para formação e aplicação do direito que visa regular o conflito de interesses, objetivamente considerado, aplicando ao caso o direito objetivo – constitucional –, posto que julga lei em tese*).

Assim, se no conflito, a dissonância se dá entre a lei ou o ato normativo impugnado, as “partes” do processo na ação direta são, objetiva e abstratamente consideradas, a lei ou ato normativo impugnado e a própria Constituição Federal.

No caso específico da ação declaratória de constitucionalidade, não há “lide” entre a lei e a Constituição.

A lide no que se refere à ação declaratória de constitucionalidade surge de

---

*parquet*, confira-se a obra de Antonio Cláudio Machado da Costa. **O Ministério Público no Processo Civil Brasileiro.**

uma simples premissa, reconhecida como essencial para a propositura da ação: a controvérsia judicial<sup>368</sup> sobre o tema.

Essa premissa, que se deu por construção do próprio Supremo no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 1/1 - DF<sup>369</sup>, foi incorporada na Lei 9869 de 10 de novembro de 1999, artigo 14, inciso III.

Ou seja, apenas se possibilitará o ingresso da ação a partir do momento em que a lei ou ato normativo implicar uma controvérsia jurídica; em outras palavras, no momento em que surgir a lide, o litígio, o interesse de agir em abstrato.

A “controvérsia jurídica” suscitada pela lei ou ato normativo, aparece na medida em que várias decisões judiciais díspares começam a se confrontar no mundo jurídico. Há lide entre as decisões assim como há lide entre algumas decisões e a lei em tese que a consideram confrontante com a Constituição Federal.

Gilmar Ferreira Mendes, analisando o controle de constitucionalidade alemão, demonstra o cabimento da assertiva ora proposta:

“O conceito de controvérsia pressupõe divergência objetiva entre pessoas diversas. Já no tempo de Weimar foi essa expressão interpretada de tal modo que se mostrava suficiente a diversidade de opinião entre pessoas diferentes<sup>370</sup>”.

E acrescenta:

“Uma controvérsia pode conter uma lide. Nela devem estar presentes, pelo menos, duas posições divergentes, uma que contesta a constitucionalidade da norma, ou pelo menos a coloca em dúvida, e outra que sustenta a sua legitimidade<sup>371</sup>”.

Podem estar duas posições divergentes, na mesma ou em lides separadas, no exercício do controle difuso de constitucionalidade. Assim, por exemplo, se em

<sup>367</sup> Ada Pellegrini Grinover. **O Processo em Evolução.**, p. 100.

<sup>368</sup> Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, artigo 14, inciso III.

<sup>369</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>370</sup> Gilmar Ferreira Mendes. **Jurisdição Constitucional.**, p. 95.

uma ação (de conflito de interesses subjetivo) o autor sustenta a inconstitucionalidade de uma norma para o reconhecimento de um direito, enquanto que o réu alega sua constitucionalidade, justamente para que o direito do autor não seja reconhecido, há uma controvérsia jurídica em torno de uma lei ou ato normativo, o que autoriza, pelos legitimados extraordinários, a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Mas não é só. Ainda há lide e seu fato manjedoura é a controvérsia, o conflito entre decisões, entre decisões e a lei ou entre decisões e a Constituição Federal, em conjunto ou isoladamente, quando do exercício do controle difuso de constitucionalidade. Aí está, portanto, a lide. Objetivamente considerada, é claro.

Zeno Veloso, ao explicar as premissas acima discutidas, expõe que:

“Vigorando em nosso ordenamento o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, a ação declaratória de constitucionalidade pressupõe um estado de incerteza, o estabelecimento de uma controvérsia, comprometendo essa presunção, o que ocorre, por exemplo, quando a legitimidade de uma lei vem sendo apreciada em juízos de primeiro e segundo graus, com opiniões divergentes, soluções conflitantes, gerando insegurança e apreensões no meio social<sup>372</sup>”.

“Devemos considerar, entretanto, que, embora a EC 3/93 tenha sido omissa quanto a este requisito, conforme acima dissemos, já se firmou entendimento de que a ação declaratória de constitucionalidade só é cabível havendo controvérsia, dúvida sobre a legitimidade da norma, existindo dissídio judicial a respeito do assunto, proporcionando um estado de incerteza que favorece a insegurança jurídica, como, aliás, veio prever, expressamente, o art. 14, III, da Lei 9.868/99. Logo, a ação declaratória de constitucionalidade só tem pertinência quando a referida presunção

---

<sup>371</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, p. 96.

<sup>372</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 285.

de constitucionalidade das lei e atos se encontra bastante abalada<sup>373</sup>”.

Ou seja, necessário se faz a controvérsia, ou o conflito de interesses entre a norma e as decisões e as decisões entre si. Nesse sentido, há quem diga que a ação declaratória de constitucionalidade se identifica como verdadeiro processo constitucional contencioso. Anote-se:

“Conforme espusemos de outra feita, trata-se de uma ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo. Terá como pressuposto fático a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, contrárias à posição governamental. Seu exercício, portanto, gera um *processo constitucional contencioso*, de fato, porque visa desfazer decisões judiciais proferidas entre partes, mediante sua propositura por uma delas. Nesse sentido, ela tem natureza de meio de impugnação, antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, sem as contra-razões das partes contrárias. Então, a rigor, não se trata de processo sem partes e só aparentemente é *processo objetivo*, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação<sup>374</sup>”.

*Relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação.* Com excelência, José Afonso da Silva resume, objetiva e claramente, a lide na ação declaratória de constitucionalidade.

Verifiquemos agora a doutrina de Chiovenda.

O grande processualista italiano parte do pressuposto que *in particolare*

<sup>373</sup> *Idem.*, p. 287.

<sup>374</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. 1, p. 20 (20).

<sup>375</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 58/59.

emana esclusivamente dallo Stato la giurisdizione<sup>375</sup>”.

E segue o jurista:

“Più generalmente si soul dire che l’atto giurisdizionale presuppone sempre dei rapporti giuridici già esistenti e si propone la reintegrazione di diritti subbietivi lesi (...) <sup>376</sup>”.

Em resumo, Chiovenda afirma que “A noi sembra che ciò che è caracteristico della funzione giurisdizionale sai la sostituzione di um’attività pubblica ad una attività altrui<sup>377</sup>”.

Dos traços mais marcantes de tal doutrina, podemos apontar o critério da substitutividade, pelo qual o juiz, ao julgar, ao aplicar a jurisdição ao caso posto sob sua análise, *substitui* a vontade das partes pela vontade da lei; a consideração da lei como matéria em si mesma, o que poderíamos denominar de “escopo de atuação do direito<sup>378</sup>”; mas, principalmente, que a jurisdição é uma atividade secundária ou coordenada<sup>379</sup>.

Com relação ao fato da jurisdição ser uma atividade secundária, abordaremos mais abaixo. Mas, como uma breve análise inicial, pode-se afirmar que a jurisdição é inerte e só pode ser instaurada mediante provocação<sup>380</sup>. Ela é secundária porque deve haver primeiro o conflito, para que instaurada. É coordenada porque seus atos são previstos em lei e coordenados para um fim: a decisão.

Até então, o controle concentrado se insere sem maiores problemas. O Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas não age de ofício. As ações diretas tem um rito previsto que é coordenado para uma decisão final que venha a solucionar o conflito abstrato entre a norma e a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal age com o chamado “escopo de atuação do

<sup>375</sup> Giuseppe Chiovenda. *Principii di Diritto Procesuale Civile*. Napoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980, p. 292.

<sup>376</sup> Giuseppe Chiovenda. *Op. Cit.*, p. 294, grifo do original.

<sup>377</sup> *Idem*, p. 296.

<sup>378</sup> Antonio Cláudio da Costa Machado. *Em aula*. UNIFIEO, 2000.

<sup>379</sup> Giuseppe Chiovenda. *Principii di Diritto Procesuale Civile*, p. 294.

direito”, pois aplica no caso abstrato, direito objetivo constitucional, por hermenêutica e interpretação constitucional. Ou como disse o Ministro Moreira Guimarães no voto da ADC 1/1 DF “fundamentos jurídicos<sup>381</sup>”.

Resta enfrentar o problema da substitutividade. A princípio, ao menos na ação direta de constitucionalidade não existe substitutividade<sup>382</sup>. De fato, o conflito se dá entre a lei e o ato normativo impugnado e a Constituição e ao Tribunal Constitucional cabe aplicar a vontade *pré-ordenada* da Constituição. Então, o tribunal não substitui as “partes”, mas aplica a vontade de uma delas ao caso abstrato, rechaçando a lei ou ato normativo impugnado ou deixando assente que não há conflito com a Constituição. De toda a forma, a solução do conflito abstrato passa pelo crivo da vontade Constitucional.

Dessa forma, não se pode dizer que haja substitutividade no processo objetivo constitucional que visa o julgamento da ação direta.

Duas formas há de encarar a questão. A primeira, negando a própria necessidade de substitutividade para fazer-se valer a jurisdição.

Ovídio A. Baptista entende que um dos principais critérios para a configuração de jurisdição é *“a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que por meio de sua atividade o tutela<sup>383</sup>”*.

E, citando Michelli, afirma Ovídio A. Baptista que *“não é tanto o caráter de substitutividade, como afirmava Chiovenda, que define a jurisdição mas seu caráter de imparcialidade<sup>384</sup>”*.

<sup>380</sup> A respeito de tais considerações, crf. Vicente Grecco Filho. **Direito Processual Brasileiro**. V. I, p. 33.

<sup>381</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>382</sup> Mas, como se verá adiante, a substitutividade está presente na ação declaratória de constitucionalidade.

<sup>383</sup> Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de Processo Civil**, p. 40.

<sup>384</sup> G. Antonio Micheli. **Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria**. Rivista, 1947, I, p. 18, *apud* Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de Processo Civil**, p. 40.



Imparcialidade existe. Reportando-nos novamente a Oscar Vilhena Vieira: “o imperativo da imparcialidade do juiz, que decorre do princípio da igualdade, do igual respeito e consideração com que todos devem ser tratados<sup>385</sup>”.

E continua Vilhena: “Executivo (não a Administração) e o Legislativo não são, portanto, imparciais, mas representam facções, ideologias, classes ou partidos vitoriosos no pleito democrático<sup>386</sup>”.

Dessa forma, pode-se então asseverar que se não há substitutividade na jurisdição constitucional abstrata que julga ações diretas de constitucionalidade, deve haver imparcialidade, requisito que só poderá ser cobrado do julgador da Corte Constitucional brasileira, se tal Corte exercer função judiciária no controle abstrato de normas.

Ou então, como segunda alternativa, utilizar a análise diassincrática efetivada por Ovídio A. Baptista da Silva:

“Na verdade, o caráter substitutivo da jurisdição decorre de um pressuposto inerente à atividade jurisdicional que é o fato do *monopólio da jurisdição*<sup>387</sup>”.

Se constataremos que o Supremo Tribunal Federal é um órgão jurisdicional, mesmo no controle abstrato de normas, podemos afirmar que ele realmente detém esse monopólio da jurisdição, no caso de conflito de interesses, ainda que também abstratos. Ele não substituirá a *vontade* da Constituição Federal, mas por próprio comando contido na Lei Maior, deterá o *monopólio jurisdicional* para a composição do conflito abstrato, e nesse sentido, atuará em substituição.

Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal é chamado para exercer seu monopólio constitucional, ele estaria substituindo a controvérsia por uma decisão de natureza jurídica.

A substitutividade, no entanto, é mais precisa no caso da ação declaratória. De fato, se o litígio que ocasionará a *legitimidade de agir em abstrato*, é uma

<sup>385</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política.*, p. 231.

<sup>386</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Op. Cit.*, p. 231.

<sup>387</sup> Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil.*, p. 41.

controvérsia jurídica, ou, como muito bem colocou José Afonso da Silva<sup>388</sup> “*Relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação*”, entre as decisões judiciais que por sua vez são oriundas dessas relações materiais, o Supremo Tribunal Federal, ao ser chamado a solucionar o conflito, via ação declaratória de constitucionalidade, substitui a vontade decorrente da controvérsia judicial suscitada pelas relações materiais controvertidas, para aplicar a da Constituição Federal.

Se há lide e substitutividade (ou ao menos, imparcialidade), deverá haver também inércia.

Ora, de fato, há uma notável diferença entre a atuação legislativa e executiva, (eminentemente políticas) e a jurisdicional. Não com relação à confecção e a aplicação das leis somente, mas, sobretudo, na possibilidade de agir independente de que sejam instados para tanto.

Os Poderes Executivo e Legislativo agem de ofício. O Executivo, como atividade primária, *aplica espontaneamente o direito por iniciativa própria*<sup>389</sup>.

O Legislativo, como vimos, age parcialmente, em prol dos interesses de seus representados, também sem necessidade de provocação.

Diferente o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário só está apto a manifestar-se sobre determinado tema, se instado a fazê-lo. Não é competência judicial, agir *ex officio* à exceção de raríssimos casos<sup>390</sup>.

A inércia judicial, é tratada no estudo da jurisdição constitucional como o “princípio do pedido<sup>391</sup>”. De fato, escreve Gilmar Ferreira Mendes ao analisar os pressupostos de admissibilidade do controle de normas perante a Corte Constitucional alemã:

“O *Bundesverfassungsgericht* somente atua mediante provocação. O

<sup>388</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 59.

<sup>389</sup> Vicente Greco Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 33.

<sup>390</sup> Sobre o tema, confira-se o trabalho de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 135, no qual os autores apontam certas possibilidades de atuação judicial *ex officio*, como, por exemplo, a execução trabalhista (art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho) ou o *habeas corpus* de ofício (artigo 654, § 2º do Código de Processo Penal).

princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação de órgão decisório como Tribunal. A *forma judicial* constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades de cunho meramente político. Enquanto o parlamento pode decidir livremente quando uma determinada matéria será disciplinada por lei, ao *Bundesverfassungsgericht* é vedado tomar iniciativas próprias<sup>392</sup>.

Não é diferente a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal, ao qual também é vedado agir por iniciativa própria, no controle concentrado de constitucionalidade.

Realmente. Se as decisões exaradas no controle concentrado de constitucionalidade fossem políticas e político fosse o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal não necessitaria de provocação dos legitimados ativos para decidir. Simplesmente revogaria a lei tida por inconstitucional, ou confirmaria a constitucionalidade de uma lei, sem qualquer necessidade de provocação.

Ora, se a Constituição Federal legitima certas autoridades, órgãos públicos ou entidades, como aptos para deflagrar o processo constitucional do controle abstrato de normas e determina que o Supremo Tribunal Federal se manifeste no controle concentrado de constitucionalidade por via de ação, fica claro, ao menos para nós, que se trata de ato puramente jurisdicional, independentemente do julgamento ser de lei em tese.

A manifestação do Supremo Tribunal Federal está ligada, inexoravelmente, ao princípio da inércia, ou ao princípio do pedido, que é característica salutar da jurisdição.

Assim, e por mandamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal somente estará legitimado a decidir se instado (inércia), por via de ação. E ação "é *instituto exclusivo do direito processual (jurisdicional)*"<sup>393</sup>.

<sup>391</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, p. 84.

<sup>392</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Op. Cit.*, p. 84/85.

<sup>393</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 78.

Portanto, se há legitimados ativos e se o Supremo está impedido de agir de ofício, temos que a decisão por ele emanada é de cunho “apenas” jurisdicional.

Breves palavras aos demais requisitos da jurisdição. Há escopo de atuação do direito, posto que, embora a Constituição não seja simplesmente jurídica, ela tem *força normativa*<sup>394</sup> de onde se advém que seus princípios e regras têm que ser observados. Assim sendo, a *força normativa* da Constituição (não o seu conceito) é jurídica.

O Supremo age no sentido de aplicar o direito objetivo constitucional ao caso abstrato a ele apresentado.

Se existe essa força cogente e se o comando deve ser observado, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em controle abstrato de normas, atua com o escopo de aplicação do direito.

O Supremo Tribunal Federal é órgão público no qual os magistrados estão devidamente investidos; as decisões operam somente nos limites territoriais brasileiros; não é possível ao Supremo Tribunal Federal *delegar* a tarefa de julgar em controle concentrado de constitucionalidade, por expresse mandamento constitucional (artigo 102 da Constituição Federal); o julgamento é inexorável, ou seja, não há como recusar-se a julgar, o que demonstra a inafastabilidade; e, por derradeiro, é órgão composto por julgadores independentes e imparciais.

Se, para ambas as ações, tanto a direta como a declaratória, há as características de ato jurisdicional as condições da ação estariam também preenchidas.

Senão, vejamos.

Se o interesse de agir surge da controvérsia, resta verificar a legitimidade e o objeto jurídico lícito.

A legitimação para a propositura tanto da ação direta, como da ação declaratória de constitucionalidade é extraordinária, como já constatamos. Aqueles que possuem a aptidão para inaugurar o controle concentrado de normas, não agem em nome próprio ou de terceiro, mas em função do interesse público e meta-individual. E, de fato, não poderia deixar de ser diferente, uma vez que o conflito é abstratamente considerado. Uma “abstração” não pode propor ação.

O objeto é lícito e previsto na própria Constituição Federal – nada mais é do que o próprio controle de constitucionalidade.

## 2 – A Possibilidade de Declaração da Constitucionalidade das Leis

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que a idéia de declaração de constitucionalidade de norma infraconstitucional surgiu na Alemanha com a Constituição de Weimar, que dispunha sobre a possibilidade de instaurar o controle abstrato para sanar dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade do direito estadual com o direito federal<sup>395</sup>.

Durante a lei fundamental de Bonn, continuou existindo no direito alemão, no artigo 93, I, nº 2, tendo a ação sido restrita pelo parágrafo 76 da lei do *Bundesverfassungsgericht* que dispõe:

“A ação proposta pelo Governo Federal, Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, nos termos do artigo 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, somente é admissível se um dos órgãos legitimados considerar que o direito federal ou direito estadual,

“1. em virtude de sua incompatibilidade formal ou material com a Lei Fundamental ou com outras disposições do direito federal, é nulo, ou

“2. considerar que a disposição do direito estadual ou do direito federal é válida após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição ou com o direito federal.”<sup>396</sup>

Pelo que se depreende da leitura do parágrafo 76 acima transcrito, faculta às

<sup>394</sup> Konrad Hesse. *A Força Normativa da Constituição. Passim.*

<sup>395</sup> *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, in Ação Declaratória de Constitucionalidade, Op. Cit, p. 60.*

<sup>396</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *A ação... Op. Cit. p. 63.*

autoridades administrativas alemãs deixar de aplicar norma infraconstitucional por entendê-las incompatíveis com a Magna Carta germânica<sup>397</sup>. Essa recusa, *possibilita* os legitimados ativos em inaugurar o controle concentrado se acreditam que, a norma recusada em sua aplicação, é válida.

Ou seja, em função da negativa de aplicação concreta da lei, pode-se inaugurar o controle abstrato de normas para que se declare a *constitucionalidade* (ou, quiçá a inconstitucionalidade) da lei cuja recusa de aplicação gerou a dúvida ou controvérsia sobre a sua própria constitucionalidade.

Trata-se, pelo que determina o supramencionado artigo, de verdadeira competência do funcionalismo público alemão. O dever de ofício em praticar um ato emanado de lei é suplantado pelo dever de ofício de verificá-lo compatível ou não com a Constituição Federal.

Dessa forma, pode-se, na Alemanha, deixar de praticar um ato (ou suspender sua aplicação) que esteja consagrado em lei, uma vez que entenda-se a norma por inconstitucional. E, a partir de então surge o interesse de agir em concreto, em face da controvérsia, para a propositura de ação que vise o deslinde da "lide" ocasionada, por uma conduta omissiva do agente público alemão.

No Brasil, a previsão é menos expressa. Enquanto que na Alemanha o interesse de agir em concreto surge a partir do momento em que uma autoridade deixe de aplicar uma norma por entendê-la incompatível com a Constituição, aqui, necessário se faz o surgimento de uma *controvérsia judicial*.

Mas, poder-se-ia perguntar, o fato de uma autoridade alemã deixar de aplicar uma lei também não gera uma controvérsia judicial?

A resposta dependerá da autoridade que deixou de aplicar a norma. Se foi um tribunal, teremos uma controvérsia judicial. Se for uma autoridade administrativa, pode-se ter uma *controvérsia jurídica*, mas não judicial.

Ocorre que, no Brasil, diferentemente da Alemanha, não se aponta na norma, quais autoridades que podem ou não deixar de aplicar a lei. Mais ainda, para que surja a possibilidade de proposição de declaração de constitucionalidade por via de ação no Brasil necessário obviamente que ela deixe de ser aplicada. Mas, para isso,

---

<sup>397</sup> A possibilidade do Poder Executivo no Brasil deixar de aplicar uma lei por inconstitucional é matéria polêmica e será vista abaixo, ao enfrentarmos os efeitos da declaração de constitucionalidade.

ela deve ser questionada.

Melhor explicando. Para o direito alemão, o interesse de agir em concreto surge a partir do momento que exista a recusa formal de aplicação de uma norma jurídica por parte da autoridade competente, ainda que *ex officio*.

Isso porque, naquele país, não existe um controle difuso de constitucionalidade como no Brasil. Como vimos, a via difusa na Alemanha é inaugurada pelo próprio juiz que, ao verificar uma questão constitucional remete o caso à apreciação do Tribunal Constitucional.

No controle difuso brasileiro, o juiz de primeira instância é apto a fazer o julgamento. Assim, para que seja inaugurado o controle difuso de constitucionalidade, é necessário que alguém vá bater às portas do Judiciário, objetivando questionar a constitucionalidade de uma lei.

Dessa forma, diferentemente do que se observa na Alemanha, somente uma lide *subjéctiva* que traga em seu bojo uma *controvérsia jurídico-constitucional*, permitirá aos legitimados ativos a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

No nosso entendimento, portanto, há um *plus* entre a controvérsia jurídica nos termos da legislação brasileira e alemã. Naquele país é necessário que alguém *deixe de aplicar a norma*. No direito pátrio, para o surgimento da controvérsia jurídica, é necessário que alguém *suscite a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo*, perante o Poder Judiciário.

Obviamente que, se suscitada a inconstitucionalidade de uma decisão na via difusa suspenda a lei para um caso concreto (v. g. concessão de liminar em mandado de segurança), o paralelo com o direito alemão se faz muito mais presente.

Todavia, a Constituição alemã, como vimos, autoriza expressamente que autoridades executivas se recusem a aplicar uma lei tida por inconstitucional *ex officio*, o que possibilitaria aos legitimados, o recurso à via concentrada.

E no Brasil? Essa competência assiste aos servidores públicos do Poder Executivo ou apenas ao Judiciário assiste a competência de deixar de aplicar a lei ao caso concreto?

A questão é controvertida.

Para alguns doutrinadores essa é uma possibilidade indiscutível. Nesse sentido o magistério de Alexandre de Moraes:

*“Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais; contudo essa presunção, por ser relativa, poderá ser afastada, tanto por órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional, uma vez que, assim como os demais Poderes de Estado, também está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito, as normas constitucionais<sup>398</sup>”.*

Em que pese a autoridade do jurista citado, não concordamos com tal premissa. E para demonstrar o porquê, abriremos um sucinto parêntese.

