

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**AÇÃO DECLARATÓRIA
DE CONSTITUCIONALIDADE**

Juliano Fernandes de Oliveira

FLORIANÓPOLIS (SC), NOVEMBRO DE 1997.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

AÇÃO DECLARATÓRIA
DE CONSTITUCIONALIDADE

**Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina para fins
de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob
orientação da professora Cecília Caballero Lois.**

FLORIANÓPOLIS (SC), NOVEMBRO DE 1997.

Dedico este trabalho à

*Elane, a quem devo muito
mais.*

Com amor.

Agradeço:

Aos meus pais, Zélia e Cláudio;

À minha madrinha, Lourença;

Aos meus irmãos e parentes;

A todos os amigos, de escola, profissão e da vida;

À professora Cecília Caballero Lois.

A todos, pelo apoio, carinho e colaboração, minha eterna gratidão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
Capítulo 1 - HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	4
1.1. Considerações Gerais	4
1.2. Evolução da fiscalização da constitucionalidade no Brasil.....	10
1.2.1. Constituição de 1824.....	10
1.2.2. Período Republicano anterior à Constituição de 1891	12
1.2.3. Constituição de 1891.....	13
1.2.4. Constituição de 1934.....	15
1.2.5. Constituição de 1937.....	20
1.2.6. Constituição de 1946.....	22
1.2.7. Emenda Constitucional nº 16/65	24
1.2.8. Constituição de 1967 e Emendas 1/69 e 7/77.....	25
1.2.9. Constituição de 1988.....	27
Capítulo 2 - A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS ADMINISTRATIVOS.....	29
2.1. Controle de Constitucionalidade: Conceitos operacionais	29
2.1.1. Leis Constitucionais e Leis Ordinárias: Adequação das leis à Constituição.....	30
2.1.2. Constituição Formal.....	31
2.1.3. Rigidez Constitucional.....	31
2.1.4. Órgão incumbido do controle da constitucionalidade	33
2.1.5. Sistemas de controle de constitucionalidade	34
2.2. Emenda Constitucional 3/93.....	37
2.3. Da constitucionalidade da medida.....	44
2.4. Poder Derivado e reforma da Constituição.....	47
Capítulo 3 - A CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	52
3.1. Presunção da constitucionalidade dos Atos Estatais e princípio da separação dos Poderes	52
3.2. Princípios da proteção judiciária, juiz natural, independência do Judiciário e quebra do sistema difuso de controle de constitucionalidade	58
3.3. Do devido processo legal e princípios da ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição.....	63
3.4. Diferenças entre a Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Avocatória	70
3.5. Efeitos da decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se ao estudo da Ação Declaratória de Constitucionalidade, instituto recentemente instituído no ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Emenda à Constituição n° ~~3~~, de ~~3~~ de março de 1993, e sua compatibilidade face à Lei Maior do país.

17 DE MARÇO DE 1993

O novo instituto, de contornos próprios e peculiares, vem integrar o sistema de controle de constitucionalidade, concebido como um conjunto de instrumentos previstos na própria Constituição para a salvaguarda de sua supremacia, e, por corolário, para o respeito aos direitos individuais e coletivos que erige.

A inovação assume grande relevância no contexto nacional, pois através da Ação Declaratória de Constitucionalidade serão dadas as diretrizes para a resolução dos conflitos de interesses de milhões de jurisdicionados. Assim, ao ser dotada de eficácia geral e efeito vinculante, tornou-se instrumento de mais alta relevância.

Exatamente por estas características, trata-se de tema atual e controvertido, sendo que desde o advento da referida ação importantes setores da sociedade brasileira vêm invocando inconstitucionalidades, identificando o novel instrumento como lesivo a princípios e garantias estatuídos na Carta Magna.

Aponta-se que a inovação introduzida pela Emenda Constitucional n° 3/93 é inconstitucional precisamente porque viola os princípios da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da inafastabilidade do Poder Judiciário, do devido processo legal, além de desvirtuar o sistema difuso de fiscalização da constitucionalidade e atentar contra o equilíbrio dos Poderes do Estado.

Não bastassem os vícios apontados à Ação Declaratória de Constitucionalidade, outras tantas críticas se impõem à medida, seja quanto à justificativa de sua introdução no sistema constitucional, seja quanto desígnios que a ação visa satisfazer. Inobstante a extrema importância das questões suscitadas, e a estreita relação com o estudo realizado, é preciso deixar claro que tais argumentos não constituem o objeto do presente estudo.

Não interessa, neste trabalho, fazer considerações políticas, sociológicas, econômicas ou quaisquer outras estranhas à análise jurídica da compatibilidade do novo instituto em face da Constituição. Interessa, pois, examinar o direito como norma. Assim, muito embora as diversas facetas do direito devam ser entendidas como existentes, não é possível pesquisá-las todas ao mesmo tempo, sob pena de comprometer-se a metodologia da pesquisa, dada a imensidão do tema.

Feitas estas considerações, o objetivo do presente trabalho consiste em analisar as inconstitucionalidades impingidas à Ação Declaratória de Constitucionalidade, com vistas a verificar se tais críticas realmente procedem, e, portanto, se os vícios apontados estão presentes neste instrumento de controle. Para tanto, foi necessária a divisão do trabalho em etapas, em razão da abrangência e complexidade do tema, bem como face ao elevado número de questões a serem analisadas.

Dessarte, tendo em vista que o tema consiste no estudo de um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, faz-se indicado, no 1º capítulo, examinar o controle sob uma perspectiva histórica.

Neste ponto, será descrito, em breves palavras, o surgimento da fiscalização da constitucionalidade, em ambas as modalidades, os fundamentos que se encontram em sua base, as deficiências que apresentam e seu desenvolvimento e difusão, para após, analisar o controle de constitucionalidade na história brasileira, desde sua primeira Constituição até o atual texto constitucional.

Descrito o surgimento do controle, mister, no 2º capítulo, lançar o conceito deste conjunto de mecanismos existentes em quase todas as Constituições atuais, seus pressupostos, sistemas existentes e sua importância na preservação da hegemonia constitucional.

Ainda neste capítulo, adentrando no exame da Ação Declaratória de Constitucionalidade propriamente dita, é descrita a sua instituição no ordenamento jurídico nacional, a proposta inicial do instituto e a reação da comunidade jurídica brasileira quanto à inovação em questão.

São identificadas as inconstitucionalidades dirigidas ao novo instrumento de controle, bem como demais críticas correlatas e controvérsias existentes. É também estudado neste tópico o Poder Reformador ou Derivado, e o alcance dos limites impostos pelas cláusulas pétreas.

No 3º capítulo serão abordados os vícios apontados à Ação, sendo que, não obstante tais questões estejam intimamente ligadas, por razões didáticas, optou-se por analisar uma ou mais disposições de forma particularizada.

Por fim, ainda no 3º capítulo serão questionados os efeitos oriundos das decisões proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade, questão não menos tormentosa para os operadores jurídicos, e de suma importância para a compreensão da problemática levantada.

O método utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o indutivo, buscando-se estabelecer questões específicas sobre a matéria através da pesquisa documental e bibliográfica, mantendo-se a originalidade de textos e a adaptação de idéias.

Capítulo 1 - HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

1.1. Considerações Gerais

Face à imprecisão quanto ao nascimento do próprio direito, divergem os constitucionalistas quanto à origem histórica do controle de constitucionalidade ou controle constitucional.¹

Há quem entenda que a formação do sistema encontra-se já na Grécia antiga ou mesmo nos publicistas romanos, estando presente desde a Antiguidade o problema do conflito entre a lei fundamental do Estado - que na verdade tratavam-se de leis que regulavam a organização e funcionamento do Estado - e outras leis que regulavam as relações entre os homens.

Diversamente, alguns vislumbram o nascimento do controle de constitucionalidade na Idade Média, reconhecendo em textos legais a proteção a direitos dos cidadãos, como forma de limitação ao poder público. Sem descartar os que identificam o seu surgimento no Direito inglês, mormente no movimento revolucionário de 1688, apontando que naquela oportunidade juízes ingleses se insurgiram contra os poderes absolutos do rei quando estes fossem expressados em atos contrários à Constituição.²

Colaço, citado por Sálvio de Figueiredo Teixeira,³ denota a fiscalização das leis no Direito luso já no século XVII, salientando que desde a primeira fase da história

¹ O controle de constitucionalidade, que será analisado com maior acuidade mais adiante, consiste no exame de qualquer lei ou ato normativo em face dos princípios e regras de determinada ordem constitucional, com a finalidade de verificar o fundamento de validade do ato examinado.

² Sobre o assunto, discorre Sálvio de Figueiredo Teixeira: "Divergem os estudiosos em relação à origem histórica do controle de constitucionalidade. Enquanto para muitos a gênese seria encontrada nos movimentos revolucionários ingleses, anti-absolutistas, de 1648 e 1688, no Instrument of Government, de Cromwell, de 1654 (primeira Constituição inglesa e, para alguns, primeira Constituição na acepção moderna), outros a vislumbram nos textos que desde os tempos medievais vinham paulatinamente reconhecendo e atribuindo privilégios aos cidadãos, em evidente limitação do poder dirigente, na luta incessante entre os direitos individuais e os excessos do Poder Público. Sem esquecer os que, indo mais além, buscam o nascedouro na Grécia clássica ou nos publicistas romanos." (In: Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista dos Tribunais*, ano 7, n. 28, p. 21, mar./abr. 1974.

³ Idem, p. 21.

política portuguesa, compreendido o período que vai da fundação da monarquia até D. João II, se percebia a noção de lei fundamental, pelo que nas Ordenações Afonsinas as leis que fossem criadas o deveriam ser em conformidade com o Direito do Reino, evitando assim as leis “contrárias às Ordenações, a Direitos do Reino e prejudiciais ao Estado.”