A possibilidade de o Executivo negar-se a aplicar leis tidas por inconstitucionais ganhou força, segundo Celso Agrícola Barbi, sob a égide da Constituição de 1967/69. Sigamos a trilha do jurista:

*“Merece referência especial, a disposição contida no art. 114, n. I, ‘I’, segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente ‘a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ao normativo federal ou estadual”.*

*“Esse dispositivo que repete a inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, criou, como já se disse a respeito desta, a possibilidade de ser intentada ação com a finalidade exclusiva de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não apenas dos Estados, mas também dos elaborados pelo Legislativo federal. Com o novo campo aberto ao exame das leis contrárias à Constituição, adiantou-se um grande passo no*



aperfeiçoamento do instituto e no aprimoramento dos meios destinados a manter a supremacia efetiva da Constituição Federal sobre o restante do ordenamento jurídico do país”.

“O sistema vigente no regime das Constituições de 1934 e 1946, que só previam esse exame da lei, em tese, quando fosse examinada dos Estados-membros e como preliminar de processo de intervenção federal, já abrisse salutares perspectivas para a ampliação dos meios de controle. Certos juristas propugnaram mesmo uma interpretação extensiva, que permitisse o uso da arguição de inconstitucionalidade mesmo quando não estivesse em jogo o problema de intervenção federal. Agora, a questão ficou definitivamente resolvida, não só com relação a leis estaduais, mas também com relação a leis federais”.

*“O dispositivo é também de grande relevância para o reforço dos poderes do Executivo federal, pois freqüentemente vetava estes projetos de lei que entendia inconstitucionais, mas o Congresso rejeitava o veto e não tinha o Chêfe do Governo meios legais simplificados de evitar a aplicação da lei que considerava inconstitucional. Sustentou mesmo a Presidência da República, como meio de evitar a aplicação dessas leis, a legalidade do procedimento do Executivo em negar aplicação a leis que considerasse contrárias à Constituição ficando ao interessado o caminho de reclamar ao Judiciário contra a atitude daquele Poder<sup>399</sup>”.*

O Supremo Tribunal Federal agasalhou a proposição, como se pode depreender do julgamento da Representação nº 980/SP:

<sup>398</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 243, grifou-se.

<sup>399</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do Controle de Constitucionalidade*, p. 42. O jurista arremata:

*“Nessa oportunidade, examinariam os juizes a constitucionalidade da lei que o executivo se recusava a aplicar. A tese logrou aceitação máxima porque não subtraía ao Judiciário a oportunidade de dar a última palavra a questão”.*

“Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – a lei que se lhe afigure inconstitucional<sup>400</sup>”.

Sob a égide da nova Constituição, acreditou-se que tal tese estava superada, em decorrência do princípio da legalidade dos atos administrativos (Constituição Federal, artigo 37) decorrente dos direitos e garantias fundamentais, estampados no artigo 5º (Constituição Federal, artigo 5º, inciso II)<sup>401</sup>.

Ou seja, por duas vezes a Constituição Federal determina que os agentes públicos se submetem ao princípio da legalidade. E o *bis in idem* foi proposital. Ao comentar o princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que:

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.<sup>402</sup>”

A nova disposição constitucional repercutiu na Corte Máxima de nosso país e, muito embora Zeno Veloso saliente que o tema não fosse objeto da ação principal<sup>403</sup>, eis trecho da decisão proferida nos autos da ADIn nº 221-0/DF:

“O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado

<sup>400</sup> Representação nº 980/SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95 (508).

<sup>401</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed, São Paulo: Editora Atlas, 1992, p. 59.

<sup>402</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>403</sup> Zeno Veloso. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, p. 322

com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais<sup>404</sup>.

Mas a decisão não libera as dúvidas totais, posto que, segundo o entendimento pretoriano, ainda cabe aos Chefes do Executivo e do Legislativo, a determinação para seus subordinados do não cumprimento das leis que repute inconstitucionais; o que, entendemos, é um contra-senso com a assertiva do próprio julgado de que o controle de constitucionalidade é ato privativo do Poder Judiciário.

Assim, ainda que atingida com afinco na sua força, a tese que proclama a possibilidade do Poder Executivo, de ofício, não aplicar leis que repute inconstitucionais, não faleceu por completo.

Acompanhando Zeno Veloso<sup>405</sup>, temos que o Poder Executivo não tem competência para deixar de aplicar as leis que entenda inconstitucionais. A uma porque essa não é a sua função, que é a de justamente “executar” os comandos normativos. A duas, por razões de preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

Diz aquele autor:

“Permitir que este Poder (o Poder Executivo), *ex propria auctoritate*, cancele a eficácia de norma jurídica, porque a reputa contrária à Constituição, é consagrar tese perigosíssima, que pôde por em risco a Democracia, num país em desenvolvimento, como o nosso, com tantas e tão graves limitações e carências, com uma vocação histórica – e até o momento incontrolável – para o autoritarismo, com um Executivo verdadeiramente autoritário e imperial, significando o princípio da divisão de poderes quase uma letra morta no Texto Magno<sup>406</sup>”.

<sup>404</sup> ADIn nº 221-0/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 151 (331).

<sup>405</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. p. 322.

Não podemos esquecer que essa tese ganhou em força durante um regime ditatorial que “fingia” a existência de um Estado de Direito, enquanto governava por atos institucionais, pela intolerância, pela tortura<sup>407</sup>. Esse temor do Poder Executivo deve sempre ficar na lembrança, como forma de evitar-se novos desmandos. Mas não é necessário revisitar nenhuma das premissas de então com tanto vigor.

Portanto, um verdadeiro Estado Democrático de Direito não pode se alinhar com competências conferidas em um regime de exceção, justamente para fortalecer o regime. Aliás, essa negativa do Poder Executivo à época de negar-se a aplicar uma lei teimosamente sancionada (notadamente depois de um veto presidencial) por um tímido e temeroso Poder Legislativo cujas Casas podiam ser dissolvidas a qualquer momento, quer nos parecer muito mais em defesa do regime em si, do que da Constituição.

Ou seja: utilizava-se como argumento a preservação da supremacia constitucional para, na verdade, manter a supremacia de um regime ditatorial, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito.

Hodiernamente, com tantos problemas advindos da globalização, de um verdadeiro império do Mercado (com maiúscula), os interesses que possam ser defendidos sob o argumento de preservação à “supremacia constitucional” podem ser tão temíveis quanto para manter um regime ditatorial<sup>408</sup>.

Por outro lado, no direito brasileiro há a presunção de legitimidade e a auto-executoriedade dos atos emanados pelos Poderes Públicos. A transgressão a essa regra, além da violação ao princípio da legalidade, ocasionaria uma situação bastante curiosa.

Vimos que uma das maiores críticas à ação declaratória de constitucionalidade seria a sua imprestabilidade, uma vez que os atos do Poder Público são presumivelmente legítimos e constitucionais. Indagava-se, portanto, qual a utilidade de tal medida.

<sup>406</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 322.

<sup>407</sup> Quanto à tortura, confira-se Elio Gaspari. *A Ditadura Escancarada*, p. 13-125.

<sup>408</sup> Cumpre salientar, ainda, que estaria se fazendo um julgamento meramente político, *ex officio* e, pior, sem qualquer garantia processual constitucional, senão a possibilidade de utilizar-se do Poder Judiciário para tentar consagrar um direito, o que de *per si* já é um absurdo, principalmente levando-se em conta, como muito bem destaca Zeno Veloso, estarmos em um país absolutamente carente de

Se aceitarmos a tese de que o Poder Executivo (ou o Legislativo) podem se recusar a aplicar uma lei ou ato normativo, por acreditarem que haja dissonância com a Constituição, subverteríamos o princípio da legitimidade dos atos públicos para o princípio da inconstitucionalidade dos atos públicos. Ou seja, as leis ou atos normativos seriam presumivelmente *inconstitucionais*.

Nesse viés, "inútil", seria a ação direta de inconstitucionalidade...

Fechemos, todavia, o longo parênteses e retomemos o tema. Dizíamos que, no direito alemão, *compete* a um funcionário público deixar de aplicar uma norma, por hermenêutica ao artigo 93, I, nº 2, da Lei Fundamental de Bonn.

Muito embora acreditemos que essa possibilidade não deve ser utilizada, o mero fato de que a controvérsia exista, pressupõe que o Executivo brasileiro possa, de alguma forma, negar-se a aplicar lei tida por inconstitucional.

O que é mais grave e que, no nosso entender, dever-se-ia sepultar de vez o entendimento de que o Poder Executivo possa exercer o poder de fiscalizar e, nesse sentido, deixar de aplicar as leis por eventual dissonância com a Constituição, uma vez que o artigo 14, inciso III, da Lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999. Determina aquele artigo:

"A petição inicial indicará:

(...)

III – e existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória".

Controvérsia judicial não é controvérsia administrativa. Assim se o Poder Executivo negar-se a aplicar uma lei, por entendê-la dissonante com a Constituição brasileira, tal fato não ensejará a possibilidade de ingresso da ação declaratória de constitucionalidade. A controvérsia é "judicial", o que pressupõe decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

A recusa de aplicação das leis pelo Poder Executivo, ante a determinação legal supramencionada, poderia transformá-lo em um superpoder, acima de todos os

---

cidadania (*Op. Cit.*, p. 322). Isso talvez reforce a tese de que o controle de constitucionalidade deva ser, realmente, jurídico, para garantir a supremacia da constituição.

demais, o que violaria frontalmente o princípio da separação de poderes.

Conclui-se, nesse sentido, que a controvérsia jurídica, para efeitos de legitimação para agir em abstrato, surge *certamente* com o levantamento da questão no Judiciário pela via difusa e, via de conseqüência, com decisões que agasalhem ou não essa inconstitucionalidade, mas, principalmente, se há disparidade nessas decisões judiciais, o que diferencia a nossa ação declaratória de constitucionalidade de sua similar germânica.

Entretanto, a controvérsia pode surgir também, *possivelmente* se o Poder Executivo se negar a aplicar a lei (isso porque, se há doutrinadores que assim aduzem, aliado ao fato que a decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>409</sup> que conheceu da dita possibilidade, além de contraditória, o fez *em passant*<sup>410</sup>). Todavia, nesse caso, não haveria a possibilidade de deflagração dessa modalidade de controle concentrado (a lei fala em controvérsia judicial) o que a afasta de sua congênere alemã.

Portanto, a origem da possibilidade de declaração de constitucionalidade no controle abstrato de normas, diretamente, surgiu no direito alemão, muito embora fizesse, parte de nosso cotidiano há tempos.

Como vimos acima, à época que se consagrava a tese de que o Poder Executivo podia recusar-se a aplicar uma lei tida por inconstitucional, nada mais restava ao cidadão senão socorrer-se do Poder Judiciário que simplesmente *declarava a constitucionalidade* da lei cuja aplicação fora recusada<sup>411</sup>.

Com relação ao controle abstrato de normas, a possibilidade de declaração das leis constitucionais é decorrência do próprio sistema.

De fato, se o Tribunal Constitucional é provocado via de ação direta de inconstitucionalidade e julga a ação improcedente, nada mais está fazendo do que *reconhecer a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado*.

"Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão de que a lei questionada é constitucional, então afirmará expressamente a sua

<sup>409</sup> ADIn nº 221-0/DF, Rel. Min. Morcira Alves, RTJ 151 (331).

<sup>410</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 322.

<sup>411</sup> Celso Agrícola Barbi. *Evolução do Controle de Constitucionalidade*, p. 42.

constitucionalidade, julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade<sup>412</sup>”.

A diferença reside em um ponto básico e fundamental: no exemplo acima, visava-se a declaração de inconstitucionalidade. Considerar-se a lei constitucional é efeito diametralmente oposto ao do pedido.

Na declaração de constitucionalidade, busca-se justamente a declaração de constitucionalidade. Desculpamo-nos pelo óbvio ululante da frase, mas é necessário. Anote-se porquê.

A declaração de constitucionalidade é o pedido da ação. Parece claro que a declaração de inconstitucionalidade também é elemento indissociável desse tipo de controle, uma vez que a ação declaratória de constitucionalidade, julgada improcedente, declara a norma ou ato normativo inconstitucional. Não fosse assim, não haveria possibilidade de verificarem-se os efeitos da improcedência.

Zeno Veloso, a propósito de tal tema, deixou consignado o seguinte:

“Ressalte-se, entretanto, que, mesmo antes da EC 3/93, que inseriu em nosso sistema de controle a ação declaratória de constitucionalidade, se o Supremo Tribunal Federal considerasse improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, estaria declarando, é claro, a constitucionalidade da norma impugnada<sup>413</sup>”.

Como muito bem acentuou o autor, a improcedência da ação direta nada mais é do que o reconhecimento da constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado.

Assim, é possível entender que a declaração de constitucionalidade (ao menos quanto aos efeitos) já se encontrava inserida na Constituição Federal de 1988. Pode-se afirmar até que esse controle seja elemento intrínseco do próprio controle de constitucionalidade concentrado.

A Emenda Constitucional nº 3 de 1993 possibilitou, apenas, que esse efeito

<sup>412</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, p. 291.

<sup>413</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 281.

de improcedência da ação direta pudesse ser reconhecido em ação própria. Não inovou nesse sentido, com relação aos efeitos da declaração, embora tenha criado uma ação nova:

“Portanto, a figura da ação declaratória de constitucionalidade é uma figura processual nova, mas não significa uma inovação em nosso direito, pois já estava implícita em nosso ordenamento”.

“O que fez a EC 3/93 foi *autonomizar* a ação declaratória de constitucionalidade, conferindo-lhe uma disciplina própria, embora a figura já existisse em nosso controle abstrato<sup>414</sup> (...)”.

Dessa forma, a declaração de constitucionalidade de uma norma não é novidade no direito brasileiro. A novidade foi eleger-se uma via própria para consagrar-se diretamente um pedido nesse sentido.

E essa eleição se deu com base em instituto processual já existente no direito pátrio, uma ação que, por sua natureza própria, se presta a conferir certeza a uma relação jurídica ou confirmar a existência de um ato ou uma relação jurídica: a ação declaratória.

## 2.1 – Ação Declaratória e Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ação declaratória tem suas origens no direito romano. Segundo Adailson Lima e Silva, essa ação já delineava suas características antes mesmo do período Justiniano, porém, seus contornos passaram a ser mais bem definidos nesse período<sup>415</sup>. Informa o jurista:

“As fórmulas prejudiciais, de fato e de direito, existiam bem antes de Justiniano, porém, sem os contornos da ação declaratória como estudamos hoje. Apesar de ter sua atuação restrita, obtiveram, com

<sup>414</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 282.

<sup>415</sup> Adailson Lima e Silva. *Ação Declaratória*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 55.



o passar dos tempos, o regulamento de ação autônoma, com delineamento jurídico processual no período Justinianeu. A conclusão inabalável é de que a ação declaratória, como estudamos hoje, não é uma criação de Justiniano, mas fora obra de sua sistematização processual, tão somente, não se pode afirmar que fora sua criação, instituto processual existente antes de seu tempo<sup>416</sup>.”

O mesmo autor também escreve que a “primeira legislação que codificou a ação declaratória, foi a alemã, em 1877, com base em lei ordinária, de origem francesa – action en reconnaissance d'écrit ou detitre, ordenança de Villers-colterests de agosto de 1539, que tinha como escopo o reconhecimento de títulos e documentos<sup>417</sup>”.

O instituto aportou em terras nacionais por intermédio das Ordenações Filipinas, Livro III “que disciplinava os juízos provocatórios e as Exceções Prejudiciais<sup>418</sup>”.

O mesmo autor informa ainda que o primeiro Código a discipliná-la foi o do Distrito Federal de 1924<sup>419</sup>, ainda remontando à época dos Códigos de Processo estaduais e distritais. Posteriormente, a ação declaratória foi inserida no Código de Processo Civil de 1939, sendo que a legislação processual civil codificada em vigor, incorporou e aperfeiçoou o instituto<sup>420</sup>.

A ação declaratória incorporada no direito processual civil brasileiro de hoje, diverge profundamente de seus contornos romanísticos, oriundos das ações prejudiciais, que as antecederam.

De fato as *preiudicium* objetivavam a mera produção de prova ou certeza, relativas a determinado fato, para posterior uso em outra ação, “como ponto nevrálgico de uma nova demanda<sup>421</sup>”.

<sup>416</sup> Adailson Lima e Silva. *Ação Declaratória*, p. 55.

<sup>417</sup> Adailson Lima e Silva. *Op. Cit.*, p. 55. No mesmo sentido: Orlando de Assis Moreira. *Ação Declaratória – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Aidê Editora, p. 41.

<sup>418</sup> Adailson Lima e Silva. *Ação Declaratória*, p. 55.

<sup>419</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>420</sup> Orlando de Assis Corrêia. *Ação Declaratória – Teoria e Prática*, p. 42.

<sup>421</sup> Adailson Lima e Silva. *Op. Cit.*, p. 56.

Todavia, o objetivo da ação declaratória, tal como prevista hoje no ordenamento jurídico, não é a produção de provas para discussão em demanda posterior. Aliás, essa característica faz aproximar muito mais as *preiudicium* romanas do processo cautelar de produção antecipada de provas (Código de Processo Civil, Capítulo II, Seção VI, artigos 846 a 851) do que da ação declaratória.

A ação declaratória visa, sobretudo, verificar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, conferindo a essa relação, por intermédio da decisão, certeza jurídica<sup>422</sup>.

Importante para a correta compreensão da ação declaratória encontra-se estampada nos autos do Recurso Especial nº 7.478-SP, no qual o Relator, Ministro Ilmar Galvão, deixou consignado que a ação declaratória "*Trata-se de ação que não se presta para atender a mera pretensão da interpretação da lei em tese mas afastar estado de incerteza objetiva acerca da existência, ou não, de relação jurídica*"<sup>423</sup>.

Em resumo, a ação declaratória genericamente considerada, confere certeza a uma relação jurídica, evitando ulteriores questionamentos quanto à sua validade ou invalidade.

No campo constitucional, a possibilidade de verificar-se uma relação jurídica, por intermédio da certeza de constitucionalidade de uma lei, declarada pelo Poder Judiciário, faz-se relevante porque a sua inexistência impediria a atuação direta, no meio de um verdadeiro caos judiciário, formado em virtude de uma lei polêmica cuja constitucionalidade esteja sendo discutida.

Não seria possível a pacificação dos ânimos até que uma das autoridades ou entidades constantes do artigo 103 da Constituição Federal propusessem ação direta de inconstitucionalidade, para que o Supremo Tribunal Federal, em única e última instância, decidisse sobre a questão.

Pois bem, suponhamos que houvesse o interesse na declaração de constitucionalidade de uma lei cuja compatibilidade com a Magna Carta estivesse sendo discutida, por meio do controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>422</sup> Adailson Lima e Silva discorda desse posicionamento, alertando que "*A certeza almejada é uma das qualidades da coisa julgada e nunca objeto da ação declaratória* (cit. p. 57). Não concordamos com esse ponto de vista, posto que, o juiz, ao conhecer da ação verificará ou não a existência de tal relação, o que, ainda que indiretamente, conferirá certeza ao ato. A coisa julgada é qualidade dessa decisão e não efeito da decisão em si.

Não fosse a existência da ação declaratória de constitucionalidade, duas medidas seriam possíveis, a saber: aguardar pacientemente a proposição de ação direta de inconstitucionalidade para então argumentar no sentido da compatibilidade da hipotética lei com a Constituição, ou, de cunho próprio, ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual, a bem da verdade, o intuito seria a improcedência.

A primeira hipótese é incompatível com o Estado Democrático de Direito que exige governos ágeis, sem que a agilidade nos procedimentos viole a segurança jurídica de seus cidadãos<sup>424</sup>.

A segunda medida é menos compatível ainda. Seria, além de juridicamente inviável, uma *manobra eticamente discutível*. Imaginemos que a ação seja aceita. O próprio governo, por intermédio do advogado-geral da União, elabora a defesa de uma inicial que ele mesmo confeccionou, com o escopo de ver a ação improcedente...

O Supremo Tribunal Federal já teve de firmar posicionamento quanto à questão. A esse respeito, anote-se o voto condutor do ministro Moreira Alves no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade 1-1/DF:

"Para enfrentar esse problema, a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento suficiente em virtude de duas circunstâncias: a de que – como ficou assentado no julgamento da representação de inconstitucionalidade nº 1.349 (RTJ 129/41 e s. – não é ela cabível quando o autor a propõe sustentando a constitucionalidade do ato normativo, e pretendendo, portanto, obter a declaração de sua constitucionalidade pela via indireta da decisão de improcedência dessa ação<sup>425</sup>; (...)"

Fica claro que, ingressar-se com uma ação direta de inconstitucionalidade,

<sup>423</sup> REsp. 7.478-SP, Relator, Min. Ilmar Galvão, RT 627 (228).

<sup>424</sup> Walter Claudius Rothemburg. *Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99*, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*, Daniel Sarmento (oorg.), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 271.

<sup>425</sup> ADC 1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: www.stf.gov.br.

objetivando intuito oposto, ou seja, a declaração de constitucionalidade da norma, afigura-se impossível.

## 2.2 – Finalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Pois bem. Ainda que essa possibilidade já fosse conhecida no direito brasileiro, uma das maiores críticas realizadas ao instituto seria a falta de necessidade de um instrumento dessa natureza.

Se os atos exarados pelo Poder Público são presumivelmente legítimos, auto-executórios e obrigatórios a partir do momento de sua publicação, por que declará-los constitucionais?

Realmente. Uma declaração de constitucionalidade, a primeira vista, somente seria necessária se, ao inverso, os atos do Poder Público fossem presumidamente inconstitucionais, o que não ocorre<sup>426</sup>.

Assim, se as normas exaradas pelo Poder Público são, a priori, dotadas de legitimidade e força coativa e constitucionalidade presumida, não haveria a necessidade de que fossem declaradas constitucionais.

Ora, se os atos exarados pelo Poder Público têm a legitimidade presumida, não haveria, em uma primeira análise, a necessidade declaração judicial de que tais atos sejam validados em ação a ser proposta pelo próprio Poder Público. Não haveria interesse de agir em concreto.

Todavia, necessário se faz demonstrar que a legitimidade (e via de conseqüência, a legalidade) do ato administrativo, ou a constitucionalidade da lei, é revestida de presunção *juris tantum* e não *iure et de iure*. Nesse sentido, a passagem de Alexandre de Moraes, inclusive já citada neste trabalho:

**“Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais; contudo essa presunção, por ser *relativa*, poderá ser afastada, tanto por órgãos do Poder Judiciário, por**

<sup>426</sup> Tudo isso se respeitando o princípio de que o Poder Executivo não possa de ofício negar-se a aplicar uma lei tida por inconstitucional.

**meio do controle difuso de constitucionalidade**, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional, uma vez que, assim como os demais Poderes de Estado, também está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito, as normas constitucionais<sup>427</sup>.

Nesse sentido, também o magistério de Zeno Veloso:

“Além do mais não podemos esquecer que há presunção de constitucionalidade das leis, embora não seja absoluta, mas *juris tantum*. Essa presunção só pode ser informada por decisão do Poder Judiciário, e, ressalte-se, tratando-se de Tribunal, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade pode ser declarada (CF, art. 97)<sup>428</sup>”.

Ou seja, é possível rechaçar uma lei tida como inconstitucional por meio do controle de constitucionalidade, cujos remédios se encontram na Carta Política<sup>429</sup>.

Ora, no exercício desse controle, é plausível que a constitucionalidade seja declarada, e os efeitos dessa declaração modificarão de uma presunção de constitucionalidade (*juris tantum*) para a certeza da constitucionalidade (*iure et de iure*).

Assim, a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade é transformar um ato *presumivelmente* constitucional em um ato *indiscutivelmente* constitucional, em homenagem à segurança jurídica.

“Nesse ponto, situa-se a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade: *transformar a presunção relativa de*

<sup>427</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. p. 243, grifamos.

<sup>428</sup> Zeno Veloso. *O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. p. 323.

*constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes*<sup>430</sup>”.

Sendo a ação julgada procedente, o que era *presumível* torna-se *certo*, o que, além de consagrar segurança jurídica, posto que os jurisdicionados poderão se socorrer da certeza constitucional da lei, com a finalidade de entabular seus atos jurídicos, faz impedir com que o mesmo tema seja rediscutido ante o Poder Judiciário, impedindo o ingresso de demandas ou a utilização de defesas contra demandantes que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, verificar-se-iam inconsistentes.

Ou, como assevera Oscar Vilhena Vieira:

“(...) tem por finalidade evitar que uma lei ou ato normativo federal sejam sistematicamente desaplicados pelos tribunais inferiores até que a questão seja decidida pela Supremo Tribunal Federal, em última instância, como ocorreu com o bloqueio dos cruzados, durante o governo Collor. Por força do § 2º do art. 102, criado pela Emenda Constitucional 3 de 1.3.1993, ‘as decisões definitivas de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais Órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

“O seu objetivo foi transferir para o Supremo a decisão sobre a inconstitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, suspendendo assim o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, todos os juízes e Poder Executivo ficam obrigados à decisão proferida pelo Tribunal, como ocorre, por exemplo, no caso da ADC-9 DF que teve pro objetivo da declaração da constitucionalidade da Medida Provisória 2.152-2/01, que estabeleceu a política para gerenciamento da crise

---

<sup>430</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 243.

energética<sup>431</sup>”.

### 2.3 – Pressupostos da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Outra consideração acerca do tema necessita ser sopesada. Declarando o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de lei ou ato normativo, por via de ação própria, ou seja, transformando um ato *presumivelmente* constitucional em um ato *absolutamente* constitucional, não se estaria transformando o Tribunal em um mero “chancelador” dos atos emanados pelos demais poderes?

Essa hipótese, também aventada dentre as críticas feitas à ação declaratória<sup>432</sup> não é, segundo a nossa opinião, procedente.

A uma porque o controle por intermédio da ação declaratória é sucessivo, ou seja, *posterior* ao ingresso da lei no mundo jurídico.

A pretensa “chancela” dar-se-ia apenas na hipótese do Supremo Tribunal Federal declarar a lei constitucional *antes* de seu ingresso no mundo jurídico.

Por outro lado, a legislação de regência exige que, para o conhecimento de uma ação declaratória de constitucionalidade, haja uma controvérsia judicial sobre o tema, como se depreende da leitura do artigo 14 da Lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999:

“A petição inicial indicará:

(...)

III – e existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

Assim, a controvérsia ou dúvida sobre a constitucionalidade da lei é requisito essencial ao deflagramento da via abstrata.

<sup>431</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. p. 135.

<sup>432</sup> Marcelo Figueiredo. *Ação Declaratória de Constitucionalidade. Uma Novidade Infeliz e Inconstitucional*, p. 92.

O Supremo Tribunal Federal<sup>433</sup>, talvez por inspiração de seu congênere germânico, estabeleceu a necessidade de “controvérsia” (a qual qualificou de judicial) para a utilização da ação declaratória. Já tivemos a oportunidade de assentar que, a existência de tal controvérsia, possibilitaria o entendimento de que há lide no processo objetivo. Por agora, apenas situaremos essa controvérsia como elemento pressuposto da ação.

Tendo o Supremo Tribunal Federal construído a exigência de “controvérsia judicial” (o que foi incorporado na Lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999, em seu artigo 14, inciso III) para a propositura da ação declaratória, não se faz mais possível entender o Pretório Excelso como um mero “chancelador” dos atos dos demais Poderes.

Isso porque não será possível admitir tal ação, tão logo a lei seja publicada. Ou seja, deverá haver um interregno entre a publicação da lei e a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, justamente para que seja verificado se, a lei cuja constitucionalidade se quer *absoluta* será questionada por dissonante com a Constituição.

“A ação declaratória de constitucionalidade, como lembrado ‘pressupõe’ controvérsia a respeito da constitucionalidade da lei, o que é aferido diante da existência de um grande número de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada<sup>434</sup>”.

Sob esse ponto de vista, conclui-se que a ação declaratória de constitucionalidade não visa, portanto, dar legitimidade à lei ou ao ato normativo. Tais requisitos já lhes são próprios. A ação declaratória de constitucionalidade visa a dar efeitos *iure et de iure* a um ato normativo federal ou lei que esteja sendo objeto de indagação e polêmica, em prol da segurança jurídica.

<sup>433</sup> Nesse sentido o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>434</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 59.



“A comprovação da controvérsia exige prova da divergência judicial, e não somente entendimentos doutrinários diversos (...)”<sup>435</sup>.

Ou seja: a partir do momento em que se haja deflagrado uma controvérsia jurídico-constitucional sobre uma determinada lei ou ato normativo, então, e somente então, haverá possibilidade de instaurar-se a ação declaratória. Enquanto isso não ocorrer, ou se não vier a ocorrer, não haverá *interesse abstrato* (no sentido processual da palavra) para que os legitimados instaurem essa via<sup>436</sup>.

Assim, podemos dizer, resumidamente, que a ação declaratória de constitucionalidade tem por finalidade tornar a lei ou ato normativo, *presumivelmente* constitucionais, em lei ou ato normativo *certamente* constitucionais, em função do pressuposto de uma controvérsia jurídico-constitucional que tal lei, ou ato normativo, tenham suscitado no meio social.

Outro ponto de extrema relevância, que se relaciona com a possibilidade de ingresso desse tipo de ação, no nosso entendimento, é que não basta a mera controvérsia judicial para que a ação declaratória de constitucionalidade seja proposta. É necessária a desvinculação da ação dos interesses pessoais e governamentais do controle abstrato da norma.

Não podemos esquecer que os legitimados ativos são extraordinários e atuam em substituição processual<sup>437</sup>. Assim, além de agirem em prol da defesa da supremacia constitucional, atuam em prol de todo povo brasileiro em ter garantida a supremacia constitucional.

Por outro lado, o controle abstrato não se presta ao conhecimento de

<sup>435</sup> Alexandre de Moraes. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. p. 244.

<sup>436</sup> O Ministro Sydney Sanches, no julgamento da ADCMC 4/DF ao avaliar que “algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal” estavam deferindo tutela antecipada em processos movidos contra a Fazenda Pública, por entenderem que a Lei 9.494 de 10 de setembro de 1994 seria inconstitucional enquanto outras instâncias “igualmente ordinárias e até uma Superior – o STJ – a tem indeferido reputando constitucional o dispositivo”, consignou que “diante desse quadro, é admitível a ação direta de constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102, para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional”. DJ 21/05/1999. Fonte:

www.stf.gov.br

<sup>437</sup> Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, José Carlos Barbosa Moreira (coord.), p. 9; Alexandre Freitas Câmara. *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*, Daniel Sarmiento (org.) p. 13.

interesses subjetivos, ou seja, não há “possibilidade de discussão de situações individuais e concretas”<sup>438</sup>.

Ou seja, de nada adiantará a existência de *controvérsia judicial relevante* se de outra feita, os legitimados não conseguirem comprovar a inexistência de interesse individual ou concreto na declaração de constitucionalidade da norma. Leia-se, se os legitimados não conseguirem afastar o entendimento de que a ação foi proposta em prol de uma alegada “governabilidade” ou para defender interesses políticos de ocasião.

Nessa hipótese, a petição inicial deve ser rechaçada de plano, aliás, como autoriza o próprio artigo 15 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. Ela será inepta por não conseguir comprovar o interesse dos substituídos pela legitimação extraordinária e ainda, por não se prestar à defesa dos interesses subjetivos do governo ou das demais autoridades legitimadas ativas.

Essa inépcia da inicial poderá ter por base o que Oscar Vilhena Vieira chama de ética de princípios, em detrimento do que o citado autor denomina ética consequencialista:

“É a partir de sua interpretação da Constituição que deve o Tribunal derivar suas decisões. Não cabe a ele explorar as eventuais conseqüências em bases utilitárias, de uma outra decisão para assumi-la como correta”<sup>439</sup>.

Assim, além da controvérsia judicial, essa ação somente poderá ser proposta se, os legitimados ativos, conseguirem comprovar outro requisito do interesse de agir em concreto: a desvinculação da utilização da via concreta para a satisfação de interesses subjetivos, sejam pessoais, sejam políticos.

## 2.4 – Efeitos da Ação Declaratória de Constitucionalidade

<sup>438</sup> Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1434-SP, Rel. Min. Celso de Mello DJ 22/11/1996, p. 45682, fonte: Supremo Tribunal Federal, módulo de recuperação textual (pesquisa realizada diretamente no próprio tribunal).

<sup>439</sup> Oscar Vilhena Vieira. Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política, p. 230.

Analisados a possibilidade de declaração da constitucionalidade das leis, da finalidade da ação e de seus pressupostos, verifiquemos os seus regulares efeitos.

Pacífico é que a ação em estudo pertence ao denominado controle concentrado de constitucionalidade. Em consequência disso, não há maiores considerações para comprovar a afirmativa do efeito *erga omnes*.

Quanto aos efeitos no que concerne ao resultado, se a ação declaratória de constitucionalidade for julgada procedente, a lei em tese sagrar-se-á constitucional. Se julgada improcedente, a lei em tese será retirada do direito positivo, pois considerada em conflito com a Magna Carta.

Os efeitos da procedência da ação declaratória de constitucionalidade, a princípio, não operam grande diferença. A lei já vigia antes e continuará vigendo depois. Gilmar Ferreira Mendes coloca a questão nos seguintes termos:

“Não se tem, porém, uma mudança qualitativa na situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo”.

“A validade da lei não depende da declaração judicial da lei e vige, após a decisão, tal qual vigorava anteriormente. Não fica o legislador, igualmente, impedido de alterar ou mesmo revogar a norma em questão<sup>440</sup>”.

Ou seja, como muito bem explanou o citado jurista, *a validade da lei não depende da declaração judicial. E nunca dependeu – excluída a hipótese de improcedência da ação declaratória de constitucionalidade (ou da procedência da ação direta).*

Dessa forma, em razão da *presunção* de legitimidade dos atos emanados pelo Poder Público, pode-se afirmar que os efeitos da declaração de constitucionalidade são *erga omnes* (pois se trata de controle concentrado de constitucionalidade) sendo que o Tribunal simplesmente conferirá certeza constitucional (ou seja, efeitos *iure et de iure*) a uma norma que já vigia.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal simplesmente estará

conferindo certeza constitucional a uma lei ou ato normativo em virtude de um *pré-ordenamento* constitucional nesse sentido.

Resta saber se, essa verdadeira declaração de *validade constitucional* que torna uma lei ou ato normativo *presumivelmente* constitucionais para *certamente* constitucionais, terá eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*.

É comezinho que, nos sistemas de controle de constitucionalidade conhecidos, duas são as formas de efeitos no tempo com relação a um ato tido por inconstitucional *ex tunc* (ou seja, efeitos retroativos) ou *ex nunc* – a partir do momento da decisão em diante.

Como vimos, o primeiro efeito deriva do modo de controle incidental de constitucionalidade. A norma tida por inconstitucional é afastada do juiz no caso concreto. Para melhor rememorarmos tal premissa, repetiremos a abalizada lição de Anna Candida da Cunha Ferraz:

“Assim, na doutrina clássica construída a partir dessa decisão, o ato inconstitucional é nulo e írrito. Não produz efeitos. Não obriga. A nulidade fulmina a norma *ex tunc*. O Judiciário apenas ‘declara’ a nulidade<sup>441</sup>”.

Na outra ponta, com o aparecimento do controle concentrado de constitucionalidade, surge a possibilidade de que o ato tido por inconstitucional apenas perca seus efeitos a partir da decisão do Tribunal Constitucional. Ensina Elival da Silva Ramos que:

“Nos sistemas constitucionais que adotam a sanção de anulabilidade, portanto, a lei viciada por inconstitucionalidade produz efeitos até a sua invalidação por sentença, o que é possível graças à validade provisória que se lhe atribui. A decisão provoca mudança no plano do Direito material, não obstante já nele prevista (potencialmente)<sup>442</sup>”.

<sup>440</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, p. 291.

<sup>441</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz, *Apontamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*. Revista da PGE/SP, dez/1999, p. 29.

<sup>442</sup> Elival da Silva Ramos. *A Inconstitucionalidade das Leis – Vícios e Sanção*, p. 91.

Estabelecidas as diferenças, podemos afirmar que, seja na modalidade difusa, seja na modalidade concentrada, o Supremo Tribunal Federal sempre determinou que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo inconstitucional produzisse efeitos *ex tunc*<sup>443</sup>.

Para Gilmar Ferreira Mendes, “O dogma da nulidade da lei inconstitucional é uma verdadeira tradição do Direito brasileiro<sup>444</sup>”. E continua o jurista “Afirmava-se, quase sem contestação, que a declaração de inconstitucionalidade importava na nulidade da lei<sup>445</sup>”.

Acreditamos que, a única dissonância de tal posição, encontrava amparo no voto do Ministro Leitão de Abreu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343. Afirmou o Ministro, naquela ocasião que:

“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico, munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional à obediência pelos destinatários dos seus comandos<sup>446</sup>”.

Mas, como lembra Gilmar Ferreira Mendes<sup>447</sup>, por ocasião daquele voto, a tese não recebeu acolhida no plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim, segundo esse entendimento pretoriano, qualquer ato tido por inconstitucional, tão logo essa inconstitucionalidade fosse verificada, deixava de operar efeitos desde sua publicação.

No mesmo sentido um ato tido por constitucional, seja na via incidental, seja por ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, ou por ação declaratória provida. O ato, como não podia deixar de ser, uma vez que entendida

<sup>443</sup> Cf., a esse respeito, REExt. nº 93.365-MT, Rel. Min. Leitão de Abreu, *RTJ* 97 (1.329); Representação nº 971-RJ, Rel. Min. Djaci Falcão, *RTJ* 87 (758).

<sup>444</sup> Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. p. 275.

<sup>445</sup> *Idem*. p. 275.

<sup>446</sup> REExt. nº 79.343-BA, Rel. Min. Leitão de Abreu, *RTJ* nº 82, 791 (793)

<sup>447</sup> Gilmar Ferreira Mendes. *Op. Cit.*, p. 279.

sua constitucionalidade, jamais deveria ter seus efeitos interrompidos.

Para Regina Macedo Nery Ferrari, essa constatação é bastante simples: *“Tratando da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, na qual se pede que seja confirmada sua presunção de validade, não existe qualquer dificuldade em reconhecer que tais efeitos se fazem sentir ex tunc, isto é, tais efeitos retroagem ab initio, não criando, entretanto, qualquer postura jurídica diferente até aqui admitida”<sup>448</sup>*.

De outro lado, a diferença, a um primeiro momento, parece inócua (uma vez que a lei já vigia e continuará vigendo). Mas é bastante relevante em termos práticos. Resta saber se isso é possível em face do advento da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, que trouxe inovações profundas no sistema de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, e, ao regular as ações direta e declaratória de constitucionalidade.

A maior alteração vem capitulada no artigo 27 da lei em comento:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Essa é uma verdadeira novidade, em termos de controle concentrado de normas no Brasil, tendo em vista a referida tradição jurídica pátria em atribuir-se às decisões judiciais no controle concentrado de constitucionalidade sempre efeitos *ex tunc*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>449</sup> critica esse artigo com contundência.

<sup>448</sup> Regina Macedo Nery Ferrari. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 256.

<sup>449</sup> Já foi explanado aqui que o controle concentrado de constitucionalidade, na sua visão mais ortodoxa, notabiliza-se pela declaração de anulabilidade da norma impugnada, motivo pelo qual os efeitos da decisão são *ex nunc*. Vimos também, ao enfrentarmos o controle concentrado de constitucionalidade que confere ao Tribunal Constitucional austriaco, a competência de diferir os efeitos da inconstitucionalidade no tempo. Se de um lado não temos nada contra o fato de atribuir ao maior Tribunal pátrio a prerrogativa de determinar o momento que uma decisão exercida em controle

Sigamos o raciocínio do jurista:

“Desse texto devem-se destacar alguns pontos de grande alcance”.

“O primeiro, inegável, consiste em registrar que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito (...)”.

“O segundo, patente, é que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim, constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mais irá desconstituí-la neste ou naqueles termos”.

“Disto resulta um problema. É compatível essa formulação com uma ação ‘declaratória’ de constitucionalidade? Não se olvide que a ação de constitucionalidade é expressamente designada como

---

concentrado de constitucionalidade venha a operar seus efeitos, pois a idéia em si tem méritos, uma vez que de nada adiantaria o julgamento pela procedência de uma ação direta e restasse impraticável, principalmente se conferidos efeitos *ex tunc*. Esse tipo de confronto entre a decisão e o pragmatismo tem uma única conclusão possível: a perda de credibilidade do *decisum* e, ato contínuo, do próprio Tribunal. O Supremo Tribunal Federal, então, verificando não somente os requisitos impostos no artigo, mas, sobretudo, a possibilidade prática da aplicação da decisão retroativamente, pode escolher aplicá-la a partir da decisão ou do trânsito em julgado do acórdão. Todavia, alguns pontos são passíveis de críticas: a uma, não poderá o Tribunal, embora a lei lhe dê competência para tanto, escolher, “outro momento que venha a ser fixado”, principalmente, se os efeitos dispuserem para o futuro. Imagine-se: o Supremo Tribunal Federal julga procedente ação direta de inconstitucionalidade, mas determina que os efeitos de tal decisão passem a se produzir um ano após a publicação do acórdão. Durante esse ano, teríamos a vigência de uma lei já declarada inconstitucional pelo Tribunal competente para fazê-lo. É necessário aclarar que a legislação em comento apenas dispões sobre “outro momento que venha a ser fixado”, silenciando quanto a critérios objetivos que possam nortear qual momento seria esse, razão da hipótese acima criada. Ora, nesse hipotético caso, teríamos uma norma reconhecidamente inconstitucional, operando efeitos. Isso, com absoluta certeza, faria naufragar a supremacia constitucional. Acompanhamos, nesse passo, o raciocínio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho “a violação constitucional poderá ser ‘direito positivo’, mesmo depois de reconhecida, no processo competente, pelo Supremo Tribunal Federal”. E conclui o mestre: “A Constituição brasileira não é mais rígida” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis 9.688 de 10 de dezembro de 1999 e de 3 de dezembro de 1999)*, Op. Cit. P. 11. Muito embora esse tema não esteja diretamente ligado ao que se explana neste trabalho, não poderíamos de deixar de registrar a nossa crítica com relação a esse instituto.

declaratória<sup>450</sup>”.

Já foi explanado aqui que o controle concentrado de constitucionalidade, na sua visão mais ortodoxa, caracteriza-se pela determinação de anulabilidade da norma impugnada, motivo pelo qual os efeitos da decisão são *ex nunc*.

A partir da lei 9.868, de 10 de dezembro de 1999, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade passou a prever uma *possibilidade* de que esse sistema, como originalmente projetado, tenha valia no julgamento abstrato de normas.

Como já dito, não concordamos com o autor de que o referido artigo tenha modificado a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal. Mas é profundamente pertinente a observação da confrontação do artigo 27, com a ação declaratória de constitucionalidade.

Isso porque, realmente, será possível, também, exarar uma sentença constitutiva nos autos de uma ação declaratória?

Ou seja, e retomando o início da presente discussão, será possível transformar um ato *presumivelmente* constitucional para *absolutamente* constitucional, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal?

Que não se diga que a referida possibilidade apenas se aplica à declaração de inconstitucionalidade – o problema seria o mesmo, até porque, uma ação declaratória julgada improcedente tem o viés de *declarar* inconstitucional uma norma jurídica. Não seria possível imaginar-se que uma decisão teria efeitos declaratórios se julgada procedente e constitutivos-negativos, se julgada improcedente<sup>451</sup>.

<sup>450</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis n° 9.868 de 10 de dezembro de 1999 e n° 9.862 de 3 de dezembro de 1999)*, p. 11.

<sup>451</sup> Em sentido contrário, cf. Regina Macedo Nery Ferrari: “*Não se trata de buscar situações ou sentenças de natureza híbrida – antes de mais nada é preciso reconhecer que se está trabalhando no campo da jurisdição constitucional e depois que, tanto na ação direta de inconstitucionalidade como na ação declaratória de constitucionalidade, a improcedência da ação equivale, na primeira ação citada, ao reconhecimento da constitucionalidade da lei ou ato normativo que lhe serve de objeto. Na primeira hipótese, da constitucionalidade por improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, apenas se declara a certeza do direito preexistente, sendo, portanto, sentença do tipo declaratório, e, na outra hipótese, da inconstitucionalidade que decorre da improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, a sentença tem natureza constitutiva, pois, além da certeza, o decisório acaba ou põe termo à presunção da validade normativa, princípio que, em nome da segurança jurídica, deve caracterizar todos os atos do Poder Público*”.



Na nossa opinião, ou haverá a possibilidade, ainda que a ação declaratória seja julgada procedente, de que o Supremo Tribunal Federal atribua à declaração de constitucionalidade, efeitos *ex nunc*, se convier, ou esses efeitos restringem-se à procedência da ação direta de constitucionalidade – não podendo ser estendidos à improcedência da ação declaratória.

Muito embora recente a legislação em análise, é possível asseverar que o Supremo Tribunal Federal já tenha se encaminhado à tese que advoga a possibilidade de declaração de constitucionalidade *ex nunc*, posto que, ao menos em sede de decisão liminar, esse é o efeito atribuído:

“Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494 de 10.09.97, sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido<sup>452</sup>”.

É certo que, de um lado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sempre se condicionou aos efeitos *ex nunc* das decisões liminares e *ex tunc*, a partir das decisões de mérito, como demonstra trecho do relatório da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1314/SP:

“A medida cautelar em ação direta de constitucionalidade, reveste-se, ordinariamente de eficácia *ex nunc*, operando, portanto, a partir do momento que o ‘Supremo Tribunal Federal a defere’ (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc* com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). A excepcionalidade da eficácia *ex tunc* impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente determine no acórdão concessivo da medida cautelar”.

(...)

“A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*<sup>453</sup>)”.

Mas, se isso já acontecia, qual a relevância da decisão proferida nos autos da ação declaratória de constitucionalidade 4/DF?