É de assinalar, porém, que grande parte dos estudiosos do tema somente atribui o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade aos fundamentos expostos pelo juiz John Marshall, então presidente da Corte Suprema dos EUA, na decisão proferida no famoso caso *Marbury versus Madison*, em 1803, no qual Marshall explicitou a supremacia da Constituição em face das leis, ressaltando o poder e o dever dos juizes de não aplicarem leis contrárias à mesma.⁴

Assinala Mauro Cappelletti:

"A opção do Chief Justice Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o conseqüente poder dos juizes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo "ocidental" tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis (8), é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 (9) e pela corajosa jurisprudência que a aplicou."⁵

Sem embargo, sustentam alguns que Marshall não foi original quanto à substância da idéia, pois que a tese do controle da constitucionalidade das leis já era corrente dentre a magistratura e doutrina americana, não tendo em muito inovado o

⁴ "O que veio a ser este caso *MARBURY v. MADISON*? No aspecto fáctico tratava-se de despudorado caso de politicagem. *MARSHALL* era amigo e auxiliar do presidente *ADAMS*, pois além de Juiz era **Secretário de Estado**. No último dia do Governo, *ADAMS*, auxiliado por *MARSHALL*, fez um enorme número de nomeações em favor de seus correligionários, fato que no Brasil se costuma chamar de "testamento político". Diz-se que *MARSHALL*, substituído no posto por *MADISON*, não teve tempo de fazer chegar às mãos de todos os beneficiários das prebendas os atos de nomeação, os quais foram, então, sustados por ordem de *JEFFERSON*. Um dos prejudicados, um tal *MARBURY*, que havia sido nomeado juiz de paz, mas não tivera tempo de ser empossado, foi instruído a entrar com um *writ of mandamus* (algo como um mandado de segurança) perante a Corte para obrigar *MADISON* a empossá-lo. Surpreendentemente, *MARSHALL*, além de tomar parte no julgamento, liderou a opinião de seus pares. Assim, de um reles caso político teria brotado a luminosa tese de controle jurisdicional dos atos legislativos." (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. pp. 73 e 74).

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 48.

histórico julgamento.

Há quem aponte outros julgamentos, registrados em tribunais de Estados-membros dos EUA, que precederam ao precitado julgado, e que, nas mesmas diretrizes daquele, afirmaram a prevalência da Constituição sobre as leis. Aponta Ronaldo Polletti⁶ que a Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado, sendo que os juizes da Virgínia, desde 1782, julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis, bem como, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação.

Nesta linha de argumentação, cita Polletti que:

“Já ALEXANDER HAMILTON, nos artigos de *O federalista* (cf. n. LXXVIII e LXXXI), quinze anos antes da histórica decisão de MARSHALL, sustentava a competência judiciária para a interpretação das leis e que a Constituição devia ser vista pelos juizes como uma lei fundamental, com preferência sobre a lei ordinária. Ao escrever sobre o Judiciário e sobre as garantias dos juizes, no citado número LXXVIII de *O federalista*, vai desenvolver toda a doutrina do controle da constitucionalidade.”⁷

Dividem-se, ainda, as opiniões no que tange ao surgimento do controle nos EUA, ora sustentando uns que a própria Constituição outorgava este poder aos juizes, ora outros afirmando que o início do sistema deve-se à construção pretoriana, mormente da Suprema Corte. Lúcio Bittencourt assevera que “foi construída pela jurisprudência da Corte Suprema, na ausência de preceito expresso na Constituição, tendo sido enunciado, em caráter definitivo, no famoso caso *MARBURY versus MADISON*, no qual o verdadeiro arquiteto do direito constitucional americano - o juiz MARSHALL - a expôs limpidamente, imprimindo-lhe a marca do seu gênio.”⁸

Em sentido contrário, Sacha Calmon Navarro Coelho aponta que:

“No entanto, a própria Constituição dos EUA diz que o “o Poder Judicial se estenderá a todos os casos... que surgirem sob esta Constituição” (interpretação e aplicação da Constituição em relação aos casos surgidos, todos os casos e que “A Constituição e as leis dos Estados Unidos feitas em

⁶ **Controle da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 35.

⁷ Op. cit., p. 36.

⁸ **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 12.

obediência a ela... constituirão a suprema lei do País"- submissão das leis à Constituição."⁹

Consideramos que MARSHALL "desenvolveu" o papel do Judiciário nos EUA. Não usurpou coisa alguma. O embrião do *judicial review* estava já nas dobras da Constituição. Lá fora posto pela história."

Todavia, embora discrepantes quanto à origem do controle da constitucionalidade, convergem as opiniões no sentido de reconhecer que somente após o pronunciamento do juiz Marshall é que tomou vulto o sistema, tendo ali sido lançadas as diretrizes em que iriam se apoiar os modernos sistemas constitucionais. Não obstante as controvérsias quanto à originalidade da sua idéia, a verdade é que, em sua decisão, o então Presidente da Suprema Corte expôs com eloquência a sua doutrina, construindo uma teoria de irretorquível lógica, e tendo como imbatíveis os seus argumentos.¹⁰

A partir de então o sistema desenvolveu-se nos EUA, ficando patente que os juízes tinham a prerrogativa de se pronunciarem a respeito da constitucionalidade das leis. De fato, até aquele momento, pode-se afirmar que jamais ocorreu de um sistema de controle de validade das leis ser confiado à obra dos tribunais, e que tivesse, destarte, caráter judicial.

Assim, tem-se que o controle da constitucionalidade das leis foi fixado definitivamente e tomou corpo naquele país, atuando, no entanto, somente por via incidental.¹¹ Consagrou-se, então, o controle difuso, sendo que na história americana nunca permitiu-se aos juízes se pronunciarem em tese sobre a inconstitucionalidade das leis, posto que contrário ao sistema jurídico americano, fiel aos precedentes. Conforme

⁹ **O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 81.

¹⁰ Sobre o assunto, doutrina Celso Agrícola Barbi: "Todavia, não se pode negar que os argumentos favoráveis ao contôle da constitucionalidade das leis são irresponsáveis apesar da 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." (In: *Evolução do Contrôle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. Revista de Direito Público.* n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 35).

¹¹ No sistema americano de controle de constitucionalidade os tribunais resolvem as questões que envolvem a constitucionalidade das leis somente nos casos postos à sua apreciação, e tão-só na medida em que isto se torne necessário para a decisão do caso concreto. Além do mais, não existe qualquer procedimento especial para que se declare a inconstitucionalidade de uma lei, sendo que a questão da constitucionalidade pode ser incidentalmente argüida em qualquer procedimento.

sedimentado pela jurisprudência daquele país, a magistratura somente deveria se pronunciar acerca da constitucionalidade das leis mediante provocação das partes, e nunca de ofício; e mais, a situação posta em juízo deveria sempre decorrer de um litígio concreto e real.

A exemplo dos EUA, a tese do controle de constitucionalidade passou a ser adotada em várias outras nações, sendo posta em prática por outros países da América no curso do século XIX, e posteriormente em outras partes do mundo, ora introduzido pela jurisprudência (Canadá, África do Sul, Grécia, Austrália), ora introduzido pela legislação constitucional, dos quais são sectários o Brasil (1891) e Portugal (1911).

Não obstante a grande difusão que teve o modelo americano de controle de constitucionalidade, e sem prejuízo da lógica com que o referido sistema opera, o controle difuso apresentava algumas deficiências.

Tais insuficiências verificaram-se sobretudo nos países que instituíram o modelo difuso, e que adotam sistemas jurídicos de derivação romanística. Estes países, ao contrário dos EUA (e dos demais países sectários do sistema da *common law*), não adotam o princípio do *stare decisis*, pelo qual o julgamento de inconstitucionalidade da lei pela Suprema Corte americana equivale a uma invalidação da norma apreciada, assumindo verdadeira eficácia *erga omnes*. Como consequência, uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição por outros juízes.

Verificou-se, de fato, em alguns países que adotaram o modelo difuso, verdadeiros contrastes de tendências entre órgãos judiciários diversos, e até mesmo em um mesmo órgão. Outro efeito disto dá-se na medida em que a não aplicação, mesmo reiterada, de uma dada lei pelo órgão supremo da justiça, não pode impedir a aplicação da mesma lei por órgãos inferiores. Tais implicações resultam em uma incerteza jurídica, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado.

Afora estes inconvenientes, mesmo após reiteradas manifestações acerca da inconstitucionalidade de determinada lei ou disposição legal, qualquer um interessado na não aplicação da mesma lei, terá que aduzir um novo caso em juízo, obrigando os juízes e tribunais a novamente manifestarem-se acerca da disposição legal.

Diante deste quadro, é concebido o controle concentrado de constitucionalidade das leis, surgido como alternativa para a questão, aparecendo pela primeira vez na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada de *Oktoberverfassung*), com a criação de uma Corte Constitucional, a qual era incumbida de apreciar a legitimidade dos atos estatais face à Constituição, através de uma ação própria para tal; não sendo errôneo, por esta razão, identificar o sistema concentrado como o tipo "austríaco" de controle.

A Constituição austríaca de 1920 foi elaborada com base nas idéias de Hans Kelsen, mestre da "Escola Jurídica de Viena", tendo sido redigida a partir de um projeto elaborado pelo jurista, a pedido do governo da Áustria. "O modelo austríaco surge com a Constituição de 1º de outubro de 1920, baseado num estudo de HANS KELSEN, que lhe fora encomendado pelo Governo. Aqui não mais a mão de mestra da história, como na Inglaterra e, em certa medida, nos Estados Unidos, mas a história na mão de um "mestre". O empirismo cede lugar à racionalização."¹²

O controle concentrado de constitucionalidade baseia-se em uma doutrina contraposta aos fundamentos do controle difuso. Ao contrário do sistema difuso, onde qualquer juiz ou tribunal, ao interpretar o direito, deve primar pela prevalência da Constituição sobre leis que lhe forem contrárias, no sistema concentrado é defeso aos juízes comuns apreciar a constitucionalidade das leis, tarefa reservada somente a um órgão, seja ou não do Poder Judiciário. Ainda em contraposição ao sistema americano, o sistema austríaco apresenta como vantagens a rapidez e a uniformidade na análise acerca da legitimidade das leis face à Constituição.

Seguindo o exemplo pioneiro austríaco, outros países da Europa adotaram o controle por via de ação, enquanto que, de início, a América Latina continuava fiel ao controle difuso. Posteriormente, muitos dos Estados até então relutantes quanto à nova forma de fiscalização da constitucionalidade a adotam, estando hodiernamente presente em muitos sistemas constitucionais. Da mesma forma que o sistema difuso teve grande propagação, o controle concentrado foi adotado por inúmeros países, especialmente nos últimos anos.

¹² Sacha Calmon Navarro Coelho, op. cit., p. 109.

Expostas estas considerações, mister descrever, resumidamente, a história do controle da constitucionalidade no Brasil, desde a sua Constituição imperial até a atual Carta Política.

1.2. Evolução da fiscalização da constitucionalidade no Brasil

1.2.1. Constituição de 1824

A Constituição de 1824 não trouxe nenhuma disposição que atribuísse ao Poder Judiciário a função de apreciar a constitucionalidade das leis e atos administrativos. Marcadamente de influência européia, principalmente inglesa e francesa, onde por muito tempo imperaram sistemas absolutistas de governo, aquela Carta Política, repeliu o controle dos atos do Parlamento, impedindo o Judiciário de anular-lhe suas leis.