A constatação é simples. Sempre que julgada uma ação direta de inconstitucionalidade, à exceção de casos excepcionais, a liminar era concedida com efeitos *ex nunc* e a decisão final era proferida (ao menos antes da entrada em vigor da lei 9.868 de 19 de novembro de 1999) sempre com efeitos *ex tunc*.

Todavia, fala-se de uma ação direta de inconstitucionalidade, cuja finalidade precípua é a retirada do mundo jurídico de uma norma tida por inconstitucional.

Entretanto, porque a liminar em ação declaratória pode ser conferida com efeito *ex nunc* se o objetivo da ação é justamente manter essa norma no universo jurídico por compatível com a Constituição?

É de senso concluir que, embora existindo decisões judiciais em contrário, a norma continuaria operando para aqueles que não obtiveram decisões liminares ou sentenças de mérito no controle difuso de constitucionalidade.

É correto afirmar, ainda, que a ação visa, justamente a transformação de uma *presunção* de constitucionalidade na *certeza* de uma constitucionalidade.

Dessa forma, declarando a constitucionalidade da norma, ainda que liminarmente, essa declaração, ao contrário da ação direta, teria efeitos *ex tunc*, posto que não se retiraria a norma do direito positivo, mas se conformaria, ainda que precariamente, a sua constitucionalidade.

Dessa forma entendemos que, a possibilidade de concessão de liminar com efeitos *ex nunc* em ação declaratória de constitucionalidade, abre também a

<sup>452</sup> ADCMC 4-DF, Rel. Min. Sidnei Sanches, DJ: 21/05/99 P. 00002 – Ementa – Vol-01951 PP 00001.

Fonte: pesquisa temática de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Curioso notar que, nesses casos o poder de cautela se restringe apenas aos efeitos vinculantes.

<sup>453</sup> ADIMC 1.434-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22/11/96, p. 45684. Fonte: Supremo Tribunal Federal – módulo de recuperação textual.

possibilidade de que uma decisão de mérito confira, à declaração de constitucionalidade, efeitos *ex nunc*.

“Nessa hipótese, caracterizado o vício de inconstitucionalidade, comina o ordenamento a invalidade do ato contraventor, condicionando-a, todavia, à prolação do ato sancionatório. Ao contrário, pois, da sanção de nulidade, que é automática, a sanção de anulabilidade é apenas potencial: o ato sancionatório é *potencialmente* inválido, mas será *efetivamente* inválido somente a *posteriori*, ou seja, após o ato (sancionador) de anulação<sup>454</sup>”.

Tentemos analisar o trecho acima, no contexto da ação declaratória de constitucionalidade.

No controle concentrado, o vício de inconstitucionalidade faz com que o “ato contraventor” da Constituição, apenas seja sancionado (subtraído do mundo jurídico) a partir da decisão.

Ora, a lei eventualmente inconstitucional que gerou controvérsia autorizadora do ingresso de ação declaratória de constitucionalidade.

Podemos concluir, assim, *a contrario sensu*, que a lei ou ato normativo ao qual se visa buscar, por intermédio de ação própria, a declaração de constitucionalidade é potencialmente constitucional, mas só será efetivamente constitucional (ou válida *iure et de iure*), após a decisão que assim o considere.

Portanto, acreditamos que, nos sistemas de controle concentrado onde há a possibilidade de, por ação própria, almejar-se a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, tanto em um como em outro caso (a subtração da lei do direito positivo ou a transformação da presunção de constitucionalidade em certeza constitucional) poderá-se aplicar efeitos *ex nunc* a tais decisões.

Há mais; no entanto. É fato que a Constituição Federal, ao prever a ação declaratória de constitucionalidade não menciona, em nenhum momento que as decisões pela improcedência possam operar efeitos *ex nunc* enquanto que as

decisões que a julguem procedente operem efeitos *ex tunc*. Apenas previu uma ação declaratória de constitucionalidade.

De duas uma: ou a possibilidade de atribuir-se efeitos *ex nunc* nos casos de improcedência de ação declaratória de constitucionalidade, afigurar-se-ia inconstitucional, posto que a Constituição não diferencia os efeitos quanto a procedência ou a improcedência da ação, atribuindo-se-lhe, apenas, efeitos vinculantes, ou a lei é constitucional e a atribuição de efeitos, sejam *ex nunc* sejam *ex tunc*, poderá ocorrer tanto nos casos de procedência, como de improcedência da ação<sup>455</sup>.

Se tal raciocínio é passível de concordância, em função da especialidade da jurisdição constitucional – que não se prende à regras formais, em face do relevante interesse público<sup>456</sup> – qual seria a importância da decisão que julgar procedente uma ação declaratória (de constitucionalidade), operar efeitos *ex nunc*<sup>457</sup>?

A relevância é extrema. Uma das acusações que se faz à ação declaratória é a violação do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal. Considera-se que essa ação limitaria a busca do cidadão por seus direitos na Justiça.

Não entendemos assim porque, a uma, como já foi visto, a jurisdição é una. A duas porque não defendem os requerentes, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, direito próprio, mas são legitimados extraordinários da defesa da Constituição Federal o que implica concordar com a seguinte assertiva: “E sendo parte no processo, um legitimado extraordinário, a coisa julgada que ali se forma alcança também o substituto processual (sendo certo que in casu, substituídos

<sup>454</sup> Elival da Silva Ramos. *A Inconstitucionalidade das Leis – Vícios e Sanção*, p. 91.

<sup>455</sup> Corrobora esse argumento o fato de que, mesmo antes da entrada em vigor da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, o Supremo Tribunal Federal, por analogia à ação direta de inconstitucionalidade criou a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, embora a Constituição silenciase a respeito. (ADCMC – 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 21/05/1999, p. 2, EMENT VOL – 01951-01, p. 1. Fonte: www.stf.gov.br. Ora se é possível a analogia de comandos atinentes ao reconhecimento da inconstitucionalidade, para a ação declaratória de constitucionalidade, nada impede que esse mesmo raciocínio seja elaborado co relação ao artigo 27 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999.

<sup>456</sup> Confira-se, a esse respeito: Walter Claudius Rothemburg. *Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99*, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Daniel Sarmento (oorg.), p. 282; Regina Macedo Nery Ferrari. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 203.

<sup>457</sup> Não são constitutivos, pois a lei vigora e vigorará.

*processuais são todos os membros da sociedade)*<sup>458</sup>.

Entretanto, não se pode olvidar que a referida ação *produziu diversas conseqüências para a definição do papel do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. Permite que o Supremo suspenda o controle da constitucionalidade na via difusa, por todòs os demais órgãos do judiciário, o que para muitos é inconstitucional*<sup>459</sup>”.

Se não consideramos a ação declaratória inconstitucional pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal possa suspender o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que os legitimados extraordinários estão representando os substituídos processuais (a sociedade brasileira), e por outro lado, como a jurisdição é una, não se deixando na hipótese de verificar-se um interesse meta-individual em juízo; por outro, indiretamente, ela poderá subtrair da população em geral o exercício do controle difuso.

Não necessariamente pelos aspectos *formais*, pelos efeitos vinculantes, ou por qualquer outra razão eminentemente positivada. Mas por via reflexa.

Suponhamos que um cidadão obtenha uma liminar em controle difuso de normas que o beneficie durante seis meses da possibilidade de eximir-se de arcar com um determinado tributo.

Todavia, entretantes, após esses seis meses, sobrevém uma decisão em uma ação declaratória de constitucionalidade, determinando que a lei que estabeleceu o tributo não destoa de nenhum preceito constitucional, conferindo-lhe efeitos *ex tunc*.

Ora isso é sinônimo de dizer que, desde a sua criação o tributo era *certamente* constitucional e não *presumivelmente* constitucional. Dessa forma, o período em que o nosso cidadão hipotético se beneficiou de uma liminar concedida no controle difuso de constitucionalidade, também seria revogada com efeitos *ex tunc* (pois a lei nunca deixou de ser constitucional), o que lhe causaria um tremendo prejuízo, em vista que se veria obrigado a arcar de uma vez, com valores os quais poderia arcado nas datas de vencimento.

Esse tipo de conduta se transformaria em um perigoso instrumento anti-

<sup>458</sup> Alexandre Freitas Câmara. *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*. in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Daniel Sarmento (org.), p. 13.

democrático, por incitar na população em geral, um medo justificado de lutar pelos seus direitos na via difusa, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Tampouco com a Constituição Federal, que prevê tanto o controle difuso como o controle concentrado de constitucionalidade. Ambos controles, a princípio excludentes, devem conviver sob a égide de nossa Lei Fundamental.

Assim, conferir efeito *ex nunc* às declarações de constitucionalidade das leis, de um lado não causaria temor na população para tentar consagrar direitos. De outro, permitiria a convivência pacífica de ambas as formas de controle de constitucionalidade<sup>460</sup>.

Nesse sentido, conforme afirmávamos, os efeitos diretos da declaração de constitucionalidade são imperceptíveis no mundo fático, à exceção das hipóteses nas quais alguém ingressou com uma ação na via difusa, e, durante o curso do processo, sobreveio decisão de procedência de ação declaratória de constitucionalidade com efeitos *ex tunc*<sup>461</sup>

Mas a referida ação causa efeitos que poderíamos chamar *indiretos*, em função da vinculação observada na decisão.

O § 2º do artigo 102 da Constituição Federal determina que: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo<sup>462</sup>”.

Os tais efeitos vinculantes, a princípio, podem ser encarados como um *plus* que não deixa de ser decorrência natural do efeito *erga omnes*.

<sup>459</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. P. 135.

<sup>460</sup> Marcelo Figueiredo, em seu artigo *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, (*Op. Cit.* p. 92) dentre as várias críticas que faz ao instituto, coloca que uma das conseqüências da ação declaratória de constitucionalidade, seria o “esvaziamento” da via difusa, justamente o que se pretende evitar com o presente raciocínio.

<sup>461</sup> O enfrentamento dos efeitos da ação declaratória e a coisa julgada serão objeto de capítulo próprio.

<sup>462</sup> A discussão sobre a possibilidade de o efeito vinculante também ser estendido à ação direta de inconstitucionalidade encontra-se superada com o advento da lei nº 9.868/99, que, no parágrafo único do artigo 25 prevê efeito vinculante tanto para ação declaratória de constitucionalidade, como para a ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, esse efeito vinculante tem a finalidade direta (como efeito *indireto* da ação declaratória de constitucionalidade), de submeter, os *demais* órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo à decisão. Daí o questionamento quanto ao eventual malferimento ao princípio do juiz natural.

Ora, a partir do momento que os juízes não mais possam conhecer de ações no controle difuso, por decisão do Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade, essa premissa constitucional estaria sendo violada.

Sob outra ótica, temos que o Supremo Tribunal Federal é a instância máxima do Poder Judiciário brasileiro e a jurisdição é una. Sobre o assunto é interessante registrar a doutrina de Pietro Calamandrei:

“La jurisdicción considerada em sí misma, es una función única y homogénea, cualquiera que sea la naturaleza de las causas sobre las cuales la misma se ejerce: las distinciones de las que ahora hablaremos no están, pues, basadas sobre una diversidad funcional, sino únicamente sobre una diversidad del objeto, o sea la ‘materia’ sobre la cual la jurisdicción se ejerce<sup>463</sup>”.

Se a Jurisdição é una, a ação estaria sendo conhecida por um órgão judicial, cuja obediência aos preceitos devem obedecer aos demais juízes. Não fosse assim, a existência de determinados foros privilegiados também seria inconstitucional por violação ao princípio do juiz natural.

De outra feita, muito embora não com efeito vinculante direto, já havia em nosso ordenamento jurídico, instituto capaz de fazer-se obediência às decisões do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da reclamação constitucional, prevista no artigo 102, alínea I da Constituição Federal<sup>464</sup>.

<sup>463</sup> Pietro Calamandrei. *Intituciones de Derecho Procesal Civil Segun el Nuevo Código*. Vol I, p. 305

<sup>464</sup> Diz o mencionado artigo: “art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar originariamente: (...)

I- a reclamação para preservação de sua competência e garantia de autoridade de suas decisões; (...).”

Aquele artigo permite ao Supremo, conhecer de reclamações constitucionais com o fito de garantir a autoridade de seus julgados<sup>465</sup>.

“Ora, a reclamação traduz também um instrumento jurídico-processual destinado à preservação das liberdades públicas. Com ela, além do rito especialíssimo, a Constituição proclama sua repulsa à usurpação da competência dos tribunais maiores do Poder Judiciário e insiste em que as decisões judiciais sejam rigorosamente cumpridas<sup>466</sup>”.

Dessa forma, já havia possibilidade de atribuir-se “efeito vinculante” às decisões pretorianas.

Voltemos à análise dos efeitos vinculantes na ação declaratória de constitucionalidade: declarada a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, nenhum outro juiz ou tribunal, no exercício do controle difuso de constitucionalidade poderá, em nenhuma hipótese exarar decisão diferenciada.

Esse efeito vinculante fulmina, de pronto, todas as ações em trâmite e as que vierem a ser propostas. Em qualquer caso, terão o mesmo destino: a improcedência<sup>467</sup>.

Confira-se:

“Visa ela, pois, solucionar esse estado de controvérsia generalizado, por via da coisa julgada vinculante, quer confirme as decisões

<sup>465</sup> “Não se pode ignorar, neste ponto, que uma das funções processuais da reclamação, consiste, precisamente, em garantir autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, consoante tem sido o entendimento desta Corte”. PET – 1408/RS DJ 20/03/1998, Rel. Min. Carlos Velloso [s.p.]. Cf. Também, Agravo Regimental em Reclamação 919/DF DJ 01/12/2000, p. 72 EMENT VOL 02014-01, p. 33. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Recordamos que tal premissa cresceu em importância após o advento da EC 45 de 08 de dezembro de 2004, posto que a reclamação constitucional passou a ser o instrumento de garantia da observância pelas instâncias inferiores quanto à súmula vinculante.

<sup>466</sup> Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 466.

<sup>467</sup> Trabalhamos aqui com a hipótese da ação declaratória ser julgada procedente e as ações no controle difuso questionarem a mesma lei ou ato normativo objeto daquela ação.



proferidas, concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade da lei, com o que se encerram os processos concretos em favor dos autores, quer reforme essas decisões com a declaração da constitucionalidade da lei”.

“O *objeto da ação* é a verificação da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal impugnado em processos concretos. Nisso ela corta o *iter* de controle de constitucionalidade pelo método difuso que vinha se desenvolvendo naqueles processos<sup>468</sup>”.

Portanto, o objeto da ação é a verificação da constitucionalidade da lei. Verificada essa constitucionalidade por decisão judicial, atribui-se-lhe efeitos vinculantes que têm por objetivo fazer cessar o pressuposto de proposição da própria ação em comento: a *controvérsia judicial*.

De fato, seria imprestável obter uma declaração de constitucionalidade que transformasse uma lei ou ato jurídico de *presumivelmente constitucional* para *absolutamente constitucional*, sem que o fato manjedoura do deflagramento da via abstrata, a *controvérsia judicial*, não cessasse.

Ressalte-se, contudo, que há na doutrina quem advogue a tese de que não há efeitos vinculantes, tantos nas decisões proferidas em ação direta de constitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Merece destaque, nesse sentido, o trabalho de Alexandre Freitas Câmara, do qual retiramos a seguinte passagem:

“(...) as decisões de mérito proferidas nos processos de controle direto de constitucionalidade, instaurados por força do ajuizamento de ADin ou ADC, não possuem eficácia vinculante<sup>469</sup>”.

Atribui o citado autor o efeito vinculante dessas ações, à coisa julgada<sup>470</sup>.

<sup>468</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 60.

<sup>469</sup> *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>470</sup> Cf. a respeito, a obra comentada: *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. *Passim*.

Diferenças doutrinárias à parte, a indagação que fica é: a quem alcança os efeitos vinculantes?

Ponto pacífico que alcança tanto o Poder Executivo que ficará obrigado em caso de procedência ou desobrigado em caso de improcedência, a cumprir o mandamento legal, dependendo do resultado da ação.

Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, a *real* possibilidade de o Poder Executivo deixar de aplicar uma lei em função de sua atividade típica, é bastante controversa. Mas aqui merece nova análise, sob a ótica específica do efeito vinculante.

De um lado, temos o artigo 102 §2º da Constituição Federal determinando que o Poder Judiciário e o Poder Executivo vinculam-se às decisões de mérito proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o que, a princípio, poderia ensejar o seguinte raciocínio: se a Constituição fala em efeitos vinculantes a ambos os Poderes, significa dizer que ambos os Poderes poderiam deixar de aplicar ou recusar-se a aplicar uma norma.

Assim, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, ambos os Poderes teriam de se vincular ao que restou entendido pelo Pretório Excelso.

É um raciocínio até defensável. Mas como já assumimos a filiação à corrente que apregoa a impossibilidade de que o Poder Executivo possa, *ex officio*, deixar de cumprir uma lei por entendê-la inconstitucional, faremos um contraponto.

Para José Afonso da Silva, explica-se a inclusão do Poder Executivo no mencionado artigo, uma vez que *“A novidade está na vinculação dos efeitos da decisão ao Poder Executivo. Para entender essa vinculação, um esclarecimento é necessário, qual seja o de que a decisão que profere a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo importa na supressão erga omnes da eficácia do ato normativo seu objeto. Mas não alcança outro ato de igual teor produzido posteriormente, de sorte que, para objetar-se a declaração de sua inconstitucionalidade, mister se faz propor outra ação. Pois bem, o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade atinge os atos de igual teor produzidos no futuro”*<sup>471</sup>.

---

<sup>471</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 63.

Portanto, explica-se a inclusão do Poder Executivo, com um dos destinatários da força vinculante da decisão, evitando-se que, no futuro, atos idênticos tenham que ser rediscutidos. Controvérsias doutrinárias à parte é correto afirmar que a decisão vincula os demais órgãos do Judiciário e o Poder Executivo que ficam atrelados ao *decisum*, sem possibilidades de discuti-lo.

“A eficácia contra todos significa que a decisão tem força obrigatória geral. Os demais órgãos do Poder Judiciário têm que acatá-la. O pronunciamento do Supremo se estende a todos os feitos em andamento, em que se debate a mesma tese, cabendo Recurso Extraordinário se, num caso concreto, algum Tribunal julgou inconstitucional o se que proclamou ser constitucional<sup>472</sup>”.

Com absoluta certeza, podemos aduzir que não fica atrelado à decisão o Poder Legislativo. A uma, por ser sua função eminentemente política. Seria absurdo imaginar que, em virtude das mudanças sociais, da alternância de poder ou de outros requisitos que se inter-relacionam com os ricos meandros e possibilidades da atividade legislativa, ficassem os legisladores “amarrados” a uma legislação porque o Supremo Tribunal Federal a julgou constitucional, embora já estivesse superada em função de novas necessidades sociais.

Assim, independente da declaração de constitucionalidade da lei, ela pode ser alterada, revogada, ampliada, pelo Poder Legislativo. A declaração de constitucionalidade transforma uma lei ou ato normativo de *presumível* para *absoluto* e não *perene*.

Zeno Veloso põe, com propriedade, a questão nestes termos:

“Esse efeito vinculante, é claro, não se projeta ao Poder Legislativo. Mesmo declarada a constitucionalidade da lei federal, não fica o legislador manietado ao contrário, pode alterar, modificar; ou, mesmo revogar a lei em questão<sup>473</sup>”.

<sup>472</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. p. 284.

<sup>473</sup> *Idem*, p. 284.

Por outro lado, ainda que óbvias as razões do porque o § 2º do artigo 102 da Constituição Federal não tenha incluído em seu rol o Poder Legislativo – como visto acima –, essa omissão, também contribui, por razões de interpretação apenas positiva, para afirmar que o Poder Legislativo encontra-se à margem do âmbito de efeitos vinculantes da declaração de constitucionalidade.

Se certo é que se incluem o Poder Executivo e os *demais órgãos* do Poder Judiciário e, outrossim, se há absoluta certeza que se exclui o Poder Legislativo do âmbito de incidência dos efeitos vinculantes da declaração de constitucionalidade, uma questão é polêmica: os efeitos vinculantes da decisão em ação declaratória de constitucionalidade vinculariam também o Supremo Tribunal Federal?

Para Zeno Veloso, a resposta é não. Segundo o professor da Universidade do Pará, o Tribunal Constitucional pode e deve rever seus posicionamentos, adequando-os às novas demandas da sociedade. Verifique-se:

“Entendemos que o efeito vinculante não se estende ao próprio Supremo Tribunal Federal. Uma revisão da decisão pode – e deve – ser admitida se, futuramente, as razões e fundamentos jurídicos que justificaram a sentença tiverem mudado. Vincular o STF à decisão tomada num determinado momento é congelar um entendimento e uma interpretação que não podem ser mais pertinentes, razoáveis e defensáveis numa outra circunstância, já que o direito, como o tempo e a vida, não pára; ao contrário, está em permanente envolver, conforme as contingências históricas e o processo social<sup>474</sup>.”

E, alertando, com razão, ao apego às palavras, vai além:

E, apesar de sabermos que o apelo gramatical é o elemento mais perigoso dos recursos de que o intérprete pode socorrer-se, o próprio § 2º do art. 102 da Constituição diz que a sentença definitiva

<sup>474</sup> Zeno Veloso. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 283.

de mérito, no caso, tem efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo<sup>475</sup>.

José Afonso da Silva tem entendimento diferente. O constitucionalista acredita ser impossível a mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal pelas seguintes razões:

“(...) produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. A eficácia *erga omnes* significa que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da lei se estende a todos os feitos em andamento, paralisando-os com o desfazimento dos efeitos das decisões neles proferidas no primeiro caso, ou com a confirmação desses efeitos no segundo caso”.

“O *efeito vinculante* relativamente à função jurisdicional dos demais órgãos do Poder Judiciário, portanto, já decorreria da própria afirmativa de eficácia contra todos, mas, assim mesmo, o texto quis ser expresso para alcançar também os atos normativos desses órgãos que eventualmente tenham sido objeto de uma decisão em ação declaratória de constitucionalidade”.

“Como o texto fala em efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, cabe indagar se também fica o Pretório Excelso vinculado à sua decisão. A questão é processual e se resolve com a teoria da coisa julgada material, oponível a todos os órgãos judiciais, inclusive o que proferiu a decisão. Logo o STF não poderá conhecer de processo em que se pretenda algo contrário à sua declaração, nem mesmo em ação rescisória, incabível na espécie<sup>476</sup>”.

No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara:

<sup>475</sup> *Idem*, p. 284.

<sup>476</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 63.

“(...) a coisa julgada tem de ser respeitada por todos (já que no caso *sub examine*, se manifesta *erga omnes*). Assim, até o Supremo Tribunal Federal fica obrigado a respeitar a coisa julgada que se tenha formado no controle direto da constitucionalidade<sup>477</sup>”.

Acreditamos que razão assiste aos autores que se filiam à última corrente descrita. Pelas razões esposadas por ambos os autores, as quais adicionamos mais uma.

Dissemos, no curso deste trabalho que, no nosso ponto de vista, as decisões do Tribunal Constitucional brasileiro são jurisdicionais, embora tivesse *um viés* acentuadamente político, em função da natureza da própria jurisdição constitucional.

Se assim asseveramos, não podemos concordar com a possibilidade de que o próprio Supremo Tribunal Federal, de ofício, resolva reconsiderar um posicionamento antes decidido de uma forma tal, para outra, dissidente.