A Carta de 1824 adotava o princípio da supremacia do Parlamento, determinando expressamente que competia ao Legislativo “*fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*” (art. 15, nº 8), bem como “*velar na guarda da Constituição*” (art. 15, nº 9), negando, desta forma, ao Judiciário, a função de apreciar a legitimidade dos atos estatais face à Constituição. Como se vê, portanto, o controle exercido era político, ficando ao crivo dos legisladores controlar a sua própria atividade.¹³

Não obstante, dispunha a Constituição, no seu art. 98, acerca do Poder Moderador, exercido pelo Imperador, e com função superior às dos demais Poderes, cabendo-lhe manter a independência, harmonia e equilíbrio daqueles. Estatuía o artigo em

¹³ Lembra Celso Ribeiro Bastos que tal controle na prática inexistia: “Certas Constituições criam um órgão com a função específica de controlar os atos legislativos, editados ou a serem editados (daí a distinção entre controle *a posteriori*, no primeiro caso, e prévio, no segundo).”

O sistema não produziu os efeitos esperados. Redundou na substituição da opinião política do órgão produtor do ato pela do órgão controlador. Na verdade, nada nessas chamadas *Cortes Constitucionais* (ou por vezes de Senados, como no caso da França) contribuía para que seu julgamento fosse fundado na legitimidade ou constitucionalidade do ato, tendo-se mostrado invencível a tendência para apreciá-lo segundo um critério de conveniência e oportunidade, numa desnecessária duplicação do poder controlador.” (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 331-332)

questão “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador como Chefe Supremo da Nação, e seu primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes políticos”.

Com efeito, jamais poderia se esperar que florescesse o controle jurisdicional de constitucionalidade alhures quando o Império era regido pelo Poder Moderador, ao qual, segundo a Constituição, cabia resolver conflitos entre os Poderes, e não ao Judiciário.

A respeito, expõe Clémerson Merlin Clève: “O dogma da “soberania do Parlamento”, a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a inexistência de um modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império.”¹⁴

Além disto, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, o Supremo Tribunal de Justiça do Império não procurou introduzir o sistema do controle de constitucionalidade através da interpretação dos textos sobre suas próprias funções. Esta conduta do Judiciário pátrio foi criticada por alguns juristas, a exemplo de Levi Carneiro,¹⁵ mas rebatida por outros, tais como Lúcio Bittencourt,¹⁶ que demonstrou caber ao Legislativo a guarda da Constituição (art. 15, n° 9), além de existir o Poder Moderador, com função superior à dos demais Poderes do Império.

Realmente, afora os ideais de inspiração européia que estavam em voga no Império, e o fato de o constitucionalismo americano ser demasiadamente recente, o órgão de cúpula do Judiciário - ao contrário da Corte Suprema dos EUA, que, segundo uns, - alguns tinha sua prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis amparada na própria Constituição daquele país - estava jungido aos ditames prescritos na Carta Imperial, que não deixava qualquer margem a tentativas da espécie, declarando expressamente que cabia ao Legislativo interpretar suas leis, e mais, velar na guarda da Constituição.

¹⁴ A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995. p. 64.

¹⁵ Sobre as críticas feitas ao Supremo Tribunal de Justiça, ver **Federalismo e Judiciário**. Rio de Janeiro: Alba, 1930.

¹⁶ **O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: 1949, p. 27

Destarte, diante deste quadro, não é raro encontrar na doutrina nacional afirmações de que na verdade inexistiu qualquer controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos no Império,¹⁷ somente sendo implantado tal sistema com o advento da República.

1.2.2. Período Republicano anterior à Constituição de 1891

Sob o ideário republicano norte-americano é proclamada a República (1889), onde a partir de então o constitucionalismo pátrio deixa de inspirar-se no sistema francês para inculcar-se no americano. As instituições políticas brasileiras passam por profunda transformação, tendo o país adotado uma organização política nos moldes da existente nos Estados Unidos, instituindo a forma de Estado República, o federalismo, a forma de governo presidencialista, o modelo de organização judicial com uma Corte Constitucional e a justiça federal, e, por fim, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.¹⁸ Esta última inovação, cabe ressaltar, mereceu aplausos de todos.

O nascimento do *judicial control* no Brasil, como tal conhecido nos Estados Unidos, deu-se antes mesmo da Constituição de 1891, através da Constituição Provisória de 1890, Decreto 510, de 22 de junho. Referido Decreto estabelecia que competia ao recém criado Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de lei contrária à Constituição.¹⁹

O Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça federal, idêntica competência atribuía à Corte Suprema nacional, estatuinto, ainda, no art. 3º, que “na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá

¹⁷ Com a ressalva feita por Octacílio Alecrim no tocante ao controle político exercido pelo Legislativo no Império, que “na qualidade de “gardien de la Constitution”, a Assembléia Geral do Império devia funcionar como uma espécie de *jurie constitutionnaire*.

E, realmente, quando das aposentações de caráter político decretadas pelo Governo Imperial de 1843, aquele Corpo Legislativo (Câmara e Senado) exerceu, de modo efetivo, seu poder político de cassação, anulando-as por motivo de inconstitucionalidade.” (**Idéias e Instituições no Império - Influências Francesas**. Rio de Janeiro: 1953. p. 222)

¹⁸ A doutrina norte-americana, sob os auspícios principalmente de Ruy Barbosa, exerceu grande influência na implantação do novel sistema constitucional.

¹⁹ Art. 58, § 1º, “a” e “b”.

em espécie e por provocação de parte.” O artigo em questão deixava claro que o sistema de controle deveria se fazer por via de exceção, manifestando-se a magistratura somente mediante provocação da parte.

Disto, denota-se que a fiscalização das leis pelo Poder Judiciário no Brasil nascia aproximadamente com um século de atraso em relação aos Estados Unidos, e de maneira distinta daquele país. Enquanto os norte-americanos introduziram o sistema através da jurisprudência de sua Suprema Corte, que consolidou o entendimento de que os juízes tinham competência para declarar inconstitucionais leis ou atos do Executivo; alhures o controle foi instituído de forma expressa pelo ordenamento jurídico.

1.2.3. Constituição de 1891

A Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro daquele ano, reproduziu as disposições trazidas pela Constituição Provisória, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal competência para 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 for contra ela”.²⁰ A Carta Política Republicana consolida, enfim, o sistema de controle da constitucionalidade das leis no Brasil, erigindo-o à categoria de norma constitucional.

Em termos constitucionais, o controle jurisdicional dos atos do Legislativo e do Executivo é garantido não só pelo art. 59, § 1º, “a” e “b”, categórico neste sentido, mas também, por via transversa, pela extinção do Poder Moderador, que por sua posição de proeminência em relação aos demais Poderes impedia o exercício independente das funções a estes atinentes.

Por outro lado, inexistia na nova ordem constitucional a competência exclusiva do Poder Legislativo de interpretar as leis e velar na guarda da Constituição e daquelas, tal como estatuiu o art. 15, nº 9, da Constituição de 1824. Ressalte-se que a partir de 1891 ainda incumbe ao Legislativo a guarda da Constituição, sendo que, todavia, tal competência não lhe é mais exclusiva. É o que dispõe o art. 35: “Incumbe, outrossim,

ao Congresso, mas não privativamente: 1º) Velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de caráter federal”.

Seguindo a disciplina da Constituição Republicana, o Supremo Tribunal Federal aprovou o seu Regimento Interno (08.08.1891), consignando a competência do Tribunal para apreciar a constitucionalidade de leis.²¹

Por sua vez, a Lei nº 221 (20.11.1894), que completou a organização da justiça federal, dispôs que “Os juízes e tribunais federais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”²²

Através da reforma constitucional de 1926 nada de importante foi acrescentado à Constituição, sendo apenas alterada e melhorada a redação dos artigos que tratavam do assunto.²³

É importante ressaltar que o controle de constitucionalidade não foi imediatamente efetivado pelos tribunais pátrios, não sendo alcançado o pleno funcionamento do sistema senão após alguns anos da sua instituição.

Relatam os estudiosos que no Brasil, quem primeiramente sustentou que cabia aos tribunais declarar a inconstitucionalidade das leis e atos administrativos, foi Ruy Barbosa, no ano de 1893.

O Supremo Tribunal Federal, em 16.8.1893, pela primeira vez se manifesta sobre o seu poder de fiscalizar a constitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo (em causa diversa da primeira sustentada por Ruy Barbosa), precisamente no *Habeas Corpus* nº 410, também impetrado pelo jurista apontado. Consta no referido acórdão que “incumbe aos tribunais de justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes, e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta lei suprema e fundamental do país.”

²⁰ Art. 59, § 1º, “a” e “b”.

²¹ Art. 15, § 2º, “b”, nºs 2 e 3.

²² Art. 13, § 10.

²³ Tais dispositivos passaram a figurar no art. 60, § 1º, “a” e “b”.

Observa-se que, não obstante a importante incumbência que lhe fora atribuída, o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das leis e atos administrativos, o Judiciário permanecia relutante quanto à sua aplicação.

Aduz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que “em princípio, não obstante os claros preceitos referidos, houve por parte do Poder Judiciário, dúvida quanto ao exercício de relevante atribuição, e timidez na sua utilização, em aceitando-a. Isto só se tornou pacífico após os trabalhos de Ruy, ao mostrar, à conclusão, o alcance dos seus dispositivos, em reconhecendo essa prerrogativa do Poder Judiciário.”²⁴

No entender de José Carlos Moreira Alves,²⁵ possivelmente um dos motivos da inércia do Supremo Tribunal Federal em específico, fosse o fato de ser composto, em sua grande maioria, de membros advindos do Supremo Tribunal de Justiça do Império, que não conheciam este poder.

Sem prejuízo das críticas dirigidas ao Poder Judiciário, quanto à sua lentidão em exercer seu papel de protetor dos direitos individuais afrontados por leis e decretos regulamentares, lembra Lêda Boechat Rodrigues²⁶ que “no Brasil três anos depois da postulação de RUI BARBOSA, em 1896, juízes e desembargadores, do Norte ao Sul do país, já respondiam criminalmente a processo por haverem declarado a inconstitucionalidade de leis federais e estaduais.” Isto possivelmente explique, em parte, a relutância dos órgãos do Judiciário em exercerem a nova atribuição que lhes foi incumbida.

1.2.4. Constituição de 1934

A Constituição de 1934 manteve o modelo difuso e incidental de controle da constitucionalidade, trazendo praticamente as mesmas disposições da Constituição

²⁴ **A teoria das Constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Buschatscky, 1980. p. 157.

²⁵ A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 2.

²⁶ Citada por Ivo Dantas (In: **O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. pp. 77-78.

anterior.²⁷

Não obstante, trouxe em seu texto importantes inovações, que justificam o apontamento de juristas no sentido de que foi promovido significativo avanço no sistema, dando grande passo rumo ao atual controle de constitucionalidade, sendo considerada por alguns como tão importante quanto à introdução do controle pela Carta Republicana de 1889 e pela Constituição provisória que lhe precedeu, em 1890.