A uma, pela inércia que caracteriza os atos de jurisdição.

A duas porque, se o pressuposto desta ação é o desfazimento de controvérsia jurídica, se o seu objetivo principal é conferir “segurança jurídica” aos jurisdicionados, na nossa opinião, ela seria de todo inócua se o Tribunal Constitucional pudesse modificar o conteúdo de decisões anteriormente determinadas.

A três pois, se a decisão é jurisdicional e o tribunal judicial, não cabe a ele transformar ou modificar decisões já trânsitas em julgado. O limite de sua atuação é a Constituição Federal e, tal qual, sua interpretação dos fatos é *imparcial*.

A modificação da situação jurídica de uma lei declarada constitucional (ou inconstitucional) pertence aqueles que representam as contingências da sociedade. Em outras palavras, o poder de modificar o posicionamento do Tribunal Constitucional cabe ao Poder Legislativo. Mesmo porque, como vimos, esse Poder não se vincula às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas.

Todavia, essa constatação parece simples se a ação declaratória é julgada procedente. Mas, entretanto, e se o Supremo Tribunal Federal decidir pela

---

<sup>477</sup> Alexandre de Freitas Câmara. *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*, in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.886/98**, (Daniel Sarmento, org.), p.19.

improcedência da ação, julgando a norma inconstitucional, poderia o Legislativo, com base em novas demandas da sociedade, promover e fazer aprovar uma lei de conteúdo idêntico?

A primeira vista parece impossível, pois, ainda que não se concorde com a assertiva proposta nesta dissertação de que o Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seja uma Corte jurisdicional, suas decisões se revestem de “coisa julgada” .

E, nessa esteira, o artigo 5º, inciso XXXVI, determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Comentando o inciso em questão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, informa que, tal garantia constitucional *proscreeve a retroatividade das leis*<sup>478</sup> . Diz mais; citando a Lei de Introdução ao Código Civil, o jurista informa que coisa julgada é a *decisão judicial de que já não caiba recurso*<sup>479</sup> . Mas, a informação mais importante, vem de seu comentário ao tema “*Destarte o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são respeitados como fontes de direitos subjetivos adquiridos. O fundamental é, pois, a proteção destes para a segurança das relações jurídicas*<sup>480</sup>”.

E arremata:

“Note-se, todavia, que o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo a sua eliminação por lei posterior à sua aquisição. Apenas significa que essa restrição ou supressão só tem efeitos para o futuro. Do contrário, o legislador seria praticamente impotente, já que toda alteração de leis, ou publicação de novas, atinge, do instante da publicação em diante, direito adquirido. Destarte, não há direito adquirido à permanência de um estatuto legal<sup>481</sup>”.

<sup>478</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, p. 261

<sup>479</sup> *Idem*, p. 261.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>481</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, p. 261.

Para José Afonso da Silva: “*Tutela-se e estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente em seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim, já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica*”<sup>482</sup>.

O autor reporta a *coisa julgada* para o direito adquirido, e embora afirme que o conceito não é preciso, propões, para o reconhecimento do direito adquirido, “*ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção*” e *ter se incorporado ao direito do titular*”<sup>483</sup>.

Pois bem. Se fato é que a decisão no controle concentrado de normas faz coisa julgada, por outro lado, ela não garante a ninguém, *direito subjetivo*. O julgamento foi da lei em tese, abstratamente considerada. Se, como disse Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a decisão que se reveste de coisa julgada, opera efeitos *pro-futuro*, não vemos porque uma nova lei não possa ou não deva contrariar a julgamento no controle concentrado de normas.

Isso porque, se de um lado, a lide objetiva não assegura direitos subjetivos, de outro, os seus efeitos são *pro-futuro*. Ora, se naquele instante a ação foi julgada (declarada) inconstitucional por improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, a partir do momento da decisão, a lei não operou mais efeitos. Não há, portanto, revestimento de coisa julgada *pro-futuro* ou direito subjetivo consagrado.

Por outro lado, se a lei foi declarada inconstitucional, não constituiu fato idôneo para aquisição de direitos.

Mas, o mais importante é a conjugação das afirmações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*não há direito à permanência de um estatuto legal*”. E José Afonso da Silva *ter se incorporado no patrimônio do particular*”. A coisa julgada no controle abstrato de normas não se incorpora ao direito do particular e, se não há direito à permanência de estatuto legal, muito menos há direito à sua ausência jurídica.

<sup>482</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 437.

<sup>483</sup> José Afonso da Silva. *Op. Cit.*, p. 434.



Nesse sentido, entendemos que a coisa julgada no controle abstrato de normas, não impede produção de novo ato legislativo, se declarada a inconstitucionalidade de um antigo.

E assim, se produzido novo ato, em face das novas demandas da sociedade, da qual o Poder Legislativo é o legítimo representante, se o Tribunal Constitucional for novamente chamado a se pronunciar, entendemos cabível, e apenas então, por estarmos diante de uma nova lei, a mudança de posicionamento, com relação à anterior declaração de inconstitucionalidade<sup>484</sup>.

O que deve ficar claro é o seguinte: se de um lado não concordamos com a mudança de posicionamento do Tribunal Constitucional *ex officio*, também não pode essa decisão se eternizar e prejudicar as novas relações sociais ou a evolução da interpretação constitucional. A decisão deve auxiliar na busca da justiça e não atrapalhá-la.

Sob esse aspecto, nada impede que nova lei seja editada e, *ressalvada a hipótese de permanecer inconstitucional, por violação a direitos e garantias fundamentais*, pode ser a ela aplicada uma interpretação divergente, coadunada com as novas necessidades do jurisdicionados, com a conseqüente modificação do posicionamento, dentro de critérios jurídicos, do Tribunal Constitucional.

## 2.5 – Ação Declaratória de Constitucionalidade e Coisa Julgada

A coisa julgada pode ser definida como uma *qualidade* da decisão judicial que a faz inabalável, imutável e definitiva. Esse fenômeno, típico dos atos jurisdicionais, foi estudado por Liebman. Diz o processualista italiano:

“A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente como um *comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica. Nem se quer com isso resolver o problema geral da natureza volitiva ou intelectiva da

<sup>484</sup> Entendemos cabível o novo pronunciamento, embora haja decisão anterior revestida de autoridade de coisa julgada, uma vez que há novo ato legislativo a ser discutido e não ação rescisória.

atividade do juiz, ou da qualidade mais ou menos autônoma do *comando*. A sentença vale como *comando* pelo menos no sentido de que contém a formulação autoritativa duma vontade de conteúdo imperativo; e basta isso para que se possa falar, ao menos do ponto de vista formal, do comando que nasce da sentença”.

“Esse *comando*, na verdade, ainda quando seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instâncias e do sistema dos recursos sobre que está o processo construído, mas ainda está exposto ao risco de ser contraditado por outro *comando*, pronunciado também por um órgão do Estado. “Verifica-se o mesmo igualmente para todas as formas de atividade do Estado, ressaltando-se, bem entendido, a possível variedade do ordenamento positivo que pode reconhecer, por exemplo, a faculdade de contradizer o *comando* (e por isso de ab-rogá-lo), somente ao mesmo poder que o prolatou”.

“Assim, a eficácia não pode por si só impedir um juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada”.

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis,

além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato<sup>485</sup>.

O que se depreende da leitura do texto transcrito acima é que a coisa julgada trata-se de uma qualidade que torna uma *sentença* imutável. Assim, é lógico concluir que se trata de uma *qualidade* intrínseca de atos jurisdicionais. Em outras palavras, apenas o Poder Judiciário (a menos nos sistemas que não adotam o contencioso administrativo – como é o caso brasileiro) é competente para exarar atos revestidos com autoridade de coisa julgada<sup>486</sup>.

Nesse sentido, confira-se o disposto nos artigos 467 e 468 do Código de Processo Civil:

“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável a indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

“A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Hely Lopes Meirelles consegue demonstrar toda a verdade dessa assertiva, ao pronunciar-se sobre o que se convencionou denominar de coisa julgada administrativa:

“(...) a denominada *coisa julgada administrativa*, que, na verdade, é apenas uma *preclusão de efeitos internos*, não tem o alcance da *coisa julgada judicial*, porque o ato jurisdicional da administração não deixa de ser um ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao *ato jurisdicional administrativo* aquilo que os publicistas norte-americanos chamam

<sup>485</sup> Enrico Tullio Liebman. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre Coisa Julgada**. p. 51/54.

<sup>486</sup> Escreve Arruda Alvim: “*O que caracteriza, quase na totalidade dos casos, verdadeiramente a sentença – enquanto síntese dispositiva da atividade jurisdicional – é a autoridade da coisa julgada*”. **Manual de Direito Processual Civil**. p.80.

de *final enforcing power* e que se traduz livremente como o *poder conclusivo da Justiça Comum*. **Esse poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o *contencioso administrativo*, é privativo das decisões judiciais**<sup>487</sup>

Isso se dá pelo fenômeno da substituição processual. Não se pode perder de vista que a legitimação ativa para a proposição das ações que visam inaugurar o controle concentrado de constitucionalidade é restrita. No caso da ação declaratória, essa legitimação ainda é mais restrita que na ação direta (Constituição Federal, artigo 103, § 4º; Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, artigo 13, incisos I a IV).

Esses legitimados, por sua vez, agem como substitutos processuais, em razão do flagrante interesse público em confiar certeza às relações jurídicas estabelecidas com fulcro em lei cuja constitucionalidade esteja sendo discutida. E, nesse sentido, atuam em defesa não só da Constituição e das leis, mas de todo o povo.

Assim, uma vez que os substituídos processuais são, em última instância, toda sociedade, os efeitos da decisão operam *erga omnes*. Se os efeitos da decisão operam *erga omnes* e essa decisão se reveste de coisa julgada, por decorrência lógica, a coisa julgada também se estende *erga omnes*<sup>488</sup>.

“E essa coisa julgada valerá *erga omnes*, por força da própria substituição processual que se opera na pessoa ou ente titular da ação, o qual age em nome próprio, mas como substituto processual da coletividade; e também pela própria titularidade passiva da ação, que se configura no próprio órgão público do qual emanou a lei ou ato inconstitucional”<sup>489</sup>.

<sup>487</sup> Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 584, grifou-se. Ainda, no sentido de que apenas os atos jurisdicionais fazem coisa julgada, cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p.276.

<sup>488</sup> A diferença reside no exato ponto em que, em uma ação direta, o conteúdo do pedido é a própria inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato, enquanto que a ação civil pública, porquanto tenha efeito *erga omnes* é meio de fiscalização difuso do controle de constitucionalidade (RCL 1.733/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º/12/2000).

<sup>489</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, José Carlos Barbosa Moreira (coord.), p. 9.

“A extensão *erga omnes* da coisa julgada material formada nos processos de controle direto de constitucionalidade se explica pela substituição processual ali existente. Os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade têm legitimidade extraordinária para fazê-lo. E sendo parte no processo um legitimado extraordinário, a coisa julgada que ali se forma alcança também o substituído processual (sendo certo que *in casu* substituídos são todos os membros da sociedade)<sup>490</sup>”.

Isso porque, de uma maneira ou de outra, as ações coletivas produzem coisa julgada *ultrapartes*. É certo que não se trata de uma ação coletiva *strictu sensu*. Mas não se pode olvidar que, em face da substituição meta-individual ínsita ao instituto, a analogia é plausível.

“A extensão da coisa julgada *ultra partes* é ínsita às ações coletivas; de outro lado, a limitação do julgado às partes é princípio inerente ao contraditório e à defesa<sup>491</sup>”.

Note-se, ainda, que essa coisa julgada se fará justamente, na própria verificação de constitucionalidade. Tal ocorre pois, como vimos, no controle concentrado de constitucionalidade o pedido da ação é essa verificação. Ou seja, a decisão dirá se a lei ou ato normativo é constitucional ou não, pois esse é o requerimento.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, ao dissertar sobre a coisa julgada no controle por via principal, argumenta que:

---

<sup>490</sup> Alexandre Freitas Câmara. *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*. in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9868/99**, Daniel Sarmiento (org.), p. 12.

<sup>491</sup> Ada Pellegrini Grinover. **O Processo em Evolução**, p. 106.

“Diversamente se passam as coisas no sistema concentrado, em que a ação direta tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida *principaliter*”.

“A sentença que decretar a inconstitucionalidade fará coisa julgada material, nos termos do art. 467 e 468 do CPC<sup>492</sup>”.

Ora, é fato que a coisa julgada se restringe ao tema decidido, ou melhor à *parte decisória* da sentença (Código de Processo Civil, artigo 469, inciso I). Se no controle abstrato de normas a decisão se cinge em reconhecer ou não a constitucionalidade de uma norma, justamente nessa parte é que a coisa julgada incide.

Portanto, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são passíveis de revestir-se da *qualidade* de coisa julgada. E, de mesma forma que os efeitos da decisão são *erga omnes* a coisa julgada também se estende para todos<sup>493</sup>.

---

<sup>492</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*. in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, José Carlos Barbosa Moreira (coord.), p. 9.

<sup>493</sup> Um novo parênteses deve ser aberto aqui. Defendemos o ponto de vista que o Tribunal Constitucional brasileiro, em que pesem as várias decisões e a abalizada doutrina em contrário, ao ser instado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não age política, senão juridicamente. É certo que o longo arrazoado (concorde-se com tais premissas ou não) parecia suficiente para esgotar o tema. Mas escusamo-nos, posto que novas considerações deverão ser tecidas nesta oportunidade, em função da pertinência temática com o assunto ora debatido.

De fato. Nunca se questionou que as decisões proferidas pelo Pretório Excelso, no controle abstrato de normas, produzem coisa julgada.

Ora, se considerar o controle concentrado de constitucionalidade como político, poderiam tais decisões serem revestidas de autoridade de coisa julgada? Além, poderiam tais decisões operar efeitos *ex tunc*? Cremos que não. Na nossa opinião, tanto os efeitos *ex tunc* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de constitucionalidade, bem como a autoridade de coisa julgada que reveste suas decisões na mesma sede, são indicadores inexoráveis da jurisdicionalidade de seus atos.

Senão, vejamos. A doutrina do controle político, considera que os efeitos da decisão que proclamar a inconstitucionalidade atuam como uma “legislação negativa”, cujo intuito seria o de “revogar” lei anterior tida por inconstitucional.

Ora, se é um ato político, jamais poderia ter efeitos *ex tunc*, pois tal decisão seria (ou teria efeitos) de uma lei posterior que revogasse a lei tida por inconstitucional. Por expressa vedação constitucional, consagrada do artigo 5º, inciso da Magna Carta, jamais essa decisão poderia considerar a lei inconstitucional como nula e írrita, retroagindo até o momento da publicação da norma.

Isso porque não se trataria de uma decisão jurisdicional, mas de uma legislação negativa, exarada por fiscalização política, ainda que proferida por órgão judicial e com hermenêutica jurídico-constitucional.

Dessa forma, não há maiores questionamentos quanto aos efeitos da coisa julgada em sede de ação declaratória de constitucionalidade, por ser tal ação instrumento do controle concentrado de constitucionalidade: ela operará com efeitos *erga omnes*, vinculando, propriamente, os Poderes Judiciário e Executivo.

“Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada que se forma nos processos de controle direto de constitucionalidade não tem havido divergência doutrinária. Sobre este ponto têm-se pronunciado diversos autores, todos afirmando que a *auctoritas rei iudicatae* se forma, nesses casos, *erga omnes*<sup>494</sup>”.

Mais interessante é avaliar o eventual conflito que produzirão as decisões revestidas de coisa julgada proferidas em sede de controle concentrado e incidental de constitucionalidade.

De fato, mencionamos que a declaração de constitucionalidade, por ser *erga omnes* e produzir força vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo, poderia fazer surgir conflitos entre as decisões prolatadas no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade.

Esse conflito também poderá ocorrer, entre as duas modalidades de controle, em virtude da coisa julgada.

Sob o aspecto da coisa julgada, é fato que a lei não possui essa qualidade. Ora, se o controle de constitucionalidade é político, um ato político de fiscalização dos demais Poderes constituídos (como assentado na ADin 1/1-DF. Rel. Min. Moreira Alves), é certo também que seus atos não produzem, ou melhor, não se revestem de coisa julgada. Por outro lado, se o não há lide no controle abstrato de normas, como seria possível que a decisão exarada nessa via produzisse coisa julgada se, como observamos, o artigo 468 do Código de Processo Civil determina expressamente que o coisa julgada se opera nos exatos limites da lide?

No mesmo sentido, se o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade for procedente, essa decisão apenas operaria efeitos *ex nunc*, posto que legislativa. Dessa forma, a lei apenas deixaria de ser *presumivelmente* constitucional, a partir da decisão legislativa que *confirmasse* a sua constitucionalidade.

E, por ser uma decisão de cunho político, não operaria os efeitos da coisa julgada.

Essas alegações não passaram despercebidas por Alexandre Freitas Câmara (confira-se a esse respeito Alexandre Freitas Câmara. *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*, in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9868/99**, Daniel Sarmento (org.), *passim*, que, ao dissertar sobre a coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade, advoga a tese da natureza jurisdicional do Supremo Tribunal Federal para, somente então, ingressar no tema propriamente dito.

Se certo é que as ações diretas se revestem de autoridade de coisa julgada, o que também é elemento intrínseco do controle de constitucionalidade difuso, um novo conflito surgirá: o das decisões proferidas em um e outro controle que já tenham atingido essa qualidade. Ada Pellegrini Grinover coloca, didaticamente, um resumo preciso da situação:

“Preocupante fenômeno tem se revelado na prática judiciária destes últimos tempos: inúmeros litígios entre a Fazenda Pública e os contribuintes de diversos tributos, de duvidosa constitucionalidade, têm agitado e sobrecarregado os tribunais do país, com decisões divergentes. E, em muitos casos, os órgãos jurisdicionais têm afirmado a inconstitucionalidade dos referidos tributos, exercendo o controle difuso de da constitucionalidade, com sentenças já revestidas de autoridade de coisa julgada”.

“Tem acontecido, porém, que posteriormente o Supremo Tribunal Federal, pela via de Recurso Extraordinário, vem a declarar *incidenter tantum*, a constitucionalidade do tributo, em casos concretos distintos daqueles que se deu a coisa julgada favorável ao contribuinte”.

“Isso tem ensejado, por parte da Fazenda Pública, o ajuizamento de diversas ações rescisórias, visando a desconstituir a coisa julgada, com base na sucessiva declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sob a alegação da ‘violação de literal disposição de lei’ por parte das sentenças rescindendas (art. 485, inciso V, CPC)”.

“Outra hipótese que também tem ocorrido: após a coisa julgada, acobertando sentenças que afirmaram a inconstitucionalidade do tributo, o Supremo declarou a sua constitucionalidade, pela ação

---

<sup>494</sup> Alexandre Freitas Câmara. *A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade*. in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9868/99**, Daniel Sarmento (org.), p. 12.



declaratória introduzida no ordenamento brasileiro pela Emenda nº 3, de 17.3.1993<sup>495</sup>”.

Eis um novo problema a ser enfrentado. O conflito das decisões produzidas em um ou outro tipo de controle que já estejam revestidas da qualidade de coisa julgada. Qual a que deve prevalecer?

Se tivermos por base tudo o que foi dito aqui, prevalecerão os efeitos da coisa julgada da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

Isso porque, como vimos, no controle difuso de constitucionalidade, o juiz não “julga” a lei. Apenas deixa de aplicá-la a um caso concreto; afasta-a por entendê-la em conflito com a Constituição e aplica esta última. Todavia, esse afastamento não perfaz uma declaração incidental de que a lei seja inconstitucional, ela é uma questão prévia que juiz deve enfrentar. A questão de constitucionalidade é utilizada como subsídio para a sentença.

Em outras palavras: a “declaração” de inconstitucionalidade no controle difuso é *fundamento* da sentença, não teor da decisão. Se o fundamento da sentença não faz coisa julgada (CPC, artigo 429, inciso I), não há que se falar, a primeira vista, em conflito de decisões.

Isso porque, como vimos também, no controle de constitucionalidade concentrado, a declaração de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) é o próprio pedido da ação. Ela fará parte do tema a ser decidido, e, portanto, revestir-se-á de coisa julgada.

Dessa forma, no controle de constitucionalidade difuso o juiz terá afastado uma lei que o Tribunal Constitucional entendeu constitucional. Os fundamentos daquela sentença, portanto, são inaplicáveis, posto que o juiz afastou a aplicação de uma lei no caso concreto – a mesma lei que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional na via principal. Essa declaração de constitucionalidade operará coisa julgada e afastará a fundamentação da sentença. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

---

<sup>495</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, José

“Mas se, como já dito, a constitucionalidade (assim com a inconstitucionalidade) for declarada *incidenter tantum*, em via prejudicial, pelo controle difuso, não se caracterizará o fenômeno da coisa julgada<sup>496</sup>”.

Assim, neste caso, não haverá propriamente um conflito entre coisas julgadas. A decisão do Supremo Tribunal Federal poderá ser aplicada, independente da decisão exarada na via incidental.

Mas, e se a ação declaratória de constitucionalidade for julgada improcedente (em outras palavras, for declarada a inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal) e uma ação na via difusa tiver sido julgada também improcedente (ou seja, o juiz não teria afastado a norma do caso concreto), que decisão prevalecerá?

Mesma hipótese. Deverá prevalecer a decisão exarada em controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a coisa julgada com relação à declaração de constitucionalidade (ou no caso, inconstitucionalidade), apenas operará coisa julgada no controle abstrato de normas. Ada Pellegrini Grinover, ao enfrentar o tema adstrito à súmula 343 do Supremo Tribunal Federal (que impede a proposição de ação rescisória em função de dissídio jurisprudencial), teve a oportunidade de enfrentar o tema, ocasião que deixou escrito o seguinte raciocínio:

“Transparece assim, de todos os votos que enfrentaram a questão de inaplicabilidade da Súmula nº 343 ao dissídio jurisprudencial em matéria constitucional, sua única motivação: a lei declarada inconstitucional pelo Supremo com efeitos *ex tunc* é nula e írrita. Se a decisão aplicou a lei, posteriormente declarada inconstitucional, aplicou lei nula e inexistente, e pode por isso ser rescindida”.

---

Carlos Barbosa Moreira (coord.), p. 2.

<sup>496</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, José Carlos Barbosa Moreira (coord.), p. 1.

“O que equivale dizer que a *Súmula nº 343* é tida por inaplicável quando a decisão rescindenda aplica a lei, por considerá-la constitucional, e posteriormente é ela declarada inconstitucional, com efeitos *ex tunc*<sup>497</sup>”.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal já admitia a ação rescisória para obter na via incidental a cessação à obediência de uma lei tida pelo Pretório Excelso por inconstitucional, mas cujo julgamento na via incidental teve entendimento diverso.

Dessa forma, a partir do momento em que a decisão do Supremo Tribunal Federal se revestir de coisa julgada ela passará a operar seus regulares efeitos e abrangerá, inclusive, as decisões proferidas no controle difuso, independente de ação rescisória, pois, como vimos, nessa seara, a declaração de constitucionalidade por ser fundamento da sentença não se revestirá de coisa julgada.