A Constituição trouxe importante inovação ao estatuir que os tribunais somente poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei pelo voto da maioria absoluta de seus membros.²⁸ Ao assim dispor, claramente se observa que foi acolhido de maneira expressa, mais uma vez, o que nos Estados Unidos constituía reiterado entendimento jurisprudencial dos seus tribunais.

Os defensores deste novo mandamento encontram sólidos argumentos favoráveis à sua instituição, no sentido de que, face tal exigência, a declaração de inconstitucionalidade refletiria o entendimento consolidado do tribunal, evitando-se que a declaração fosse proferida por maiorias ocasionais.

Outra inovação de salutar importância foi trazida pelo art. 91, IV, que atribuiu competência ao Senado para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, nos termos a seguir: “Compete ao Senado Federal: IV- suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

Muito embora permanecesse a Constituição fiel ao modelo de controle difuso da constitucionalidade, como tradicionalmente era exercido, através do instituto em testilha vislumbra-se uma evidente tendência no sentido de estender-se os efeitos das decisões judiciais, plantando o embrião para a implantação do controle por via de ação. Segundo Clèmerson Merlin Clève²⁹ “Pretendeu o Constituinte, aqui, como será demonstrado oportunamente, instituir uma fórmula para dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal.”

²⁷ Art. 76, III, “b” e “c”.

²⁸ Art. 179.

²⁹ Op. cit. p. 67.

Além disto, outorgando-se ao Senado Federal a atribuição de suspender a lei ou ato declarado inconstitucional, e, por conseqüência, não privilegiando as decisões do Judiciário com tal efeito, evitou-se assim que fossem suscitados quaisquer problemas relativos à independência dos Poderes. Todavia, face à imprecisa redação do art. 91, IV, que rezava "Poder Judiciário", houve quem levantasse dúvidas quanto à hierarquia do órgão que tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei.

A par das discussões levantadas quanto ao alcance do dispositivo, assevera Celso Agrícola Barbi³⁰ que a inovação correspondia a exigências decorrentes dos costumes da magistratura brasileira, que, diversamente da realidade norte americana, onde os órgãos da justiça submetem-se à jurisprudência da sua Suprema Corte, no Brasil leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal continuavam sendo aplicadas por magistrados não convencidos do acerto da decisão daquele órgão. Destarte, embora naquele país inexistisse controle de constitucionalidade por via de ação - mecanismo ausente até os dias de hoje - a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale a estirpá-la do mundo jurídico, hipótese esta que aqui não ocorria.

Dentro das inovações oriundas do advento da Constituição de 1934, imprescindível enfocar o nascimento da representação interventiva, que consistia em instrumento processual hábil a possibilitar a decretação de intervenção nos Estados-membros da Federação, quando estes houvessem desrespeitado algum dos princípios considerados como de obrigatória observância quando da instituição de suas leis. A segunda Constituição republicana possibilitou que os Estados da Federação instituíssem sua Constituição e leis, observados os princípios arrolados no art. 7º, I, "a" e "h", tais como a forma republicana representativa, a independência e harmonia dos Poderes, a temporariedade das funções eletivas, a autonomia dos municípios, dentre outros.

Dispunha o art. 12, V, que a inobservância de qualquer destes princípios pelos Estados-membros ensejava a intervenção federal (através de lei de iniciativa do Senado - art. 41, § 3º). E, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, a intervenção dependeria de provocação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, estando condicionada à declaração de constitucionalidade da lei que a ensejou.

³⁰ Op. cit. pp. 37-38.

Surge com a representação interventiva mecanismo de fiscalização de constitucionalidade das leis até então desconhecido no país. Como se observa, a ação em questão ensejava o pronunciamento do STF acerca da constitucionalidade em tese da lei que decretava a intervenção no Estado-membro. Não se objetiva, como sempre ocorreu no exame de constitucionalidade das leis pelo Judiciário até aquele momento histórico, a inaplicabilidade de determinado diploma legal a um caso concreto, mas o reconhecimento, por via de ação, de que dada lei é condizente ou contrária à Lei Fundamental do país; muito embora não se pretendesse a sua invalidação.

Vale ressaltar a dissonância doutrinária quanto ao instituto em questão, havendo uma corrente, representada por Celso Ribeiro Bastos, Celso Agrícola Barbi e Ivo Dantas, que afirma que a decisão do Pretório Excelso, proferida na representação interventiva, analisa a constitucionalidade da própria lei estadual apontada como infringente à Constituição; e outra linha de entendimento, da qual comungam Gilmar Ferreira Mendes, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Carlos Mário da Silva Veloso e Clèmerson Merlin Clève, que vê em tal decisão a apreciação da constitucionalidade da lei que decretou a intervenção no Estado-membro.

Realmente parece mais acertada a segunda posição, porquanto a leitura do texto do parágrafo 2º do art. 12 da Constituição não deixa margem a dúvidas: *“Ocorrendo o primeiro caso do nº V a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha declarado e lhe declarar a constitucionalidade”*)

Pode-se mesmo apontar que a referida previsão constitucional marca o início da fiscalização abstrata de constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo no Brasil; havendo quem afirme, como o faz Ivo Dantas³¹ que a Constituição de 1934 instituiu a denominada *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, na medida em que possibilitava que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade da própria lei estadual.

Em conclusão contrária, porém corroborando de certa forma o autor citado,

³¹ Op. cit. p. 79.

afirma Celso Ribeiro Bastos³² que "não ocorreu, ainda, aqui, introdução da verdadeira, cabal, juridicamente perfeita e acabada ação de inconstitucionalidade."

Celso Agrícola Barbi³³, discorrendo acerca da intervenção representativa aduz:

"Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de "exceção", mas sem constituir também tipicamente uma declaração por via de "ação". Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal Federal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns."

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 92.169, no qual foi Relator o Ministro Moreira Alves, assim decidiu:

"A representação interventiva é instrumento jurídico que se integra num processo político - a intervenção - para legitimá-lo. Embora diga respeito à lei em tese, não se apresenta, propriamente, como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade nela obtida não opera *erga omnes*, mas apenas possibilita (como elo de uma cadeia em que se conjugam poderes diversos) ao Presidente da República (ou a Governador se for o caso) suspender a execução do ato impugnado."

Surge também na Constituição de 1934 o mandado de segurança,³⁴ figurando como "*remédio constitucional*" apto à defesa de direito, certo e incontestável, violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal praticado por qualquer autoridade; impulsionando sobremaneira o desenvolvimento do instituto do controle de constitucionalidade.³⁵

³² Op. cit. p. 336.

³³ Op. cit. p. 38.

³⁴ Disposto no art. 113, 33.

³⁵ Devido ao seu rito célere, multiplicaram-se as demandas fundadas em inconstitucionalidade, popularizando sua utilização em defesa de atos praticados por autoridades e contrários à Lei Fundamental, preenchendo uma deficiência até então existente nos meios de defesa dos cidadãos, e dissipando desta forma o tema do controle de constitucionalidade dentre os tribunais e juízes da nação.

A respeito, Sacha Calmon Navarro Coelho descreve que "Na falta do mandado de segurança, os advogados brasileiros vinham usando o remédio do *habeas corpus* para a

E, embora a Constituição de 1934 tenha durado somente três anos, tendo lhe sucedido outra que suprimiu muitas das inovações trazidas, não resta dúvida que proporcionou significativo avanço ao sistema de controle de constitucionalidade, lançando muitas diretrizes que serão retomadas posteriormente.

1.2.5. Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937 é outorgada nova Constituição, que nasce como instrumento hábil a legitimar o golpe de Estado e a ditadura exercida por Getúlio Vargas.³⁶ Sem prejuízo de outros direitos e garantias suprimidos do texto constitucional anterior, no que diz respeito à fiscalização da constitucionalidade das leis e atos administrativos houve grande retrocesso, sendo abolidos importantes instrumentos estatuídos pela Carta Política revogada.

Foram mantidas as disposições instituídas em 1891.³⁷ Permaneceu também, a exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade.³⁸

Restaram inacolhidos pelo texto constitucional a possibilidade de o Senado Federal (extinto e sucedido pelo Conselho Federal) suspender a eficácia de diplomas legais declarados inconstitucionais pelo Judiciário, bem como a recente representação interventiva, restando ainda o mandado de segurança, importante instrumento no controle, relegado à categoria de norma infraconstitucional. Por sua vez, o Código de Processo Civil, através do art. 319, impediu a impetração do *writ* contra atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados;

proteção de outros direitos, além do de ir-e-vir. Usaram depois os interditos possessórios, que além de proteger direitos reais passaram, também, a preservar direitos pessoais. O grande advogado e tribuno RUY BARBOSA requereu certa feita ação de manutenção de posse em favor dos lentes da Escola Politécnica, suspensos de seus cargos em razão de atos considerados arbitrários." (Op. cit. pp. 169-170).

³⁶ A respeito, descreve Clémerson Merlin Clève: "A Carta de 1937 não passou, para utilizar a tipologia de Loewenstein, de uma "Constituição Semântica", ou seja, um Estatuto que tinha por função não mais que legitimar o golpe de Estado perpetrado pelo ditador." (Op. cit. p. 68).

³⁷ Agora sob o pálio do art. 101, III, "b" e "c".

³⁸ Art. 96.

diminuindo sobremaneira a sua utilização.

Além disto, através do parágrafo único do art. 96 introduziu-se inédito mecanismo que subverteu o sistema de controle de constitucionalidade. Pela redação do dispositivo, era atribuída ao Presidente da República competência para submeter novamente ao exame do Legislativo lei que fosse declarada inconstitucional, e que a seu juízo fosse necessária ao bem estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, sendo que, na hipótese do Parlamento confirmar o pedido, ficaria sem efeito a decisão do respectivo Tribunal.

Comentando o referido instrumento constitucional, assevera Paulo Bonavides: "com a Carta de 1937 houve um eclipse na evolução do nosso sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição do Estado-Novo, autoritária e outorgada, inferiorizou a decisão dos tribunais sobre declaração de inconstitucionalidade ao sujeitar a matéria a um reexame pelo Parlamento."³⁹

Em pertinente análise do tema, ressalta Celso Agrícola Barbi: "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."⁴⁰

Celso Ribeiro Bastos⁴¹ entende impossível a coexistência de normas conflitantes num mesmo sistema jurídico. Neste sentido, a lei confirmada pelo Legislativo resultaria em uma efetiva modificação constitucional, sendo erigida à categoria de emenda à Constituição. Conforme seu ensinamento: "Quanto à norma constitucional modificada, se não o foi no seu todo, permanece válida no resto, isto é, na parte em que não foi contrariada pela norma modificadora." Conclui seu raciocínio aduzindo que a própria maioria de 2/3 (exigida para a confirmação da lei pelo Parlamento, segundo a Carta de 1937), é a mesma exigida atualmente para a reforma constitucional, sendo esta uma alternativa presente nas Constituições que não se pretendam perpétuas.