Emblemático é o problema que surge na hipótese de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei, tendo por base o artigo 27 da lei 9.868 de 10 de dezembro de 2002, com efeitos *ex nunc* sendo que na via difusa se obteve resultado idêntico, mas com efeitos *ex tunc*.

A decisão do Pretório Excelso inutilizaria o que se obteve no controle difuso?

A princípio sim, porque se o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade *ex nunc* a lei apenas deixará de surtir seus regulares efeitos a partir de então, o que permite concluir que, até a data da decisão essa mesma norma teve de ser obedecida por todos. Assim posto, a decisão no controle difuso não poderá surtir efeitos e seu beneficiário deverá arcar com o prejuízo ocasionado por se liberar da obediência à norma antes que o Supremo Tribunal Federal tenha, com força vinculante, declarado a sua inconstitucionalidade, ou melhor, determinando com efeitos (*pro futuro*) a validade de sua decisão.

Posta a questão sob outro ângulo, permite-se chegar a raciocínio absolutamente contrário ao ora proposto. Senão, vejamos.

De um lado, o mandamento exarado no artigo 27 da lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999, *permite* ao Tribunal Constitucional declarar a constitucionalidade

---

<sup>497</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, José

da lei a partir de então. Mas, de uma forma ou de outra, a lei foi tida por inconstitucional. Nesse diapasão, os fundamentos da sentença exarada em controle incidental de constitucionalidade permanecem válidos.

Se nos socorrermos do direito comparado, verificaremos que o Tribunal Constitucional austríaco permite que suas decisões operem efeitos *ex tunc* nos casos onde o controle de constitucionalidade incidental tenha se verificado (falamos dos casos que tenham gerado a controvérsia constitucional. Nessas hipóteses, como já abordado, a decisão opera efeitos *ex tunc*).

Ora, se o Tribunal Constitucional austríaco determina que nos casos onde tenha surgido a controvérsia constitucional, a decisão opere efeitos *ex tunc*<sup>498</sup>, é possível concluir que, no Brasil, aqueles que buscaram a via incidental tenham o mesmo direito, até mesmo porque, graças a esses julgamentos, surgiu o interesse de agir em concreto (a controvérsia judicial) para fins de propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Dessa forma, tendo por base as competências do Tribunal Constitucional austríaco, nada impede que o Supremo Tribunal Federal embora tenha declarado a inconstitucionalidade, mas atribuído a essa declaração, efeitos *ex nunc*, determine que os efeitos *ex tunc* obtidos na via incidental permaneçam inalterados.

Essa possibilidade nos parece mais razoável, mesmo porque, o raciocínio a *contrario sensu* poderia ensejar uma violação, ainda que indireta, no direito fundamental estatuído no inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal.

De fato. Se ficar entendido que os efeitos *ex tunc* das decisões exaradas no controle incidental de constitucionalidade restarem inutilizados em virtude da imposição de efeitos *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade por

---

Carlos Barbosa Moreira (coord.), p. 07.

<sup>498</sup> Mauro Cappelletti ao escrever sobre o tema informa que: *“Exatamente para obstar essa absurda consequência (de que os casos concretos encaminhados pela Oberster Gerichtshof ou pela Verwaltungsgerichtshof não se beneficiassem dos efeitos das decisões proferidas pela Corte Constitucional austríaca), o sistema austríaco tal como foi reformado em 1929 – que, repita-se, é o sistema hoje ainda vigente na Áustria – admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora rigorosamente adotada, em 1920, segundo a qual aos pronunciamentos da Corte Constitucional é negada qualquer retroatividade. Isto é, o sistema de 1919 admitiu que – limitadamente ao caso concreto, por cuja ocasião tenha surgido, ‘em via de exceção’, a questão de inconstitucionalidade – a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento.*

improcedência de ação declaratória de constitucionalidade, haverá uma consequência danosa.

O povo, temeroso de que uma decisão obtida na via incidental contendo efeitos *ex tunc*, possa ser inutilizada por posterior decisão do Supremo Tribunal Federal, passará a evitar a busca de um direito fundamental, qual seja, o de exercer o direito constitucional de buscar amparo do Poder Judiciário para o exercício do controle incidental de constitucionalidade.

Assim, nenhuma lei gerará mais controvérsia judicial, possibilitadora de ingresso de ação declaratória de constitucionalidade. Não porque seja a constitucionalidade da lei, ou do ato normativo, indiscutível, mas por temor da sociedade de que o ingresso de ação na via incidental possa gerar mais prejuízos do que benefícios.

Dessa forma, esperamos que a construção jurisprudencial tenha a sensibilidade de ater-se a tais ocorrências. Sugerimos o paralelo com o direito austríaco que permite a atribuição de efeitos *ex tunc* aos casos que geraram a controvérsia jurídica, enquanto que, para os demais casos, a decisão de inconstitucionalidade venha operar efeitos *ex nunc*.

### **3 – Rito Procedimental e o Advento da Lei 9.868 de 11 de abril de 1999**

Muito embora a ação declaratória de constitucionalidade não necessitasse exatamente de lei para que fosse exercida<sup>499</sup>, o legislador ordinário achou por bem editar norma regulamentadora, tanto da ação declaratória de constitucionalidade, como da ação direta.

Essa lei, que difundiu uma verdadeira revolução no controle de constitucionalidade brasileiro, foi recebida com críticas e ressalvas, assim como a própria ação declaratória de constitucionalidade. Na realidade, presume-se que a referida legislação tenha um escopo mais de “governabilidade” do que da proteção à Constituição ou aos direitos fundamentais. Precisas, nesse sentido, as palavras de

Walter Claudius Rothenburg:

“Há, todavia, um dado conjuntural que não deve ser esquecido: a Lei 9.868 surge no bojo de uma série de inovações legislativas patrocinadas pelo atual Governo Federal, de suspeitos propósitos. Citem-se a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade; a Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, recentemente alterada pela Medida Provisória nº 1.894, que amplia a possibilidade de suspensão de liminares concedidas por juízes inferiores e que teve diversas inconstitucionalidades suscitadas, a maior parte delas rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de 23 de agosto de 2000; a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que, dentre outras disposições, estabeleceu, para a sentença da ação civil pública, efeitos apenas ‘nos limites da competência territorial da decisão do órgão prolator’ (art. 2º), pelos que diversos especialistas sustentam a desconsideração da inovação (veja-se André de Carvalho Ramos ‘A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97’, in *Revista dos Tribunais* 755/133); e sobretudo a Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999, que ‘dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento fundamental’. Todos esses diplomas traduzem tentativas de ‘verticalização’ do controle jurisdicional, visando restringir o poder dos juízos inferiores e concentrá-lo nos tribunais, especialmente os superiores<sup>500</sup>”.

“Essa concentração de jurisdição revela por si a inclinação do controle abstrato de constitucionalidade desenhado pela Lei nº 9.868

<sup>499</sup> Nesse sentido, Nagib Slaibi Filho. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 88/92. De outra feita, é comecinho que várias ações declaratórias de constitucionalidade foram julgadas antes mesmo do advento da referida lei.

<sup>500</sup> *Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.869/99*. in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, Daniel Sarmento (Org.), p. 271.

no sentido de ‘governabilidade’ antes do que no dos direitos fundamentais: o que mais interessa ao Governo é a previsibilidade e o eventual direcionamento das decisões judiciais<sup>501</sup>”.

Essa premissa, no nosso entender, deve nortear as decisões judiciais proferidas com fulcro na lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999. O Supremo Tribunal Federal deve ter, como norte, o objetivo de impedir manobras no sentido da “governabilidade” ou das manobras que porventura tentem “direcionar” suas decisões, aplicando, para esse intento, o que Oscar Vilhena Vieira chama de *ética de princípios*<sup>502</sup>.

Assim posto, tanto a nova lei, como a ação em comento ganharão vida própria e poderão se tornar em um instrumento sobremaneira útil à Democracia e ao Estado de Direito. Verifica-se na hipótese a assertiva utilizada por Gilmar Ferreira Mendes ao apreciar a Emenda nº 16 de 1965, citando Theodor Maunz, “*Tem-se aqui uma inequívoca afirmação de que a lei pode ser mais inteligente que o legislador*”<sup>503</sup>.

Nesse viés, a lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999 e a Emenda constitucional nº 3 de 1993, poderão conferir ao controle concentrado de constitucionalidade uma participação democrática nunca antes vista. Retornaremos ao assunto.

Analisemos por ora, os artigos da lei atinentes ao objeto deste trabalho.

A ação declaratória de constitucionalidade vem regulada no Capítulo III da lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999, nos artigos 13 a 21. A Seção I do referido Capítulo cuida da *admissibilidade e procedimento da ação declaratória de constitucionalidade*, enquanto que a Seção II capitula a *medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade*.

A competência não deixa margem a dúvidas: é originária e privativa do Supremo Tribunal Federal, segundo disposição expressa do artigo 102, inciso I, alínea a da Constituição Federal.

<sup>501</sup> Walter Claudius Rothenburg: *Op. Cit.*, p. 271.

<sup>502</sup> Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 230.

<sup>503</sup> Theodor Maunz. *Deutsches Staatsrecht*, 1075, p. 50, *apud* Representação 1.045 – AC, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 127 (395). O trecho em comento se refere ao parecer oferecido pela Procuradoria-Geral da República, cuja opinião legal foi subscrita pelo então procurador Gilmar Ferreira Mendes.

A legitimidade ativa, como toda ação de natureza de verificação de controle de constitucionalidade no modo concentrado, é restrita a determinadas partes. Na ação declaratória de constitucionalidade a legitimidade ativa é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, em razão do advento da Emenda Constitucional de nº 45.

Mas nem sempre foi assim. A legitimidade ativa da ação declaratória de constitucionalidade já foi mais reduzida que na ação direta de inconstitucionalidade.

De fato, o artigo 13 da lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999, que cuidava dos legitimados à interposição de tal ação, tratando-se de cópia da disposição constitucional contida no § 4º do artigo 103 da Constituição Federal (ambos revogados por força da Emenda Constitucional de nº. 45 que incluiu no rol de legitimados, tanto para a ação direta de inconstitucionalidade, como para a ação declaratória de constitucionalidade, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, bem como o Governador de Estado ou do Distrito Federal).

Por interesse histórico, citamos o revogado artigo:

*“Art 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:*

*I - o Presidente da República;*

*II - a Mesa da Câmara dos Deputados;*

*III - a Mesa do Senado Federal;*

*IV - o Procurador-Geral da República”.*

A EC 45, acertadamente, permitiu que o rol de legitimados fosse o mesmo. Isso porque a defesa da Constituição, para que se declare uma lei constitucional ou inconstitucional, não é do interesse apenas dos então legitimados no rol do artigo 13.

Ao contrário, é possível afirmar que todos os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade têm manifesto interesse em preservar a Constituição.

Por ocasião anterior das mudanças advindas com a EC 45, entendíamos que



o rol dos legitimados para o ingresso da ação declaratória de constitucionalidade não deixava margens a dúvidas de que tal ação viera para ser subutilizada<sup>504</sup>. Acertada, portanto, a decisão do legislador em estender o rol de legitimados à ação declaratória de constitucionalidade, para o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade.

O artigo 14 traz em seu elenco, os requisitos de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade. Repita-se que tais requisitos são na lei, absorção de jurisprudência já consagrada<sup>505</sup>.

“A petição inicial indicará:

I – o dispositivo da lei ou ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II – o pedido com suas especificações;

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade”.

Como visto acima, esta ação visa a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Parece óbvio, portanto, que um dos requisitos da petição inicial seja justamente o apontamento da lei ou ato normativo questionado.

A petição inicial também deverá conter os fundamentos jurídicos do pedido. Ou seja: deverá ser explicado por que se entende constitucional a lei ou ato normativo. Repita-se que o fundamento é jurídico e não legal, o que não impede o

---

<sup>504</sup> Até porque, naquela época, o Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem sido peremptório em somente reconhecer como aptos ao ingresso da ação declaratória de constitucionalidade, os legitimados constantes do artigo 102 § 4º da Constituição Federal e artigo 13 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. A respeito cf. ADCA-2/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26/09/1997 p. 47480 EMENT VOL – 01884-01, p. 1

Pretório excelso de conhecer ou indeferir o pedido com base em outras determinações constitucionais, ainda que de ofício<sup>506</sup>.

Existe um pressuposto processual específico para esta ação, qual seja, a preexistência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Isso quer dizer que, antes de socorrer-se ao Judiciário com a ação declaratória, a questão já deverá ter sido aventada junto ao mesmo Poder. A controvérsia judicial deverá ser relevante. Ressalte-se, no entanto, que toda controvérsia jurídica que tenha por escopo verificar o ferimento ou não de preceito constitucional é relevante.

Todavia, para os fins da lei em comento, essa relevância pode ser interpretada como quantidade e disparidade de decisões judiciais acerca do mesmo tema<sup>507</sup>.

A petição inicial deverá estar instruída de documentos que comprovem a controvérsia. Pelo fato de a referida controvérsia judicial ser pressuposto processual, devendo comprovar-se desde logo, entendemos que a cognição é formal, não havendo possibilidade de aditamento da inicial para corrigir o problema. Não havendo comprovação da controvérsia, a petição é inepta e de pronto será indeferida, a teor do artigo 15 da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999.

Será inepta, outrossim, se não fundamentada e manifestamente improcedente, como determina o mesmo artigo 15. A petição manifestamente improcedente será aquela que não preencha os requisitos estatuídos no artigo 14, bem como, no nosso entender, quando proposta para defender interesse subjetivo dos órgãos governamentais (leia-se governabilidade em detrimento da Constituição),

---

<sup>505</sup> Walter Claudius Rothemburg. *Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.869/99*. in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, Daniel Sarmiento (Org.), p. 271.

<sup>506</sup> Nesse sentido “*É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da ‘causa petendi’ formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-lo sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor*”. ADIMC 1896/DF, Rel. Min. Sydney Sanches DJ 28/05/1999, p. 4 EMENT VOL 01952-01, p. 135. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>507</sup> ADC 1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, p. 18213 EMENT VOL 01791-0, p. 88.; ADMC 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21/04/1999, p. 2 EMENT VOL-01951-01, p. 1. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

como já ventilamos neste trabalho.

Voltando ao artigo 14, a petição inicial deverá vir acompanhada de instrumento de procuração, *se subscrita por advogado*. Depreende-se, portanto que, tanto a Constituição, como a lei em comento atribui capacidade postulatória aos legitimados para a propositura<sup>508</sup>.

O artigo 15 da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 prevê, em seu parágrafo único, o recurso cabível das decisões que determinarem a inépcia da inicial, o qual denominou de agravo.

Trata-se de modalidade especial de recurso, uma vez o referido “agravo” será interposto ante uma decisão terminativa (inicial julgada inepta). Ora, é notório que o recurso de agravo, como previsto no Código de Processo Civil (de instrumento ou retido) tem a finalidade de modificar decisões de cunho interlocutório (Código de Processo Civil, artigo 522).

Para as decisões terminativas, como é o caso da inicial julgada inepta, segundo o mesmo Código, o recurso cabível é a apelação (Lei de Rito, artigo 513). Entretanto, a apelação pressupõe o envio dos autos a uma instância superior (Código de Processo Civil, artigo 515), o que na hipótese se afigura impossível, visto que a ação declaratória de constitucionalidade é de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Mas, no caso em espécie, o dito recurso de “agravo”, que visa combater a decisão do relator, tem a finalidade de que as razões sejam apreciadas por outra instância dentro do mesmo Tribunal, forçando o julgamento da questão para a turma julgadora.

Nesse sentido, podemos concluir que o chamado recurso de “agravo” tem natureza de agravo regimental, posto que é justamente essa a função de tal recurso

---

<sup>508</sup> Walter Claudius Rothemburg entende que há uma distinção entre os legitimados com capacidade postulatória (como *in casu* o Procurador-Geral da República), sendo que os demais legitimados deveriam estar representados por advogado, *a menos que eles próprios o sejam*. *Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.869/99*. in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, Daniel Sarmento (Org.), p. 275. Não concordamos com a afirmação uma vez que não há distinção dessa natureza na lei. Acreditamos que, em função dos dispositivos ora comentados, para os fins específicos de proposição de ação direta, os legitimados contêm com a capacidade postulatória, haja vista o teor tanto do dos incisos do artigo 13, bem como o parágrafo único do artigo 14. Nesse sentido, Nagib Slaibi Filho. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**, p. 156/158.

(fazer com que a matéria rechaçada de plano pelo relator de um processo nos tribunais seja apreciada pela ou turma – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigo 317).

Com base no artigo 317, § 2º do mesmo Regimento Interno, acreditamos que o relator possa, em face da interposição do recurso de agravo que trata o parágrafo único do artigo 15 da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, reconsiderar sua decisão e conhecer da ação.

Outrossim, em face do silêncio da lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999, quanto ao prazo para a interposição do recurso de agravo, acreditamos ser possível aplicar à espécie, o mesmo artigo 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que determina o prazo de 5 dias para a interposição de agravo regimental.

A ação declaratória de constitucionalidade não admite intervenção de terceiros (artigo 18 da lei 9.868 de 10 de dezembro de 1999). Resta saber se será admitida assistência, uma vez que a lei em comento modificou completamente as disposições constantes nos artigos 169 a 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que cuidava da *Declaração de Inconstitucionalidade e da Interpretação da Lei*.

O artigo 169, § 2º impedia a assistência no controle abstrato de normas. O artigo 18 da lei atual não admite intervenção de terceiros, mas silencia sobre a acedência.

Ora, a teor do artigo 50 do Código de Processo Civil, o terceiro que *tiver interesse jurídico* poderá assistir a uma das partes. Assim, pode-se concluir que assistente não é terceiro<sup>509</sup>.

Todavia, essa possibilidade poderá ser solucionada com o determinado pelo artigo 7º da lei em 9.868 de 10 de dezembro de 1999, que dispõe:

*“Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.*

§ 1º (VETADO)

<sup>509</sup> Theotônio Negrão. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*. Nota (1) ao artigo 18 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, p. 1.017.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Se essa manifestação depende da “representatividade dos postulantes” (trata-se de ação de controle concentrado, não se perca de vista), essa proposição seria o equivalente à assistência na lide de característica intersubjetiva, posto que nesta, haveria, por óbvio o *interesse jurídico de terceiro*, enquanto que naquela, a representatividade estaria relacionada aos “*interesses gerais da coletividade*”<sup>510</sup>. Introduziu-se, no sistema positivo brasileiro, a figura do *amicus curiae*.

Dentre as decisões nesse sentido, merece destaque o despacho exarado pelo ministro Celso de Mello, nos autos da ADIn. 2.130-SC<sup>511</sup>.

<sup>510</sup> ADIn. 2.130-SC. Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 2.2.2001, Supremo Tribunal Federal – Módulo de Recuperação Textual.

<sup>511</sup> “*Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Intervenção processual do amicus curiae. Possibilidade. Lei nº 9.868/99 (art. 7º, § 2º). Significado político e jurídico da admissão do amicus curiae no sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Pedido de admissão deferido*”.

“*No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do amicus curiae (Lei 9.868/99, art. 7º § 2º), permitindo a terceiros, desde que investidos de representatividade processual adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional*”.

“*A admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo e controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sobre uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade o que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais*”.

“*Em suma, a regra inscrita no artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 – que contém base normativa legitimadora da intervenção do amicus curiae – tem a precípua finalidade de pluralizar o debate constitucional*”.

“*Decisão: A Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC, invocando a sua ‘condição de entidade representativa dos Magistrados Catarinenses’ (fls. 255), requer, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, seja admitida, formalmente na presente causa*”.

“*Passo a apreciar o pedido ora formulado pela entidade de classe em questão. Como se sabe, o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de intervir no processo de controle normativo abstrato (RDA 155/155 – RDA 157/266 – ADI 575-PI (AgRg). 1. Min. Celso de Mello, v.g.)*”.

“*A Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que*

*'Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade' (art. 7º, caput)''.*

*"LUIZ PALU, 'Controle de Constitucionalidade' p. 216/217, 1999, RT; ZENO VELOSO, 'Controle Jurisdicional de Constitucionalidade', p. 216/217, p. 88 item n. 96, 1999, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, 'Direito Constitucional', p. 571, 6ª ed., 1999, Atlas, v.g.) – reportam na circunstância de o processo de fiscalização normativa qualifica-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22 – RTJ 131/1001 – RTJ 136/44 – RTJ 164/506-507)''.*

*"Não obstante todas essas considerações, cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, que, em caráter excepcional, andou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, sendo agora a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade''.*

*"A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: 'O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades''.*

*"No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, a figura do amicus curiae, permitindo como consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional''.*

*"A regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae – tem, por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia''.*

*"É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva) a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do amicus curiae já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei nº 6.385, de 07/12/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivo, nos quais se discutam questões de direito societários, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal''.*

*"Cabe registrar, por necessário, que a intervenção do amicus curiae, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequação à resolução do litígio''.*

*"Na verdade, consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema ('Un'Alizia Interessata: L'amicus curiae Davati Alla Corte Suprema Degli Stati Uno', in 'Giurisprudenza Costituzionale', Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI Gioré), a admissão do terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais''.*

*"Presente esse contexto, entendo que a atuação processual do amicus curiae não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas''.*

*"Cumpra permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Reconheço, no entanto, que a propósito dessa questão, existe decisão em sentido contrário, proferida pelo eminente Presidente desta Corte, no julgamento da ADIN 321-DF (medida cautelar)''.*

Em resumo: não é possível a intervenção de terceiros (ou a assistência) no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Há sim, possibilidade de manifestação de entidades que comprovem interesse objetivo, relativamente à questão constitucional controvertida<sup>512</sup>.

O artigo 19 determina que, admitida a ação, o Procurador-Geral da República se manifeste em 15 dias. Passado o prazo, o relator elaborará seu relatório e pedirá dia para julgamento (artigo 20 da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999).

O mencionado artigo 20 traz, em seus parágrafos, uma inovação importante, *“que supera um tabu da fiscalização abstrata de constitucionalidade, ao admitir instrução. Com efeito, havia o preconceito de que, tratando-se de processo objetivo, a questão resumia-se a uma discussão teórica, exclusivamente de teses jurídicas, para saber se da compatibilidade de determinado ato normativo aos parâmetros constitucionais – mera questão de direito, enfim, sem espaço para a produção de provas*<sup>513</sup>”.

O processo objetivo da ação declaratória de constitucionalidade, embora careça da definição clássica de contencioso, pode ser muito mais democrático e participativo se bem utilizado nos termos em que disposto em lei, notadamente quanto o teor dos parágrafos do artigo 20.

Essa instrução objetiva demonstra, ao contrário dos achaques que tal ação sofreu, tão logo ingressou no mundo jurídico a EC 3/93, que o instituto é bom e plausível.

---

*“Tenho para mim, contudo, na linha das razões que venho de expor, que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o amicus curiae poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação”*. ADin. 2.130-SC. Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 2.2.2001, Supremo Tribunal Federal – Módulo de Recuperação Textual.

<sup>512</sup> Walter Claudius Rothemburg, *Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.869/99*. in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, Daniel Sarmento (Org.), p. 276.

<sup>513</sup> Walter Claudius Rothemburg, *Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.869/99*. in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, Daniel Sarmento (Org.), p. 277/278.