³⁹ **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 258.

⁴⁰ Op. cit. p. 39.

⁴¹ Op. cit. p. 337.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que em nem todos os casos a "porta aberta ao Parlamento" para confirmar a lei declarada inconstitucional, através da maioria de 2/3, equivaleria a uma reforma constitucional; pelo menos em termos atuais. Com efeito, dispõe a atual Constituição que não será objeto de deliberação a emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

1.2.6. Constituição de 1946

Com a Constituição de 18 de setembro de 1946 é restaurado o controle de constitucionalidade das leis a atos administrativos em sua plenitude. Muito embora a Carta de 1934, inovadora na matéria, tenha tido curta vigência, em 1946 são reinseridas com algumas modificações as suas disposições, sendo mantido o modelo inaugurado com a Constituição de 1891.⁴² A Carta de 1946 mantém o controle por via de exceção, sendo conservados os casos de recurso extraordinário.

Dentre as disposições mantidas, permanece a exigência de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade nos tribunais. Resta igualmente mantida a competência do Senado Federal para suspender lei declarada inconstitucional. Com intuito de pôr termo à controvérsia instalada a partir de 1934, foi especificado que tal competência seria exercida nos casos de declaração pelo Supremo Tribunal Federal.⁴³

Não consta mais no novo texto o mandamento contido no antigo art. 96, parágrafo único, sendo assim suprimida a possibilidade de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ficassem sem efeito após um ato do Congresso Nacional.

Com a Carta de 1946 foram restabelecidos em toda a sua extensão a ação popular, o *habeas corpus* e sobretudo o mandado de segurança, meio eficaz na difusão do

⁴² Art. 101, III, "b" e "c".

⁴³ Embora de início se tenha suscitado dúvidas relativas à competência do Senado para suspender também leis estaduais e municipais, e não somente leis federais; consolidou-se o entendimento de que a faculdade outorgada ao Senado se estendia tanto às leis federais, como estaduais e municipais declaradas inconstitucionais pelo Pretório Excelso.

sistema de controle de constitucionalidade.⁴⁴ Este último é novamente erigido à categoria constitucional, passando a ser admitido contra ato de qualquer autoridade, abolindo a restrição quanto aos atos do Presidente da República, ministros de Estado e governadores.⁴⁵

Persiste a possibilidade de intervenção federal nos Estados, para assegurar o cumprimento de certos princípios, a exemplo do que ocorria com a Constituição de 1934.⁴⁶ Todavia, a representação interventiva - requisito para a decretação da intervenção - sofreu algumas modificações. Salutar as observações de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁷ acerca do assunto:

“O texto da Constituição de 1946 sobre esse caso de intervenção é distinto da de 1934, embora este seja a sua fonte inspiradora.

No da de 34 (sic), como se viu, a execução de intervenção, que competia ao Presidente da República, só se efetuariá no caso de decretação da intervenção pelo Poder Legislativo, a quem cabia tomar essa medida, na hipótese de violação dos princípios constitucionais da União, se o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação da Procuradoria Geral da República, tomasse conhecimento dessa lei de decretação de intervenção e declarasse a sua constitucionalidade. E essa provocação seria de *moto proprio*, ou por determinação do Presidente da República, ao qual se achava subordinado, e a quem competia executar dita intervenção.

Já na de 1946, o procedimento era diferente. O Procurador-Geral da República submeteria ao exame do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com o seu pronunciamento, pró ou contra; e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal. Porém, antes de o Executivo efetivá-la, se limitaria o Congresso a suspender a execução do ato considerado inconstitucional, caso essa medida bastasse para restabelecer a normalidade no Estado federado, evitando-se, assim, a concretização da intervenção.”

Além disto, como se vê, a Carta de 1946 possibilitava ao Congresso Nacional suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF, se a medida bastasse para a normalização do Estado-membro. E de fato tal opção outorgada ao Legislativo mostrou-se útil, tendo a mesma sido exercida por diversas vezes.

⁴⁴ Conforme já explicitado em momento anterior.

⁴⁵ Art. 141, § 24.

⁴⁶ Art. 7º, VII.

⁴⁷ Op. cit., p. 188.

A declaração de inconstitucionalidade foi posteriormente regulada pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, e pela Lei nº 4.337, de 1º de julho de 1964, recebendo a denominação de “arguição de inconstitucionalidade” ou “representação”.

Cabia ao Procurador-Geral da República promover a arguição de inconstitucionalidade quando este tomasse conhecimento de ato dos poderes estaduais que infringisse quaisquer dos princípios elencados no art. 7º, VII, da Constituição, sendo que qualquer interessado poderia representar à autoridade em questão para que impulsionasse a arguição.

Na hipótese do Supremo Tribunal reconhecer a inconstitucionalidade o Presidente da Corte deveria comunicar a decisão aos órgãos estaduais interessados. Após a publicação do acórdão, era comunicado o Congresso Nacional para que suspendesse a execução do ato argüido, caso esta medida bastasse para a normalização do Estado, ou, caso contrário, para que decretasse a intervenção.

1.2.7. Emenda Constitucional nº 16/65

A Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, institui no Brasil a fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis e atos administrativos. Com a alteração promovida pela referida Emenda, a Constituição passou a prescrever que competia ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”⁴⁸

A modificação complementou o processo de implantação do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos administrativos, iniciado com a Carta de 1934, promovendo significativa mudança no sistema constitucional pátrio.⁴⁹ A partir de

⁴⁸ O art. 2º da Emenda nº 16 alterou o art. 101, I, “k”, da Constituição da República.

⁴⁹ Lembra Gilmar Ferreira Mendes que a possibilidade de se outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa do controle abstrato de constitucionalidade, tal como erigido através da Emenda 16/65, já havia sido contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado “processo constitucional”. (Kelsen e o Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro. Revista dos Tribunais. ano 2, n. 5. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993).

então foi possível questionar-se a validade de leis federais e estaduais em tese, sem que houvesse, portanto, qualquer direito subjetivo envolvido e sem a necessidade de vincular a apreciação da lei à finalidade de decretar ou evitar a intervenção federal.

Difere o mecanismo instituído através da Emenda nº 16/65 da arguição de inconstitucionalidade, pois enquanto esta destina-se à resolução de conflito entre a União e um Estado-membro, estando condicionada à violação de algum dos princípios elencados no art. 7º, VII, da Constituição, a nova representação presta-se a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição.

Possibilitou-se, ainda, aos Estados-membros a instituição da representação, de competência dos Tribunais de Justiça, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo municipal que destoasse da Constituição do Estado (art. 19 da Emenda 16/65).

1.2.8. Constituição de 1967 e Emendas 1/69 e 7/77

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 manteve o modelo de fiscalização existente na Carta que lhe precedeu, reproduzindo os artigos relacionados à matéria, e inclusive parte das inovações trazidas pela Emenda nº 16/65. Todavia, não foi permitido aos Estados-membros a instituição de representação para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal que ofendesse a Constituição estadual, e, no caso de intervenção nos Estados, a competência para suspender ^{A Lei ou Ato} o ato ou lei declarado inconstitucional passou a ser do Presidente da República e não mais do Congresso Nacional.

A Emenda nº 1/69 em quase nada alterou o sistema, trazendo apenas uma novidade na permissão conferida aos Estados-membros para instituir a representação interventiva, como forma de fiscalizar *in abstracto* a constitucionalidade de lei municipal em face dos princípios elencados na Constituição do Estado.⁵⁰

⁵⁰ Foram levantadas, de início, dúvidas quanto à aplicação da representação de inconstitucionalidade (não só no âmbito dos Estados, mas também face à Constituição da

Sem prejuízo das garantias conferidas à supremacia da Constituição, no que toca ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, mister ressaltar que no período de vigência do Texto de 1967 tal processo de fiscalização sofreu algumas restrições. Com efeito, ficaram aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Conselho Supremo da Revolução de 31 de março de 1964.⁵¹ É de Ivo Dantas a reflexão: “Repita-se: apesar do permissivo citado, nenhum ato emanado sob a proteção da legislação mencionada nos incisos I a IV do art. 173 (ADGT) poderia ser objeto de representação, o que significava que o instituto não funcionava em toda a sua plenitude.”⁵²

Significativo passo deu a Emenda nº 7/77 para o sistema do controle de constitucionalidade. A Constituição, já alterada,⁵³ passou a prever a possibilidade de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade, quando solicitada pelo Procurador-Geral da República. Competia agora ao Supremo Tribunal Federal julgar “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.⁵⁴

APESAR DISTO

Muito embora, a Emenda 7/77 trouxe também disposições que mereceram o repúdio popular. Foi instituída a avocatória, através da qual era atribuído ao Supremo Tribunal Federal competência para apreciar “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 efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.⁵⁵

Referindo-se à avocatória, Carlos David S. Aarão Reis⁵⁶ tece os seguintes comentários: “No debate sobre a matéria, esquece-se, por vezes, ser a avocatória, com

República), em razão de que não havia lei complementar regulando o seu processamento. Pondo termo à controvérsia, no julgamento dos embargos na representação nº 600, a Suprema Corte fixou definitivamente o cabimento do processo da lei nº 4.337, para a ação de declaração de inconstitucionalidade em questão. A lei em questão, publicada em 1º de junho de 1964, regula a declaração de inconstitucionalidade.

⁵¹ Art. 173 das Disposições Gerais e Transitórias da Constituição.

⁵² Op. cit. p. 91.

⁵³ Art. 119, I, “p”.

⁵⁴ Art. 119, I, XXX, “l”.

⁵⁵ Art. 119, I, “o”.

⁵⁶ A Avocação de Causas pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Direito*

referência ao Judiciário, instrumento característico do absolutismo e de regimes totalitários, ou, então, peça do centralismo judiciário impingido em 1977, caco-de-telha, prego enferrujado do entulho autoritário. Atribuí-la a um tribunal nada mais é que transferi-la do monarca absoluto para este, sem privá-la de seu conteúdo autocrático.”

1.2.9. Constituição de 1988

Após o período ditatorial, instaurado com o golpe militar de 1964, em que o país presenciou a instauração de um regime autoritário, onde desaparecem muitas instituições e são tolhidos vários direitos individuais dos cidadãos, surge a atual Constituição, promulgada por uma Assembléia Nacional Constituinte.

Com a Constituição atual a fiscalização da constitucionalidade sofreu importantes modificações, sendo mantidas algumas das disposições trazidas pelas Cartas que lhe precederam, e acrescentadas significativas alterações. Na atual ordem constitucional vigora o controle difuso por via de exceção ao lado do controle direto por via de ação.

A exemplo do que já ocorria com a Lei Maior que lhe precedeu, a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais somente pode ser tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu órgão especial.⁵⁷ Restou igualmente mantida a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

Já a antiga representação de inconstitucionalidade passa a ser denominada de ação direta de inconstitucionalidade, sendo ampliada a legitimação para a sua propositura.⁵⁹ Ademais, o novo texto constitucional suprimiu a representação para fins de interpretação e a advocatória, pois as mesmas não estão mais disciplinadas na Constituição. Admitiu-se a instituição de representação de inconstitucionalidade pelos Estados-membros,

Público. v. 4, São Paulo: Malheiros, 1993. p.191.

⁵⁷ Conforme estatui o art. 97.

⁵⁸ Art. 52, X.

⁵⁹ Art. 102, I, "a".

para a apreciação de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.⁶⁰

No art. 102, § 1º, da Constituição, foi disciplinada uma especial arguição de inconstitucionalidade, a qual é dirigida a descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição e será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, até o presente momento não foi editada lei regulamentando tal mecanismo.

Passou a se exigir a citação do Advogado-Geral da União nas ações que visem à apreciação em tese de lei ou ato normativo, devendo este defender o ato ou texto impugnado.⁶¹ Através do art. 103, § 1º, da CF, foi estatuída a obrigatoriedade de manifestação do Procurador-Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e em todos os demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

O recurso extraordinário ganha feição unicamente constitucional, deixando de abarcar o ~~apelo extremo~~ ^{NEM} contra decisões que se relacionassem com leis federais, tal como acontecia na antiga ordem constitucional.⁶²

Foram criados a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com a finalidade de reprimir omissão por parte dos poderes competentes que atentem contra a Constituição,⁶³ e também o mandado de injunção, instrumento destinado a garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de tais direitos.⁶⁴

⁶⁰ Art. 125, § 2º.

⁶¹ É o que dispõe o art. 103, § 3º.

⁶² Art. 102, III.

⁶³ Art. 103, § 2º.

⁶⁴ Art. 102, I, "q".

Capítulo 2 - A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. Controle de Constitucionalidade: Conceitos operacionais

É comum encontrar-se as expressões "controle constitucional" e "controle de constitucionalidade" para designar, indistintamente, o controle da legitimidade constitucional dos atos estatais. Tal distinção torna-se despicienda na medida em que a legislação e doutrina alienígenas utilizam tais expressões com idênticos significados.

O controle da constitucionalidade das leis consiste na verificação da compatibilidade do direito infraconstitucional à Constituição, seja do ponto de vista formal ou material, para o efeito de declarar a nulidade das leis que lhes sejam contrárias. Do pensamento de Nagib Slaibi Filho⁶⁵ extrai-se a definição do sistema de controle de constitucionalidade como sendo o "conjunto de instrumentos previstos pela Lei Maior para a salvaguarda de sua supremacia, fundando-se na necessidade de preservar a soberania do poder constituinte em face de qualquer outro poder".

A correta compreensão da fiscalização da constitucionalidade das leis pressupõe alguns princípios. Assim, antes de mais nada é necessária a compreensão da Constituição enquanto fundamento de validade da ordem jurídica subjacente, tendo-se em mente a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais; é necessária a existência de uma Constituição formal; e, ainda, entender o que é rigidez constitucional. Fundamental, também, para o funcionamento do controle, a previsão constitucional de um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.

A doutrina não trabalha com conceitos estanques a respeito do assunto, ora fazendo incluir alguns princípios, ora excluindo outros. Celso Ribeiro Bastos⁶⁶ assevera que o controle de constitucionalidade das lei não poderá existir na hipótese do Legislativo restar incumbido da guarda da Constituição, pois com a acumulação da função de órgão

⁶⁵ **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 48.

⁶⁶ Op. cit., p. 331.

controlador, toda lei produzida pelo Parlamento seria em última instância constitucional. Todavia, os princípios elencados, de modo geral, não trazem maiores conflitos entre si e para efeito de compreender a fiscalização de constitucionalidade, sendo apropriados para o estudo do tema.

2.1.1. Leis Constitucionais e Leis Ordinárias: Adequação das leis à Constituição

As normas de direito encontram ^{sempre} seu fundamento em outras normas jurídicas. As normas que compõem um sistema jurídico formam uma verdadeira pirâmide, na qual cada uma destas encontra seu fundamento de validade nas que lhe sobrepõem. Assim, as normas que fundam outras colocam-se em posição de proeminência, sendo que as inferiores não podem contrariá-las. Esta é a lição legada por Hans Kelsen:

"Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando em harmonia com a norma do escalão superior".⁶⁷

Desta percepção, conclui Paulo Bonavides: "A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da superlegalidade constitucional, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania".⁶⁸ Assim, todas as normas que não se conformarem com os mandamentos da norma superior deixam de ter validade em face do ordenamento jurídico e hão de serem tidas como inexistentes.

Em se tratando de fiscalização de constitucionalidade, a distinção entre normas constitucionais e normas ordinárias faz-se imperiosa, visto que o controle atua como uma verificação da compatibilidade da ordem jurídica face à Lei Maior. "Durante o período em que inexistiu uma distinção formal entre lei constitucional e lei ordinária, não foi possível desenvolver um sistema de controle da constitucionalidade".⁶⁹

⁶⁷ Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João B. Machado. Coimbra: Armenio Amado.

⁶⁸ Op. cit., p. 228.

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 327.

2.1.2. Constituição Formal

Para a existência do controle de constitucionalidade é necessário uma Constituição compreendida como instrumento jurídico, devendo ser escrita e formalizada. É de ressaltar que o surgimento de uma Constituição em sentido formal é viabilizado exatamente quando consagrada em um texto escrito. Segundo Celso Ribeiro Bastos, "as Constituições costumeiras, que vem a ser aquelas que resultam da prática reiterada pelo povo de um costume constitucional, com a consciência de ser juridicamente obrigatório, não se compatibilizam com a rigidez constitucional."⁷⁰

Enquanto as normas costumeiras têm nascimento informal, independentemente da designação de um órgão especial para a sua criação, é corrente classificar a Constituição escrita ou formal como aquela criada por um órgão dotado de poder suficiente, geralmente denominado poder constituinte.

Lembra Clèmerson Merlin Clève⁷¹ que com o passar dos anos os costumes poderão ser reduzidos à conformação escrita, não sendo o critério apontado suficiente para discriminar ambas as categorias. Todavia, isto deve ser feito pelo órgão encarregado da produção legislativa, sob pena de não se transformarem em normas escritas.

2.1.3. Rigidez Constitucional

Algumas Constituições, denominadas rígidas, determinam um procedimento especial e complexo para sua alteração, enquanto outras, conhecidas como flexíveis, não exigem qualquer especialidade para sua reforma, não sendo necessário mais do que o procedimento apropriado para a elaboração das leis ordinárias. A rigidez constitucional atua, portanto, como a característica de determinadas Constituições demandarem um procedimento especial para serem alteradas, em regra mais dificultoso que aquele previsto

⁷⁰ Idem.

⁷¹ A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo: **Revista dos**

para as leis comuns.

Há quem classifique, ainda, as Constituições como semi-rígidas.⁷² Por esta classificação entende-se a previsão constitucional de que determinadas matérias devam ser alteradas com observância de um procedimento especial, que corresponderia à parte rígida, e, as demais matérias podem ser reformadas através do procedimento legislativo ordinário. Era o que ocorria com a Carta Imperial de 1824, onde era considerada matéria constitucional somente o que dissesse respeito à organização dos poderes e à declaração dos direitos.

Oportuno destacar a orientação que classifica as Constituições em pétreas, correspondendo àquelas que não podem ser reformadas, e relativamente pétreas, as quais não admitem a reforma de algumas disposições. Como exemplo desta última pode ser citada a Carta Magna brasileira de 1988.⁷³

Tais distinções têm procedência, pois, caso contrário, restaria prejudicada a posição de superioridade das normas constitucionais. É que se previsto idêntico procedimento para a criação das normas ordinárias, sem que fosse exigido processo legislativo mais solene, qualquer norma comum poderia ser confundida ou mesmo elevada à categoria de constitucional, até mesmo porque inexistiria qualquer elemento diferenciador de ambas.

Como corolário lógico disto, a fiscalização da constitucionalidade, a princípio, não poderia existir em tais circunstâncias. "Vê-se pelo exposto, a íntima ligação existente entre Constituição formal, rígida, de um lado, e, de outro, o controle da constitucionalidade das leis. Se a ocorrência de uma Constituição com as características já mencionadas é pressuposto da existência do controle da constitucionalidade, não é menos verdade que este mesmo controle é também pressuposto de uma Constituição rígida".⁷⁴

Muito embora se tenha referido que a rigidez constitucional seria pressuposto para a existência do controle de constitucionalidade, mister ressaltar que tal

Tribunais, 1995. p. 24.

⁷² A respeito, ver Nagib Slaibi Filho, op. cit., p. 38.

⁷³ A matéria, contudo, não é pacífica, havendo divergências quanto aos limites da revisão programada no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e mesmo quanto aos limites do poder de Emenda.

⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, ob. cit., p. 329.

controle não é de todo inviável onde existam Constituições flexíveis. Com efeito, pode existir a fiscalização face a inconstitucionalidades formais. Tal ocorreria com Constituições flexíveis que, embora sem perder este caráter, estipulassem determinado procedimento para a criação das leis, onde qualquer violação deste procedimento constituiria inconstitucionalidade.

2.1.4. Órgão incumbido do controle da constitucionalidade

Defende Raul Machado Horta⁷⁵ que "a idéia do controle da constitucionalidade decorre de duas exigências elementares. A primeira implícita no reconhecimento de que não basta a simples superioridade teórica de uma *Lei Fundamental*. A segunda, reclamando, como consequência da anterior, a existência de uma sanção, para restabelecer a hierarquia desfeita na ruptura entre lei ordinária e lei constitucional".

Dessarte, a fiscalização de constitucionalidade somente tem sentido quando o ordenamento jurídico atribui uma certa consequência à norma violadora da Constituição. E, para que esta fiscalização se torne possível, é necessária a existência de um ou mais órgãos com a função de exercer tal controle. Assim, o controle de constitucionalidade pressupõe, além de uma Constituição formal e rígida,⁷⁶ a atribuição, expressa ou implícita, pela própria Constituição, do órgão ou órgãos incumbidos da tarefa.

Na ausência de determinação expressa, afigura-se acertado o entendimento de que o Judiciário restaria incumbido do controle de constitucionalidade. Referida atribuição resulta do princípio da separação de Poderes e da própria natureza da atividade jurisdicional, tal como exposto por Marshall há quase dois séculos,⁷⁷ cabendo ao Judiciário, do confronto entre a lei constitucional e leis ordinárias que lhe sejam contrárias,

⁷⁵ Conforme HORTA, Raul Machado. **O Controle da Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar**. Belo Horizonte, 1953. pp. 11-12.