Isso porque, acredita-se, tenha sido analisado até o presente momento dentro de um certo preconceito, demonstrando um objetivo bastante desvirtuado daquilo que realmente a ação declaratória de constitucionalidade é e ainda pode ser.

Se a idéia inicial pode até ser discutível do ponto de vista jurídico, se hipoteticamente se espera conceber uma ação que tolhesse o cidadão de consagrar o seu direito ou de impedir o Judiciário de exercer suas precípuas funções; ou, ainda no campo das especulações, se tal ação foi concebida para propósitos não tão legítimos, como tentar perpetuar medidas inconstitucionais em prol de uma "governabilidade", o instituto em si nada tem de ruim.

Ora, o próprio controle de constitucionalidade não teve origem em premissas, digamos, exatamente defensáveis.

É fato histórico que, antes de salvaguardar a Constituição dos Estados Unidos, o juiz Marshall queria, por razões que não caberiam aqui explicitar, afastar Marbury do cargo que pleiteava. Para isso, construiu um raciocínio que se verifica hodiernamente como um dos elementos principais do Estado Democrático de Direito, como muito bem explicou a professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, em uma das suas excelentes aulas proferidas no curso de mestrado do UNIFIEO<sup>514</sup>.

Não se pretende defender a idéia atribuída, erroneamente, a Maquiavel de que "o fim justifica os meios". Mas apenas e tão-somente afirmar que o instituto criado desvinculou-se do propósito original e, sendo verdadeiramente bom e eficaz, tornou-se perene.

O artigo 20 prevê a possibilidade de o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que seja emitido parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para audiência pública, no sentido de ouvir depoimento de pessoas com experiência na matéria.

É o que o Ministro Celso de Melo denominou de, ao analisar o artigo 7º, § 2º da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, "*pluralizar o debate constitucional*"<sup>515</sup>, seja por meio de perícia, oitiva de pessoas com experiência na matéria, ou ainda, da possibilidade de receber informações de juízos de instâncias inferiores, criando assim, uma verdadeira democratização do processo e do próprio acesso ao

---

<sup>514</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *em aula*, comunicação informal, UNIFIEO, 2001.



Supremo Tribunal Federal.

Esse é o motivo pelo qual entendemos que a ação declaratória, se usada com seriedade, poderá se transformar na mais democrática das ações e superará todas as críticas da “ausência de contraditório” feitas ao instituto.

De rigor, seria por demais interessante perceber o Supremo Tribunal Federal dando voz ativa à sociedade, solicitando a participação das comunidades, de organizações não-governamentais, enfim, aproximar-se o Pretório Excelso da realidade brasileira, afastando a pretensa regra de que o juiz conhece o direito, mas não a vida, principalmente quando se refere aos Tribunais Superiores.

A utilização de referido instrumento, além de fazer cessar críticas, aproximaria o cidadão da mais alta Corte de Justiça do país, o que, além de democratizá-la, faria inspirar mais confiança no Poder Judiciário, espantando de vez o preconceito com que os juízes são encarados, de um modo geral, por aqueles que não operam o direito.

A Seção II do Capítulo III da Lei 9.868 de 1º de novembro de 1999, em seu artigo 21 e parágrafo único, cuida da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade.

A princípio, a necessidade de concessão de medida cautelar em uma ação deste tipo soa estranha. Afinal, seria a hipótese de ver-se deferida uma medida cautelar de constitucionalidade para um ato ou lei revestidos de auto-executoriedade.

Mas a medida cautelar não se refere ao pedido em si de constitucionalidade, senão à possibilidade de que os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a lei ou ato normativo em questão.

Como já asseverado no decorrer deste trabalho, a medida cautelar se cingirá a atribuir efeitos vinculantes ao entendimento do tribunal. Isso porque, a lei em debate é válida e estaria vigendo normalmente.

Assim, de um lado, essa medida cautelar impediria que nas novas ações propostas no controle difuso de constitucionalidade recebessem decisões diferentes da determinada na ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>515</sup> ADin. 2.130-SC. Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 2.2.2001, Supremo Tribunal Federal – Módulo de Recuperação Textual.

De outra feita, a medida cautelar determinará a suspensão de todos os feitos em curso “*que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo*” (artigo 21, *caput*, da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999).

Isso se justifica pela “*instabilidade jurídica decorrente da incerteza sobre a constitucionalidade da norma em exame*”<sup>516</sup>.

A medida cautelar concedida pode ser ou não *inaudita altera pars*. Algum espanto pode causar semelhante afirmação, uma vez que não haverá “parte” a ser citada. Mas há pessoas que podem ser ouvidas. Dessa forma, nada impede que o Supremo Tribunal Federal, exercendo seu mister constitucional prefira ouvir especialistas na matéria ou determinar audiências públicas antes da apreciação da medida cautelar.

O parágrafo único cuida do prazo de vigência da medida cautelar. O tribunal deverá realizar o julgamento da ação no prazo de 180 dias, sob pena da perda de eficácia da referida medida, possibilitando assim, que decisões díspares possam novamente ocorrer, uma vez que cessados os efeitos vinculantes.

Cumpra esclarecer ainda que, em casos excepcionais, a medida cautelar pode ser deferida com efeitos *ex tunc*. Ou seja: além dos efeitos vinculantes, a *partir de então*, tais efeitos retroagirão no tempo<sup>517</sup>.

A decisão final na ação declaratória de constitucionalidade é tratada em conjunto com a ação direta de constitucionalidade, no Capítulo IV da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, artigos 22 a 28.

O julgamento será iniciado com a presença de, no mínimo, oito ministros (artigo 22), e a declaração de constitucionalidade apenas poderá ser procedente mediante o voto de, no mínimo, seis julgadores nesse sentido (artigo 23).

Um aspecto curioso da lei em comento: o artigo 23 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 determina que tanto a declaração de constitucionalidade como a de inconstitucionalidade apenas poderão ser realizadas mediante o voto de seis ministros.

Ora, quando uma ação direta genérica é julgada improcedente (leia-se: desde

<sup>516</sup> Nagib Slaibi Filho. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, p. 122.

<sup>517</sup> ADC 9/DF, Rel. Min. Nery da Silveira. Fonte: módulo de recuperação textual STF.

que tenha o voto de menos de seis ministros), nada mais está se fazendo do que declarando a constitucionalidade da norma. A recíproca é verdadeira quanto à ação declaratória de constitucionalidade.

Dessa forma, a declaração de constitucionalidade no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade não precisará observar o mínimo legal (seis ministros). O mesmo raciocínio pode ser atribuído à declaração de inconstitucionalidade, pela improcedência do pedido, em uma ação declaratória de constitucionalidade.

Ou seja, o efeito diametralmente oposto entre a ação direta de constitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, pode ser obtido, nos casos de improcedência, sem a observância do mínimo legal de seis ministros. O registro necessário é que, a improcedência da ação direta de constitucionalidade tem o mesmo efeito que a procedência da ação declaratória de constitucionalidade e vice-versa. Dessa forma, julgar improcedente o pedido na ação direta de inconstitucionalidade equivale a julgar procedente o pedido da ação declaratória de constitucionalidade. A recíproca é verdadeira.

Assim, por exemplo, em uma ação declaratória de constitucionalidade, o efeito obtido, inverso ao pretendido (procedência da ação) não necessita da observância do concorde de seis ministros, o que causa certa estranheza, pois, a norma será tida inconstitucional sem a necessidade do mínimo legal. Isso não seria possível para julgar-se procedente uma ação direta de inconstitucionalidade.

Essa dicotomia é, como dito, no mínimo estranha.

O artigo 26 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 é mais um que teve inspiração na construção pretoriana, ao determinar a impossibilidade da utilização de via recursal (à exceção de embargos de declaração) e quanto a impossibilidade de utilização de ação rescisória<sup>518</sup>.

Os embargos de declaração podem ser propostos pelos legitimados, ou pelos que, a teor do artigo 7º da lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, foram admitidos no processo, na qualidade de *amicus curiae*<sup>519</sup>.

O artigo 27 determina os casos especiais em que a declaração de

---

<sup>518</sup> Ação Rescisória nº 878 – SP, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ*, 94 (49).

inconstitucionalidade poderá operar efeitos *ex tunc*. Já tivemos a oportunidade de abordar a questão, mas novas considerações devem ser realizadas.

A Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, tal como está, admite apenas que os efeitos *ex nunc* operem na decisão que julgue improcedente a ação declaratória de constitucionalidade.

Divergências à parte, em última análise, os efeitos da declaração de constitucionalidade operariam efeitos *ex tunc* enquanto a improcedência da ação poderá se revestir de efeitos *ex nunc*. Certo é que tais efeitos jamais poderão ser atribuídos às chamadas “cláusulas pétreas” da Constituição Federal.

Essa afirmativa é de simples constatação. Seria curioso imaginar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* da ação declaratória de constitucionalidade que julgasse Emenda Constitucional modificando o sistema federativo, por exemplo. Ou de lei que viesse a instituir a pena de morte, apenas para ficarmos nos exemplos mais bizarros.

Por fim, é certo que o Supremo Tribunal Federal goza de um instrumento manifestamente profícuo na consagração das garantias constitucionais. Bem utilizado, poderá se transformar em pura consagração da Democracia. Mal utilizado, prestar-se-á a um arbítrio sem precedentes.

No entanto, o caminho está aberto. Esperamos que a vaidade humana não contribua para que reste letra morta, posto que essa ação poderia realmente arejar e tornar o mais alto Tribunal brasileiro realmente próximo de seus jurisdicionados, o que, permitiria decisões mais justas e reais. A Constituição brasileira, empenhada, agradecerá.

---

<sup>519</sup> ADin. 2.130-SC. Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 2.2.2001, Supremo Tribunal Federal – Módulo de Recuperação Textual.

#### 4. – A Ação Declaratória de Constitucionalidade e os Direitos Fundamentais

A presente seção visa discutir a relação entre o controle concentrado de constitucionalidade, mais especificamente no tocante à ação declaratória de constitucionalidade e os direitos fundamentais.

Isso porque, conforme já asseverado na introdução deste trabalho<sup>520</sup>, o controle de constitucionalidade tem um papel primordial na garantia da supremacia constitucional, e nesse sentido, na garantia dos direitos fundamentais.

Para tanto, descreveremos sucintamente o histórico dos direitos fundamentais, consoante o surgimento dos primeiros documentos a esse respeito, passando posteriormente para uma análise conceitual, para, finalmente relacioná-los com a ação declaratória de constitucionalidade. Enfrentaremos agora, a primeira de tais premissas.

Contudo, um primeiro esclarecimento se faz necessário: direitos fundamentais e direitos humanos seriam expressões sinônimas?

Sim, no nosso entender. A expressão “direitos fundamentais” surgiu do publicismo alemão, haja vista que naquele país a Constituição é alcunhada de “Lei Fundamental”. Assim, “direitos humanos” são direitos fundamentais, sendo que aquela expressão é mais usada pelos doutrinadores anglo-americanos e latinos, enquanto a última era mais restrita aos autores alemães<sup>521</sup>, em que pese o fato de que, atualmente, tal expressão é cotidianamente usada pela doutrina brasileira.

##### 4.1 – Os Direitos Fundamentais: antecedentes e primeiros documentos históricos de proteção

Os direitos fundamentais, tal qual existem hoje, são conquista recente da humanidade. Demandaram a existência de relações de poder, uma vez que no princípio o que reprimia a espécie humana não eram os seus pares, mas o próprio

---

<sup>520</sup> A esse respeito, cfr. Fls 01.

<sup>521</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 514.

meio natural:

“Efetivamente, na sociedade primitiva, gentílica, os bens pertenciam, em conjunto, a todos os gentílicos e, então, se verificava uma comunhão democrática de interesses. Não existia poder algum dominante, porque o poder era interno à sociedade mesma. Não ocorria subordinação nem opressão social ou política. O homem buscava liberar-se da opressão do meio natural, mediante descobertas e invenções<sup>522</sup>”.

Pois bem. Dominado o fogo, as ferramentas que facilitavam as execuções das tarefas diuturnas, o homem da sociedade gentílica passa a se estabilizar em comunidades, explorando não somente a caça como a agricultura. E, trabalhar a terra traz não apenas resultados agronômicos. Traz consigo também a noção de propriedade e com isso, as relações de poder existentes nos clãs tendem a se aprimorar e a se intensificar. Nesse sentido, repetimos o ensinamento de José Afonso da Silva:

“Com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, contudo, aparece uma forma social de subordinação e de opressão, pois o titular da propriedade, mormente da propriedade territorial, impõe seu domínio e subordina tantos quantos se relacionem com a coisa apropriada”.

“O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem as suas possibilidades, já que cada passo na etapa de evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários”.

“Surge, assim, uma forma de poder externo à sociedade, que, por necessitar impor-se e fazer-se valer eficazmente, se torna político. E aí teve origem a escravidão sistemática, diretamente relacionada com a aquisição de bens. O Estado, então, se forma como aparato necessário para sustentar esse sistema de dominação. O homem, então, viu-se diante de opressões sociais e políticas, e sua história não é senão a história das lutas para dela se libertar, e o vai conseguindo a duras penas<sup>523</sup>”.

Conforme a sociedade evoluía (e evolui) ficava mais e mais patente a disparidade entre o oprimido e o opressor, agora, ambos humanos. O homem não mais se sentia ameaçado como antes pelo ambiente, mas sim pelo próprio homem. Todavia a evolução social e a constatação dessa opressão cresciam formando, entre si, um contraponto, uma contradição em termos. De um lado era (e é) flagrante que a opressão crescia. De outro, não adiantava mais à humanidade que tinha aprendido as benesses do convívio social, para vencer a opressão, retornar à liberdade primitiva. O crescimento da civilização, do pensamento e da consciência faziam necessária uma outra solução que permitisse a continuidade das sociedades humanas, uma vez que seria impossível viver de outra maneira.

Assim, *“Uma das explicações possíveis para esse fenômeno parte da verificação de que o movimento constante e inelutável de unificação da humanidade atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital<sup>524</sup>”*.

Entretanto, essa evolução não se deu em uma curva linear. A cada passo da humanidade, a cada nova descoberta, a cada novo pensamento, a dignidade humana passava a ser um bem necessário. Mas essa conquista, além de um infundável tempo retrocedia a cada massacre, a cada vez que a humanidade se punha na contramão da conquista da dignidade humana. Contudo, os retrocessos na conquista dos direitos fundamentais refletiam na sociedade, que evoluía, de

---

<sup>522</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 154.

<sup>523</sup> *Idem*, p. 154.

<sup>524</sup> Fábio Konder Comparato. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2001, p. 37

maneira mais intensa e contundente, de modo a permitir uma nova compreensão da vida social:

“Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada surto de violência os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras para uma vida mais digna<sup>525</sup>”.

Nesse sentido é comezinho que a “história da libertação humana” não busca o retorno à liberdade primitiva, mas a uma liberdade da qual todos possam participar em uma sociedade. A princípio essa busca encontrava ressonância no divino, em um direito que não era criação humana, mas uma relação entre homens com base na vontade dos Deuses. A esse respeito, a opinião abalisada de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na Antiguidade, a referência a um direito superior, não estabelecido pelos homens mas dado a estes pelos deuses. Nesse passo, cabe a citação habitual à *Antígona*, de Sófocles, em que isso é, literariamente, exposto, em termos inolvidáveis<sup>526</sup>”.

Dos deuses para a lei, é indiscutível que o desenvolvimento humano, embora não linear, tenha se impulsionado pela ciência e pelo desenvolvimento da sociedade. Nesse viés, novamente citamos Fábio Konder Comparato:

---

<sup>525</sup> Fábio Konder Comparato. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2001, p. 37.

<sup>526</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 11.



“Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pelas invenções técnico-científicas e, de outro lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana, um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça<sup>527</sup>”.

Portanto, não seria permitido à humanidade se desenvolver dentro de uma sociedade sem que os homens conferissem alguma garantia de que a vida no meio social lhe seria justa. Por inspiração divina ou pela lei, a História começa a registrar algumas conquistas, tão necessárias ao desenvolvimento da sociedade, seja por meio de declarações ou por formas de impedir que injustiças fossem cometidas, como *“o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios de Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Intedictio de Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do habeas corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica do direitos de liberdade. Não nos iludamos, contudo, porque essas medidas tinham alcance limitado aos membros da classe dominante(...)*<sup>528</sup>”.

Dessa forma, é de senso distinguir que o início dos direitos humanos se deu, em alguns de seus aspectos, ainda durante a Antigüidade, *“com a criação das primeiras instituições democráticas de Atenas, e prossegue no século seguinte, com a fundação da república romana*<sup>529</sup>”.

Contudo, conforme já aclarado, a constatação da necessidade de que o homem era titular de direitos, sem que isso a vida em sociedade seria insuportável, não se deu de forma linear. Ao mesmo tempo em que alguns direitos eram reconhecidos para alguns, outros se viam absolutamente excluídos de qualquer dignidade. Tanto é assim que, na democracia ateniense ou na república romana,

<sup>527</sup> Fábio Konder Comparato. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 37.

<sup>528</sup> José Afonso da Silva. *Op. Cit.*, p. 154.

viviam titulares de direitos perfilhados com pessoas absolutamente marginalizadas pela sociedade, a tal ponto que alguns autores sequer admitem a existência de direitos fundamentais no curso da Antigüidade:

“Quando se põe a pergunta da existência de direitos do homem na antigüidade a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo natural<sup>530</sup>”.

Assim, aos avanços e tropeços, a humanidade começou a perceber que a vida em sociedade seria insuportável sem direitos, direitos *fundamentais* ao homem social. Com o avançar histórico, os pensadores, ainda que com base no divino, começaram a demonstrar que o homem necessitava de garantias para evoluir. Nesse passo, grande foi o papel da Escola de Direito Natural e das Gentes que estabeleceu o ensinamento aceito pelo pensamento iluminista e apregoado nas Declarações<sup>531</sup>. Ou ainda:

“Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento dos princípios das leis *fundamentais do Reino* limitadoras do poder do monarca. Aí floresceram os *pactos*, os *forais* e as *cartas de franquias*, outorgantes de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais (...)”<sup>532</sup>

No entanto, o direito natural tinha ainda como base inspiração divina, sendo que Grócio teve um papel fundamental na laicização do direito natural. O jurista

<sup>529</sup> Fábio Konder Comparato. *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>530</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, p. 501.

<sup>531</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 12.

<sup>532</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 155, grifos do original. O autor cita, dentre tais documentos, os espanhóis de León e Castela (1188), de Aragão (1267) e a *Magna Carta* de 1215-1225. Quanto as cartas e declarações inglesas e americanas, faremos um estudo mais detido, um pouco adiante.

holandês entendia derivar do caráter humano certas prerrogativas que não eram de inspiração divina, tampouco outorgados pelo legislador, mas sim indigitados pela “reta razão” a que atingem, pela “conveniência ou inconveniência” de tais prerrogativas em face da natureza razoável e sociável do ser humano<sup>533</sup> .

Constatada a necessidade de que o homem fosse sujeito de direitos para que a vida em sociedade não se esfacelasse, buscou-se a maneira pela qual esses direitos pudessem ser formalizados, o que se deu, a princípio, pelo registro de documentos escritos, prática que teve início na Idade Média, especialmente na segunda metade, principalmente na Europa, continente no qual difundiram-se, “*não do registro de direitos do Homem, mas de direitos de comunidades locais, ou de corporações, por meio de forais ou cartas de franquia. Nestes, que os senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida – para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados*”<sup>534</sup> .

Ainda com a finalidade de preservar-se direitos de certas comunidades ou de castas sociais, principalmente na Inglaterra, criaram-se cartas e estatutos que visavam garantir direitos fundamentais, como a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa<sup>535</sup> .

“Destaque especial, todavia, merece a *Magna Carta*, de 21 de junho de 1215. Esta é a peça básica da constituição inglesa, portanto, de todo constitucionalismo. Apesar de formalmente outorgada por João sem Terra, é ela um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, pois efetivamente consiste no resultado de um acordo entre esse rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavra) de cidades como Londres”<sup>536</sup> .

<sup>533</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 12.

<sup>534</sup> *Idem*, p. 12

<sup>535</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 155.

<sup>536</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Op. Cit.*, p.13.

A *Magna Carta* que foi assinada em 1215 e que, todavia apenas foi tornada definitiva em 1225, tem como objeto de proteção, a aristocracia feudal, uma vez que, fora essa mesma aristocracia não se poderia considerar que as “classes inferiores” fossem compostas de homens verdadeiramente livres<sup>537</sup>. Contudo, José Afonso da Silva afirma que:

“(...) ela se tornasse um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês<sup>538</sup>”.

Importante considerar, no mesmo sentido que:

“Se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do Homem mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial *law of the land*, por outro, ela consiste na enumeração de prerrogativas a todos os súditos da monarquia. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação do poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos<sup>539</sup>”.

Já a *Petition of Rights* (1628), foi um documento apontado ao rei, pelo qual os membros do Parlamento requereram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos, constituindo-se em um verdadeiro meio de transação entre Parlamento e rei, sendo que o monarca concordou porque o Parlamento, na ocasião “já detinha o poder financeiro, de sorte que o monarca não poderia gastar dinheiro sem autorização parlamentar<sup>540</sup>”.

<sup>537</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 156.

<sup>538</sup> José Afonso da Silva., *Op. Cit* p. 156.

<sup>539</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*, p.14.

<sup>540</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 156.

“Na verdade, a petição pede a observância de direitos e liberdades já reconhecidos na própria Magna Carta, especialmente em sua art. 39(...) <sup>541</sup>”.

O *Habeas Corpus Act* teve como destino o fortalecimento da liberdade, o que o tornou em uma concreta segurança uma vez que retirou da realeza a possibilidade de determinar prisões arbitrárias <sup>542</sup>.

Entretanto e ainda na Inglaterra, “O documento mais importante é a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1688) que decorreu da Revolução de 1688, pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme III e Maria II, cujos poderes se limitavam com as declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita <sup>543</sup>”.

No entanto, as declarações inglesas tinham como maior preocupação limitar o poder do rei, não sendo, portanto, consideradas como “declarações de direitos” no sentido técnico da palavra. Coube ao gênio estadunidense, por meio da *Declaração do Bom Povo da Virgínia*, de 12 de janeiro de 1776, tal distinção <sup>544</sup>. Essa declaração, anterior à própria Declaração de Independência dos Estados Unidos teve, além das inquietações com os direitos da comunidade daquele Estado (então colônia inglesa), a determinação em criar um governo democrático, formulando um processo de limitação de poderes “*inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem* <sup>545</sup>”.

Logo após a referida declaração, sobreveio a independência dos Estados Unidos da América, cuja declaração, datada de 17 de setembro de 1787, a princípio, não trazia em seu bojo a previsão de direitos fundamentais. Todavia:

<sup>541</sup> José Afonso da Silva. *Op. Cit.*, p. 156/157. Segue o artigo referido: “*Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país*”.

<sup>542</sup> José Afonso da Silva. *Op. Cit.*, p. 157.

<sup>543</sup> *Idem*, p. 157.

<sup>544</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>545</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 158.