⁷⁶ Diz-se rígidas sem prejuízo da possibilidade da fiscalização da constitucionalidade em face de Constituições flexíveis, tal como exposto anteriormente.

⁷⁷ A propósito do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, quando então era *Chief-Justice* da Suprema Corte americana.

optar pela prevalência da primeira sobre estas últimas, dada a sua superioridade.

Na inexistência da atribuição pela Constituição, mesmo implícita, de um órgão encarregado de fiscalizar a constitucionalidade das leis e atos normativos, esta função desaparece, pois que não há limites e nem a correspondente sanção, hábeis a conter o desrespeito aos preceitos do Texto Maior. E mais, isto poderia comprometer a própria Constituição, pois esta restaria despida dos meios de fazer valer a sua supremacia.

2.1.5. Sistemas de controle de constitucionalidade

Embora se constitua como um pressuposto da fiscalização de constitucionalidade das leis a designação de um órgão incumbido de tal função, a natureza deste órgão varia conforme cada regime constitucional, dando lugar a diferentes sistemas de controle de constitucionalidade.

Algumas Constituições atribuem o controle de constitucionalidade das leis a órgãos estranhos ao Poder Judiciário, órgãos políticos, sejam comuns ou especiais. Geralmente, neste sistema o controle é preventivo, ocorrendo antes mesmo de a lei entrar em vigor, diversamente daquele sucessivo, exercido após o nascimento da lei. Não raras vezes o controle exercido nestes órgãos políticos tem função consultiva, equivalendo a um parecer, não gerando efeito vinculante em relação ao Legislativo.

O maior exemplo de controle político talvez seja aquele exercido na França, onde existe a previsão constitucional de um conselho constitucional, encarregado de fiscalizar previamente a constitucionalidade, atuando opcionalmente para alguns diplomas, tais quais tratados internacionais, e de forma obrigatória quanto tratar-se de leis relativas à organização dos poderes públicos.

Embora se constitua como o mais peculiar sistema de controle político, a França não foi o único Estado a adotá-lo. Outro exemplo de controle político existiu no México, que em sua história introduziu um sistema puramente político de fiscalização da constitucionalidade.

Não se confunde a atribuição do controle de constitucionalidade das leis a um órgão político com o controle exercido pelo próprio Poder Legislativo. O órgão político incumbido da função fiscalizadora não deve pertencer a nenhum dos poderes do Estado, devendo estar dotado de autonomia para desempenhar a função. A respeito, preleciona Pinto Ferreira: "O sistema de controle da constitucionalidade das leis por um órgão político prescreve que, lado a lado com os três Poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), coexista uma entidade com a missão exclusiva ou principal de verificar se os diversos atos das autoridades públicas estão de acordo com a Constituição".⁷⁸

Em decorrência disto, afigura-se equivocada a afirmação de Sálvio Figueiredo Teixeira⁷⁹ no sentido de que a doutrina prefere o controle por órgãos jurisdicionais ao político, em razão de que o Legislativo não pode ser o próprio juiz constitucional das suas atribuições. Ao que tudo indica, o jurista em questão confunde o controle de constitucionalidade político com o controle exercido pelo próprio Poder Legislativo.⁸⁰

Por outro lado, algumas Constituições, e aqui a maioria delas, expressamente atribui a função fiscalizadora ao Poder Judiciário.⁸¹ Na hipótese de inexistir esta indicação constitucional, deve-se entender que o Judiciário deverá desempenhar tal papel, como corolário do princípio da separação dos Poderes e, porque inerente à sua função judicante.

Por sua vez, o controle judicial da constitucionalidade das leis pode ser operado de maneira distinta, seja quanto ao órgão ou aos órgãos incumbidos do controle, seja quanto à maneira pela qual a esta função é exercida.

A fiscalização judicial da legitimidade constitucional das leis pode ser

⁷⁸ **Princípios gerais do direito constitucional moderno.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 90.

⁷⁹ Op. cit., p. 20.

⁸⁰ Não obstante, o controle político mostrou-se ineficaz. Na expressão de Celso Ribeiro Bastos "o sistema não produziu os efeitos esperados. Redundou na substituição da opinião política do órgão produtor do ato pela do órgão controlador". (op. cit., p. 331).

⁸¹ "O controle posterior por órgãos jurisdicionais, que possibilita a fiscalização através de ação direta ou através de exceção, vem reunindo a preferência, quer pela independência dos juízes, quer pela possibilidade de melhor discussão em processo, já vigente a lei." (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, op. cit., p. 21).

acometida a todos os órgãos judiciários de um determinado ordenamento jurídico, que a exercitam incidentalmente, quando do julgamento das causas de sua competência; hipótese em que haverá o sistema difuso.

No sistema difuso, as questões acerca da constitucionalidade devem ser argüidas incidentalmente no curso de um processo comum, seja civil, penal, administrativo ou de outra natureza. O controle difuso pressupõe, portanto, um caso concreto onde exista controvérsia, devendo ser utilizado somente na medida em que a lei cuja constitucionalidade se discute seja relevante para a decisão da causa.

A decisão proferida pelo Judiciário, atuando em via incidental, vincula somente as partes envolvidas no processo, sendo que não objetiva expungir a lei inconstitucional do ordenamento jurídico, mas tutelar os interesses subjetivos lesados pela normativa contrária à Constituição.⁸² Decorre disto, que a análise da conformidade ou não da lei é o próprio fundamento da decisão, e não o objeto da mesma. No controle difuso não se questiona a validade da lei em tese, mas os atos praticados sob o pálio da lei tida como inconstitucional.

As questões de constitucionalidade suscitadas, como não são decididas pelas órgãos especiais, não ensejam a instauração de um processo especial, com adequada ação, sendo decididas pelos órgãos competentes para a causa através de mero incidente.

Em outros casos, o controle judicial da legitimidade constitucional das leis pode ser atribuído a um único órgão judiciário, o qual concentrará a competência para dirimir as questões constitucionais, atuando através de um especial processo constitucional. Trata-se do sistema concentrado.

O sistema foi concebido na Constituição austríaca de 1920, com a criação de uma corte constitucional competente para exercer o controle de constitucionalidade, inicialmente através de pedido especial formulado por órgãos políticos.⁸³

No sistema concentrado, não dispõem os juízes comuns de competência

⁸² Registre-se que no direito brasileiro são protegidos também os interesses ameaçados de lesão (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

⁸³ Após a lei austríaca de revisão da Constituição de 1929, foi estendida a legitimação a órgãos judiciários para submeter a questão de constitucionalidade à corte constitucional. Neste caso, o controle de constitucionalidade não é exercido através de via de ação, mas em via incidental.

para, na análise dos casos concretos sob sua apreciação, declararem a inconstitucionalidade de leis; tal função é exclusiva da corte constitucional.

Vê-se que a filosofia que está na base dos dois sistemas referidos (difuso e concentrado) tem fundamentos diametralmente opostos. Enquanto no primeiro todo e qualquer juiz pode resolver o problema da inconstitucionalidade, deixando de aplicar a lei contrária à Constituição, no sistema concentrado vigora a supremacia da lei, sendo defeso aos juízes comuns apreciar a validade das leis. Destarte, salvo, eventualmente, o seu poder de submeter a questão à apreciação da corte constitucional, devem os juízes aplicar a lei no caso concreto, independentemente de sua interpretação a respeito da legitimidade das mesmas.

2.2. Emenda Constitucional 3/93

17

A Emenda nº 3, de 3 de março de 1993, instituiu no sistema constitucional pátrio a Ação Declaratória de Constitucionalidade, instrumento pelo qual compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar originariamente a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.⁸⁴

⁸⁴ É de ressaltar, todavia, que a Emenda à Constituição nº 3/93, não teve como único fim a inserção da referida ação no sistema constitucional brasileiro; ao revés, pode-se afirmar com convicção que a mesma destinou-se principalmente a regular a ordem financeira, na busca da erradicação da inflação então existente, trazendo medidas de equilíbrio entre receitas e despesas nacionais. No tocante à Ação Declaratória de Constitucionalidade, estas são as alterações promovidas pela Emenda em questão no texto constitucional:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi concebida a partir das idéias de Ives Gandra da Silva Martins, que lançou os moldes e traçou as características fundamentais do referido instrumento processual.⁸⁵ Tendo sido objeto de projeto de emenda constitucional a introdução da ação declaratória de constitucionalidade em nosso sistema jurídico,⁸⁶ em conformidade com a proposta de Ives Gandra, posteriormente o mesmo foi aprovado com significativas alterações.

A proposta inicial consistia da seguinte redação:

Art. 1º. Suprima-se o inc. X do art. 52, renumerando-se os demais.

Art. 2º. Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 102.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma desta lei.

§ 2º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia erga omnes e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.

§ 3º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia erga omnes, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos.

Art. 103. § 1º ... § 2º ... § 3º ...

§ 4º Os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X destes artigos podem propor ação declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito."

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Art. 103.

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

⁸⁵ Embora Ives Gandra da Silva Martins tenha desenvolvido a idéia de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, antes mesmo disto o referido jurista, juntamente com Gilmar Ferreira Mendes, propôs que se desse efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal (artigo intitulado "Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal", publicado nos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 2/11).

⁸⁶ A proposta de Emenda à Constituição foi apresentada pelo Deputado Roberto Campos, encampando sugestão de Ives Gandra e Gilmar Ferreira Mendes.

Dentre as mudanças promovidas no texto da proposta de Emenda, figuram entre as mais importantes - ou pelo menos mais questionadas - a supressão do caráter contraditório do respectivo processo e a redução dos legitimados para propor a ação. Além disto, como se vê da atual redação da Constituição, não foi aceita a proposta de supressão do art. 52, X, não permitindo o Congresso Nacional que às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concreto de constitucionalidade, fosse atribuída a possibilidade, através de Lei Complementar, de outorgar-se eficácia contra todos e efeito vinculante.

A proposta inicial sofreu tamanha mutação, a ponto do seu idealizador afirmar: “Devo lembrar que o nome da ação foi por mim sugerido pela primeira vez em artigo para *O Estado de S. Paulo* e nele publicado em 25.1.92 com idêntica rotulação, no então Caderno de Justiça (p. 8). Não gostaria, entretanto que o batismo oficial pudesse levar alguns colegas a pensar que o bizarro texto surgido tenha algo a ver com minha proposta original. Sou pai do nome, mas não da ação.”⁸⁷

Indo mais além e concluindo pela inconstitucionalidade da nova ação, asseverou: “Espero que a comunidade jurídica do País repudie mais este atentado aos poderes constituídos (Executivo e Legislativo federais), aos direitos do cidadão, com o superior apoio do Poder Judiciário à tese da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional”. Esta manifestação expressou na verdade o sentimento da grande maioria dos operadores jurídicos, que desde o advento da ação declaratória de constitucionalidade, vislumbram na mesma vícios de inconstitucionalidade dos mais variados.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, representada pelo próprio Ives Gandra da Silva Martins, ingressou no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade, relativamente ao art. 1º da Emenda 3/93, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Referida ação, contudo, não foi conhecida pela Suprema Corte face à ilegitimidade de parte, entendendo o Tribunal que a Associação dos Magistrados Brasileiros não se enquadrava entre as pessoas legitimadas pelo art. 103 da Constituição da República.