“Sua entrada em vigor, contudo, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com o que, então, tais Estados Soberanos se uniriam em uma Estado Federal, passando a simples Estados-membros deste. Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a esse pacto se se introduzisse na Constituição uma *Carta de Direitos*, feito, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição da Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se adicionaram outras até 1975, que constituem o *Bill of Rights* do povo americano (...)”<sup>546</sup>.

Coube, entretanto, a uma Declaração de direitos posterior (ao menos cronologicamente) tornar-se a mais festejada de todas as declarações de direitos até então criadas; documento que mesmo hoje é um modelo profundamente reverenciado mundo afora. Trata-se da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Isso porque a Declaração francesa, ao contrário das criadas nos Estados Unidos, não se preocupavam com os problemas de uma comunidade local. Ao contrário, aquela declaração teve como finalidade não apenas a proteção das liberdades do povo francês, mas tinha como intenção apregoar a liberdade como um patrimônio de toda a humanidade, ou nas palavras de Paulo Bonavides, “*tinha como destinatário o gênero humano*”<sup>547</sup>, com um caráter didático: “*instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais ‘recordando-os’ deles*”<sup>548</sup>.

“Seu título – ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão’ – dá a impressão de que contém dois tipos de direitos: *Direitos do Homem e Direitos do Cidadão*, que seriam distintos. Os primeiros, de caráter pré-social, concernentes ao homem independentemente de sua integração em uma sociedade política, são, nos seus termos, a *liberdade, a propriedade e a segurança*, isto é: tudo aquilo que os

<sup>546</sup> *Idem*, p. 159.

<sup>547</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p. 516.

franceses chamam hoje, com duvidosa pertinência, de *liberdades públicas*. Os segundos são direitos dos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política, e são o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, para a formação da lei, como a expressão da vontade geral, o direito de acesso aos cargos públicos (...)<sup>549</sup>.

Pois bem. Se de um lado as declarações acima garantiam as liberdades, é fato que nem todos os homens eram livres. Não nos esqueçamos que essas declarações tiveram, sobretudo, a garantia de certas parcelas da sociedade que promoveram a revolução liberal que era o contraponto ao absolutismo. Portanto, tais documentos tinham como finalidade o impedimento de que o Estado agisse, arbitrariamente contra o homem, relegando ao limbo a liberdade.

Por outro lado, tais declarações não previam uma possibilidade que, infelizmente, se verificou real: a exploração humana não mais pelo Estado absoluto, mas pelo próprio homem.

“As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se, basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se explica pelo fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí por que as liberdades da burguesia se caracterizavam como *liberdades-resistência* ou como meio de limitar o poder, que, então, era absoluto<sup>550</sup>”.

Dessa forma, um novo movimento começou: a crítica a um Estado inoperante que, impedido por “liberdades públicas” não podia agir em favor de classes menos favorecidas as quais não gozavam dos direitos fundamentais declarados, por não serem relevantes economicamente, e, em vista disso,

---

<sup>548</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 33.

<sup>549</sup> José Afonso da Silva. *Op. Cit.*, p. 162, grifos do original.

continuavam distantes do néctar dos direitos fundamentais. Isso porque “(...) o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária logo demonstraram a insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas liberdades formais, de sentido negativo, como resistência e limitação ao poder. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições materiais para exercê-las<sup>551</sup>”.

Assim, e para garantir direitos que não se poderiam verificar sob declarações de tendências “liberalizantes”, algumas constituições passaram a normatizar direitos de cunho social, como a Constituição mexicana de 1917 (que previa direitos sociais por meio da participação do Estado na ordem econômica e social), a Constituição de Weimar de 1919 que previa, entre outros, os direitos da vida social, de acesso à educação e, ainda, a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918 que previa, por ter como base as idéias de Marx, Engels e Lênin, a realização de uma inovação na idéia de sociedade e de Estado, indo além de um mero reconhecimento de direitos sociais, promovendo a tentativa de libertar o homem da exploração<sup>552</sup>, ou nas palavras do citado autor:

“Daí começar por constituir a ‘República dos Soviéticos Obreiros, Soldados e Camponeses’, fundada sobre o princípio da livre união de nações livres, propondo suprimir toda a exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classe, esmagar sem piedade todos os exploradores, realizar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países. Essa declaração não reconhece as garantias dos direitos individuais, sendo certo que, em si, não tivera a repercussão e a influência universal que se esperava. Isso talvez se explique, no fato de que logo viera a Constituição Soviética de 10/7/1918, que

<sup>550</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 163, grifos do original.

<sup>551</sup> *Idem*, p. 163, grifos do original



exprime nela ter se inspirado, e principalmente no surgimento do estalinismo que dera um rumo despótico ao regime estabelecido e, ainda, na circunstância de a Constituição Soviética de 1936 tê-la superado com nova formulação dos direitos fundamentais do homem segundo a concepção socialista soviética<sup>553</sup>.

Se o objetivo não foi alcançado, talvez pelo despotismo que se seguiu naquele regime, é fato que, a partir da Constituição mexicana de 1917, principalmente nos momentos posteriores às duas grandes guerras verificadas no século passado, as Constituições e os Tratados Internacionais passaram a tentar equacionar tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais, de forma que os direitos fundamentais pudessem abarcar o maior número possível de pessoas. Nesse sentido, a opinião abalizada de Canotilho:

“Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da ‘sociedade burguesa’ são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta de classe trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo MARX, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem ‘egoísta’ e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do ‘homem total’, o que só será possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, o que é certo é que a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano económico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do património da humanidade. As declarações universais de direitos tentam hoje uma ‘coexistência integrada’ dos direitos liberais, dos direitos sociais, económicos e culturais, embora o modo como os estados, na

---

<sup>552</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.*, p. 165.

<sup>553</sup> *Idem.* p. 164/165.

prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual<sup>554</sup>.

De fato, a tendência atual é a de que os direitos fundamentais, tanto de caráter liberal, como social, cultural e econômico sejam equacionados em documentos internos (como a Constituição), como em documentos externos (Tratados, Convenções e Protocolos), cujas origens, nesse sentido encontram-se com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho e da Liga das Nações, uma vez que tais organizações internacionais cessaram um período em que os direitos humanos (ou fundamentais) raramente eram tratados pela comunidade internacional, cujas relações estavam mais adstritas a questões diplomáticas, ou seja, na relação entre os Estados<sup>555</sup>.

A partir dessa "ruptura", os direitos fundamentais passaram a ser uma preocupação de toda a comunidade internacional e avançaram em outros sentidos, para além dos direitos de liberdade ou dos direitos sociais, tendo como um verdadeiro divisor de águas, a Carta das Nações Unidas, de 1945<sup>556</sup>.

É de fácil constatação que, infelizmente, os direitos fundamentais, até hoje, não são uma conquista de *toda* sociedade. Um passeio por qualquer cidade, no Brasil ou fora do território nacional, fará constatar a imensa massa de excluídos que continuam fora do universo da dignidade que é inerente a todo ser humano. Mas, como dito linhas atrás, nossa História é de conquistas e o passar dos anos trará não apenas a possibilidade de inclusão dessas pessoas a direitos já conquistados e usufruídos por parte da sociedade, como ainda novos desafios que, por hora, sequer somos capazes de imaginar. Talvez por isso seja bem vinda a Emenda Constitucional nº 45 que acrescentou ao artigo 5º da nossa Constituição a possibilidade de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sejam considerados como direitos fundamentais se aprovados com a maioria qualificada exigida para emendas à Constituição.

<sup>554</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, p. 505.

<sup>555</sup> Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 136.

## 4.2 – Os Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e Terceira Gerações.

Com base no estudo realizado no capítulo acima, fica relativamente fácil entender a classificação dos direitos fundamentais, universalmente aceita, de direitos de primeira, segunda e terceira gerações, em que pese o fato de que tais conquistas não se deram de maneira sucessiva e demarcada e que, também, os avanços em uma área não significaram, necessariamente, retrocesso ou extinção de uma geração de direitos fundamentais. Como já alertado, o objetivo atual é o de permitir o convívio entre todas as gerações de direitos fundamentais.

Tendo em vista que os primeiros documentos considerados de direitos fundamentais constituem declarações nas quais os direitos conquistados se davam e face ao Estado opressor, tais direitos são conhecidos como direitos de liberdade, os direitos civis e políticos, os quais têm, como foco, a liberdade individual, sendo, portanto, oponíveis ao Estado<sup>557</sup>. Tais direitos caracterizam-se pela resistência da liberdade contra a arbitrariedade dos titulares do poder.

Todavia, como visto, as teses liberalizantes que permeavam apenas as liberdades individuais passaram a opressão do Estado, como sujeito ativo, para o próprio homem. As classes menos favorecidas da sociedade não conseguiam alcançar a dimensão da liberdade e eram excluídas, com o se tais atributos, inerentes à condição humana, não lhes dissessem respeito.

“Essa evolução se inicia com a crítica feita pelos socializantes ou socialistas ao caráter ‘formal’ das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; para a maioria porém, seriam sem sentido porque a ela faltariam os meios de exercê-las<sup>558</sup>”.

Dessa maneira, se na primeira fase os direitos fundamentais preocupavam-se com a liberdade, os de segunda geração consistiam na busca pela *igualdade* entre os homens. Para isso, o Estado, não mais despótico, mas democrático em razão dos

---

<sup>556</sup> Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 150.

<sup>557</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

direitos fundamentais de primeira geração, exerceria um papel primordial na busca pela isonomia entre os membros de uma mesma sociedade, para que todos pudessem ser considerados como homens livres.

Com a universalização dos direitos fundamentais, principalmente no período pós-guerra, a dimensão dos direitos fundamentais foi alargada. Aquilo que a princípio era individual e passou a ser coletivo, tinha agora uma consideração maior, universal.

São os chamados direitos de *fraternidade*. Ou seja, o homem não vive isolado em sociedades estanques. Ele é ator de um mundo que precisa de cuidados para que a humanidade possa se desenvolver. A terceira geração de direitos humanos busca proteger esse desenvolvimento.

Assim, "*Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade*<sup>559</sup>".

Dessa forma, é possível entender a importância da Declaração francesa: havia nela uma profecia, posto que em tal documento, muito embora não houvesse a expressão de direitos fundamentais de segunda e de terceira gerações, desde logo apregooou-se que os ideais para a humanidade seriam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, não por equívoco, princípios atinentes aos direitos de primeira, segunda e terceira gerações respectivamente<sup>560</sup>.

### **4.3 – Ação Declaratória de Constitucionalidade, Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica.**

Tentamos deixar clara, por todo o presente trabalho, a nossa intenção de demonstrar a importância da ação declaratória de constitucionalidade na preservação dos direitos fundamentais, notadamente, a segurança jurídica.

Outrossim, já afirmamos que a ação discutida poderá ser uma ferramenta bastante importante na democratização de nossa maior Corte de Justiça.

---

<sup>558</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direito Constitucional.*, p. 283.

<sup>559</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

Todavia, por uma questão de sistematização, resolvemos inserir mais um capítulo, que tem por finalidade insistir nesses pontos, discutidos, cremos, à exaustão no corpo deste estudo.

Contudo, salientamos que, embora o assunto seja ora relacionado de maneira bastante breve, trata-se de uma correspondência importante, posto que, agora se diz expressa e textualmente que, pelo fato de a ação declaratória de constitucionalidade preservar o direito à segurança jurídica, o que interessa a toda a coletividade.

Não se pretende, com isso, afirmar que a ação declaratória de constitucionalidade seja um *garantia fundamental*<sup>561</sup>, uma vez que a ação em estudo não é de iniciativa dos cidadãos, mas de um rol restrito, como convém ao controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, não podemos esquecer que para que a ação declaratória de constitucionalidade seja proposta, faz-se necessário existir um *conflito judicial relevante*, em outras palavras, da disparidade entre decisões judiciais que interpretam diferentemente alegação no que concerne a constitucionalidade de uma determinada norma.

Nesse sentido a ordem jurídica e a paz social, pela própria Constituição Federal promovidas retornam ao estado de normalidade.

*"A Constituição, rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica,*

---

<sup>560</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 516.

<sup>561</sup> Muito embora, repita-se, não pretendamos enquadrar a ação declaratória de constitucionalidade como garantia fundamental, acreditamos que seja importante marcar a distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, posto que não é de hoje que, como é público e notório, a doutrina distingue garantias fundamentais de direitos fundamentais. Enquanto estes se consubstanciam em direitos, aquelas são, em verdade, formas de garantir de forçar o Estado a observar os direitos fundamentais, as quais, como discorre Paulo Bonavides em seu *Curso de Direito Constitucional* (p. 516): "*afirmam segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade*". Em resumo, as garantias fundamentais são os instrumentos pelos quais a sociedade reclama a violação dos direitos fundamentais. Tais garantias podem ser de cunho subjetivo, sendo que, nesse caso, seu exercício se dará pela via do controle difuso de normas. Os maiores exemplos de tais garantias fundamentais encontram-se arrolados na própria Constituição Federal. Dentre outros, podemos citar o *habeas corpus*, o mandado de segurança (individual e coletivo), o mandado de injunção e o *habeas data*. Entretanto, essas garantias ou remédios constitucionais, a bem da verdade tem como escopo "o interesse pessoal de quem teve violados esses direitos, ou esteja em perigo de sofrer essa violação. Só secundariamente é que tutelam o interesse da coletividade no respeito da ordem jurídica", como afirma o mesmo autor.

*fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico que forma a ordem jurídica*<sup>562</sup>”.

Podemos afirmar, portanto, que preservar a Constituição e, por isso, preservar a ordem jurídica de uma *discussão judicial relevante*, é para a sociedade, preservar os direitos fundamentais. De outro lado, preservar a ordem jurídica com respeito à Constituição, também é preservar os direitos fundamentais.

Ora, a segurança jurídica é princípio de direito fundamental. Prova maior disso é que os direitos fundamentais, bem como suas garantias, encontram-se positivados na Magna Carta. A luta pela conquista desses direitos, para que a sociedade pudesse ter a segurança de que tais seriam respeitados, ensejou essa positivação.

Repetimos que o pressuposto básico para a propositura de uma ação declaratória de constitucionalidade é a *discussão jurídica relevante* a qual, existindo na sociedade, interfere diretamente no direito fundamental da segurança jurídica. É o já citado conflito entre decisões judiciais que permitem a busca dessa via de controle concentrado.

Assim, a ação declaratória de constitucionalidade ganha contornos de processo constitucional com vista à garantia (lata) do direito fundamental da segurança e ordem jurídicas estabilizando uma relação conflitante originada em razão da discussão existente sobre a constitucionalidade de uma determinada norma.

Portanto, no que se refere à preservação dos direitos fundamentais, notadamente a segurança jurídica promovida por um Estado Constitucional de Direito, a ação declaratória de constitucionalidade tem como objetivo, não apenas e tão somente obter a declaração de constitucionalidade em si, mas pacificar a sociedade envolvida em um conflito jurídico provocado pela disparidade entre decisões judiciais ou pela disparidade de tais decisões e a norma questionada, evitando assim que cidadãos sejam surpreendidos com decisões judiciais diametralmente opostas, na busca pela tutela de um mesmo direito.

---

<sup>562</sup> Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 17.

E o que é mais relevante: essa pacificação é obtida, independentemente do resultado obtido na ação. E essa relevância cresce com o alargamento promovido pela Emenda Constitucional 45, do rol de legitimidade ativa para a propositura de tal medida judicial de controle de constitucionalidade concentrado. Verifica-se que a tese defensora de que a ação declaratória de constitucionalidade trata-se de mera sustentação da "governabilidade" não mais se ampara. Ela é, agora com maior intensidade, um mecanismo de preservação da paz jurídica em nossa sociedade.

Some-se a isso o fato de a lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, em seu artigo 7º, § 2º, permitir a realização de audiências públicas para que peritos sobre a matéria sejam ouvidos, aliados à possibilidade da intervenção do *amicus curiae*, como já mencionamos ao analisarmos o procedimento da referida ação.

Essas possibilidades têm a notável virtude de democratizar o processo objetivo constitucional permitindo que o Supremo Tribunal Federal dê voz à sociedade na tomada de suas decisões.

Não nos esqueçamos que essa democratização é muito importante porque, como também já abordamos, o Supremo Tribunal Federal infere cunho político às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade.

Ora, essa palavra final, ditada por magistrados, escolhidos entre os melhores juristas brasileiros é, em última análise uma decisão aristocrática, afinal a aristocracia, no entendimento de Aristóteles nada mais é do que um regime político conduzido pelos melhores.

No entanto, nossa Constituição é firme em determinar que todo poder emana do povo, o qual conduz os rumos da nação brasileira por meio dos representantes que elege. Nada mais justo, assim, que a nossa mais alta corte de justiça, permita ao povo que se manifeste durante o processo objetivo, seja defendendo a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. Essa premissa, aberta ao processo constitucional na ação declaratória de constitucionalidade, também garante aquele que é o maior direito fundamental, do qual os brasileiros, no curso de sua História, foram privados por tantas décadas: a Democracia.

## CONCLUSÕES

A Constituição Federal é considerada a Lei Suprema, não podendo ser violada por legislação posterior que atente contra suas disposições e princípios.

Para garantir essa supremacia, a própria Constituição estabelece maneiras de garantir a efetividade de suas normas, o que se convencionou chamar de "controle de constitucionalidade".

O controle de constitucionalidade pode ser prévio ou sucessivo; político ou jurisdicional; e, ainda, difuso ou concentrado.

No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade passou a ser previsto na Constituição de 1891. O controle concentrado, a partir da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, durante a vigência da Constituição de 1946.

Atualmente, a Constituição Federal prevê o controle de constitucionalidade político e jurisdicional, prévio e sucessivo, difuso e concentrado.

A declaração de constitucionalidade é elemento indissociável do controle de constitucionalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade, da maneira como foi instituída, pode ser considerada uma criação do controle de constitucionalidade brasileiro, embora tenha inspiração em instituto similar no direito germânico.

Embora tenha sido objeto de enorme discussão jurídica, a ação declaratória de constitucionalidade foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que não viu em tal ação nenhum malferimento à Constituição Brasileira.

Não basta, para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, a mera existência de uma lei infraconstitucional. É necessário que tal norma crie uma controvérsia judicial entre juízes e/ou tribunais no controle de constitucionalidade difuso.

A decisão da ação declaratória de constitucionalidade opera efeitos *erga omnes* e faz coisa julgada, vinculando especificamente o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

A ação declaratória de constitucionalidade deve ser usada não só para o



alcance da segurança jurídica, como também em defesa do Estado de Direito e, via de consequência, da Democracia.

A ação em comento não será usada, geralmente, para defender interesses simpáticos ao povo brasileiro. Se há controvérsia judicial, há irrisignação. Todavia, não há de se declarar uma norma constitucional por ausência de simpatia, mas em razão de sua adequação com a Constituição. Mesmo assim, a ação declaratória de constitucionalidade poderá instaurar um processo constitucional que utilize instrução ímpar, com participação dos mais variados seguimentos da sociedade, o que transformaria o processo objetivo, de um procedimento "kafkiano" algo participativo e democrático, aproximado os jurisdicionados de seu Supremo Tribunal Federal.

**BIBLIOGRAFIA**

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil – VOL.I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Editora da UNB, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Revista de Direito Público, ano I, abr./jun, 1968.

BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Capital Federal Companhia Impressora, 1839.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 2ª ed. [s.l.]: Renovar [s.d.]

BASTOS, Celso Ribeiro. Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 35-37.

BERMUDES, Sérgio. A Função Jurisdicional no Brasil. *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coord.). São Paulo: Saraiva, 1982, p. 305-331.

BITTAR, Djalma. A Ação Direta de Constitucionalidade: Liminar, Extensão dos seus Efeitos em Matéria Tributária. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas – vol. 3*. São Paulo, out./dez., 1994, p. 171-173.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRITO, Edvaldo. Aspectos Inconstitucionais da Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva;

MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 39-50.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A Coisa Julgada no Controle Direto de Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Intituciones de Derecho Procesal Civil Según el Nuevo Código*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARNEIRO, Athos de Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil – VOL. I*. São Paulo: Classic Book, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CIFUENTES, Javier Vieira. *Las Medidas Cautelares y los Procesos Ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Colex, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil – vol. II*. Campinas: Book Seller, 1998.

\_\_\_\_\_. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio, Jovene, 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. *Prefácio*. In *A Ouvidoria na Esfera Pública Brasileira*, LYRA, Rubens Pinto (org.), João Pessoa – Curitiba: Editora Universitária da UFPB – Editora Universitária da UFPR, 2000.

\_\_\_\_\_. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2001.

CORRÊA, Orlando de Assis. *Ação Declaratória – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Aidê Editora, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1987.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Curso Básico de Direito Processual Civil*. 1º Vol. São Paulo: Nelpa Edições, 1993.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Apointamentos Sobre o Controle de Constitucionalidade*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1990.

\_\_\_\_\_. *A Revisão Constitucional no Brasil*. SEPARATA da Revista de Informação Legislativa, n. 114, abr./jun., 1992.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis nº 9.868 de 10 de Novembro e nº 9.982 de 3 de Dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 220: 1-17, abr./jun., 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário na Constituição de 1998 – Judicialização da Política e Politização da Justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*. São Paulo, 1995, p. 21/41.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. Ação Declaratória de Constitucionalidade – Inovação Infeliz e Inconstitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, p. 77-103, jun. 1993.

GASPARI, Elio. *As Ilusões Armadas – A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

\_\_\_\_\_. *As Ilusões Armadas – A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *O Processo em Evolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*. In *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HAMILTON MADSON E JAY. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, [s.d.].

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIMMINICH, Otto. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Separação de Poderes*. Revista de Direito Público nº 92, p. 18/27.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: editora Liber Juris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre Coisa Julgada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Manual do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Avocatória: uma Violação do "Juiz Natural ou uma Exigência de Nossos Tempos*. In: FIGUEIREDO, Sálvio de (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil – vol. 1*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 121-136.

MACHADO, Hugo de Brito. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 107-120.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo*. 12ª ed., ver. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51-106.

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O Desmantelamento do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. *Revista do Advogado*, ano XXII, nº 67, agosto de 2002, p. 87/94.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Limitada, 1983.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol 1*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da Monografia Jurídica*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Medidas Constitucionais Típicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1991.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Internacional Constitucional*.

RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vícios e sanção*. São Paulo: editora Saraiva, 1994.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Vol. 1, 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1991.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da lei 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2001.



SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. I, 10ª ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

SCARTEZINI, Ana Maria. Ação de Declaração de Constitucionalidade da Lei e os Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1-14.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. São Paulo: Cortez. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 1999.

SILVA, Ovídio Baptista A. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

SILVA, Ovídio Baptista A. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SLAIB FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 2º ed., Rio de Janeiro: editora Forense, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos Processuais da Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 137-154.

\_\_\_\_\_. *A "Causa Petendi" no Processo Civil*. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*. Revista de Direito Público nº 92, p. 18/27.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

WALD, Arnoldo. Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). São Paulo: Saraiva, 1994.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.folhaonline.com.br>>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>

GOVERNO FRANCÊS. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

PARLAMENTO DE PORTUGAL. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>

Tombc	701835
Valor	—
Proc.	Carlos E. S. Ondo
Data	16.07.05
Encaç	

ACEVO 148773  
Nº. ex. 124638



124638