⁸⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Emenda viola direito dos cidadãos. Artigo publicado no *Estado de São Paulo*, de 1.6.93.

Porém, apesar dos argumentos articulados na ação direta não terem sido apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, o órgão de cúpula do Judiciário pôde tomar conhecimento da inquietação da magistratura brasileira quanto à instituição do novo instrumento de controle abstrato. Ressalta Arnoldo Wald⁸⁸ que, apesar da ação não ter sido conhecida, da sua impetração resultaram importantes efeitos, sendo que, além de demonstrar o repúdio à ação declaratória de constitucionalidade, abriu caminho para que o STF admitisse a viabilidade da declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, e retardou a propositura de tal ação pelo Poder Público, ensejando um reexame da matéria.

A controvérsia gerada em torno da legitimidade da ação em comento era tamanha, que o Supremo Tribunal Federal, chamado a apreciar a constitucionalidade da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1 Distrito Federal, como questão de ordem preliminar, fixou o entendimento de que a própria Ação Declaratória de Constitucionalidade é compatível com a Constituição. Destaca-se do referido acórdão:

“Vê-se, sob o pálio da nova ordem constitucional, acentuada valorização do juizado de primeira instância, sem a correspondente e necessária identificação de um instrumento processual de ágil uniformização de divergências existentes entre o controle difuso e o controle concentrado.

...

Com o intuito de suprimir a lacuna causada pela ausência desse instrumento processual especialíssimo, criou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, para que, a decisão nela proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, possa produzir “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (art. 102, § 2º, da CF/88).”⁸⁹

Não obstante a manifestação do Pretório Excelso, a sociedade brasileira persiste invocando inconstitucionalidades na Ação Declaratória de Constitucionalidade, sendo que a questão ainda provoca inquietude junto à magistratura e aos demais operadores jurídicos do país.

⁸⁸ Alguns aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade. *Revista de Processo*. v. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 12.

⁸⁹ Acórdão publicado no DJU 1 de 16.6.95, p. 18.213.

Afora as alegações de que o novel instrumento de controle é incompatível com o Texto Maior, vem sendo também amplamente questionada a justificativa e a finalidade de sua introdução no sistema jurídico nacional. São vários os motivos vislumbrados como determinantes, sendo apontados para tanto critérios políticos, jurídicos e até econômicos.

Há quem entenda que a ação em testilha é um instrumento eminentemente político, visando conferir às leis e atos normativos federais a qualidade de tornarem-se imunes ao controle incidental de constitucionalidade. Sob este ponto de vista, a Ação Declaratória é concebida como um meio eficaz de encerrar rápida e imperativamente discussões que se travam no Poder Judiciário, relativamente à leis e atos normativos federais, através do efeito vinculante previsto na Emenda Constitucional que a instituiu. À respeito, assevera Hugo de Brito Machado:

"A idéia de inseri-la em nossa Constituição surgiu da situação na qual o Presidente da República, em face de controvérsias surgidas em torno da constitucionalidade de certas leis, tinha interesse em ver deslindada a questão o quanto antes, para viabilizar a execução de seu programa de governo, com certeza de que os atos praticados com fundamento naquelas leis não seriam depois invalidados."⁹⁰

Identificando com maior precisão os propósitos do novo modelo de controle de constitucionalidade, afirma Ivo Dantas⁹¹ que a instituição da ação declaratória deu-se às intenções do Poder Executivo de evitar demandas judiciais contra o Imposto sobre a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira - IPMF, o qual foi criado exatamente pela Emenda à Constituição nº 3/93.

Indo mais além, e analisando as conseqüências do novo instrumento, expôs Mizabel Derzi:

"Com a assunção pelo Poder Judiciário de função que lhe é estranha, comprometer-se-á esse Poder, para o futuro, como leis que espelham planos de governo, ou normas provisoriamente adotadas por uma maioria política, ocasionalmente no governo, marginalizando seu profundo comprometimento com a defesa das minorias políticas e com o processo do

⁹⁰ Ação Declaratória de Constitucionalidade. *Revista dos Tribunais*. ano 82, v. 697. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 34.

⁹¹ Op. cit. p. 130.

Direito."⁹²

Afirmam outros, com a mesma convicção, que a inovação prenunciava a reação aos direitos sociais assegurados na Constituição de 1988, e que seriam extirpados do texto constitucional pelo processo revisional; entendendo que a Ação Declaratória de Constitucionalidade abole garantias consagradas no Texto Maior, e que, a exemplo da Emenda 3/93, outros direitos seriam extintos por futuras reformas constitucionais.

Hugo de Brito Machado, discordando desta afirmação, sustenta ponto de vista diverso, afirmando que "...em última análise o objetivo da ação é a declaração de conformidade, ou não, da lei ou outro ato normativo, com a Constituição".⁹³

No que pese entendimentos contrários, de acordo com outra corrente a Ação Declaratória de Constitucionalidade pode ser concebida como medida eficaz para desafogar o Poder Judiciário dos milhares de processos que tramitam desde seus juizados de primeira instância até seu órgão de cúpula, oferecendo prontamente a solução para as questões constitucionais que atormentam o país, através de uma única decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo como finalidade precípua, destarte, a efetivação dos postulados da supremacia constitucional, segurança jurídica, isonomia e celeridade processual.

Em razão do país adotar um sistema misto de controle de constitucionalidade, coexistindo o modelo concentrado e difuso, onde é permitido a qualquer juiz apreciar a conformidade de qualquer lei ou ato normativo face à Constituição, verificam-se decisões as mais diversas possíveis acerca de uma mesma questão, sendo que uma única causa (seja de natureza tributária, previdenciária, administrativa, etc) enseja infinitas decisões com julgamentos díspares.

Feitas estas considerações, não há dúvidas em afirmar que a realidade vivenciada pelo país não lograva satisfazer o princípio da isonomia, pois situações idênticas eram tratadas de maneira diversa; gerando, como consequência, um estado de insegurança jurídica extremamente prejudicial ao Estado de Direito, e contribuindo para o descrédito da função jurisdicional. São estas as palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek:

⁹² Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 4, São Paulo: Malheiros, 1993. p. 173.

⁹³ Op. cit., p. 37.

"Quando da promulgação da Emenda 3 e da instituição por ela da ação declaratória de constitucionalidade, não houve um único cidadão que em boa-fé não tivesse, de logo, perfeita percepção daquilo que estava sendo criado e das razões pelas quais o legislador brasileiro tomara aquele caminho. O país inteiro tinha a memória recente de acontecimentos, no plano do judiciário, extremamente deploráveis. A colocação, ante um número elevado de juízos de primeiro e segundo grau, de uma mesmíssima questão jurídica - às vezes bem simples, e do interesse de milhões de pessoas, de norte a sul do Brasil -, e o deslinde desencontrado dessa mesma questão jurídica por juízos de primeiro e de segundo grau, com o Supremo aparentemente inabilitado para dar pronta solução à controvérsia. Invocavam-se princípios, como o do juiz natural, para tentar convencer a sociedade de que aquilo não era de algum modo sadio, de que ninguém devia ter saudades do instituto da advocatória; mas cada vez menos os patrocinadores de uma política conducente ao inchaço do foro e a fenômenos como aquele que o país teve a infelicidade viver no caso dos 147% dos aposentados, conseguiam convencer as pessoas de que estavam realmente homenageando um princípio. Criava-se na consciência do brasileiro comum a convicção, a cada dia mais firme, de que aquilo que essa política na realidade objetivara era a multiplicação de demandas e a conseqüente multiplicação de honorários. Não era só o Judiciário que corria risco de desmoralização, era toda a comunidade das pessoas entregues ao ofício jurídico, ao culto do direito.

Foi para evitar a reprodução de situações como aquelas que em passado recente o país enfrentou, foi para simplificar o procedimento, foi para fazer com que quem tem qualidade para isso, o mais cedo possível dissesse uma palavra final sobre a questão jurídica controvertida, que o legislador entendeu de instituir a ação declaratória de constitucionalidade."⁹⁴

Com efeito, a declaração de constitucionalidade de determinada lei - situação buscada com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, tanto quanto o reconhecimento da inconstitucionalidade do mesmo diploma legal, visam conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, neste caso expungindo do ordenamento jurídico a lei inválida, e, no primeiro caso, afastando a incerteza existente acerca da questão constitucional, ofertando tratamento único a respeito da mesma.

A proposta de Emenda Constitucional, no tocante à instituição da nova Ação de Constitucionalidade, trazia praticamente a mesma justificação atribuída pelo ex-ministro do Pretório Excelso, assim dispondo: "estas propostas não só reforçam o papel do

⁹⁴ Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. *Revista de Direito Tributário*. v. 65. São Paulo: Malheiros, 1995. pp. 42 e 43.

Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, mas também contribuem para a celeridade e economia processuais na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, propiciam solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas."⁹⁵

Comentando acerca da instituição da ação declaratória de constitucionalidade, deduz Clèmerson Merlin Clève:

"A finalidade do instituto é a de, ocorrente dissídio a respeito da legitimidade de uma lei ou ato normativo federal, levar desde logo a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal para que este, exercendo a guarda da Constituição, a resolva de modo definitivo (com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante), para proveito da economia e celeridade processuais, e dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica".⁹⁶

É a opinião de Hugo de Brito Machado: "não é razoável admitir-se que o Judiciário esteja com seus canais inteiramente congestionados, com milhares de processos em tramitação no Brasil inteiro, quando o Supremo Tribunal Federal, com uma única decisão, poderia resolver definitivamente a questão, tornando desnecessários milhares de processos."⁹⁷

Vale lembrar que os mesmos fundamentos até então expostos, ensejaram, recentemente, por parte do Governo Federal, a tentativa de reintroduzir a ação avocatória no sistema jurídico, mediante Emenda Constitucional. O Supremo Tribunal Federal seria competente para processá-la e julgá-la.⁹⁸

⁹⁵ Proposta de emenda à Constituição 130, de 1992.

⁹⁶ Ação Direta de Constitucionalidade, op. cit., p. 38.

⁹⁷ Op. cit., p. 46.

⁹⁸ A proposta sofreu veemente repúdio por parte de juristas, inclusive com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil e várias associações de magistrados. Afora as críticas que lhe foram dirigidas, outro fato que depôs para o insucesso da proposta foi o descrédito do Presidente Fernando Collor de Mello, mormente nos últimos meses do seu governo.

2.3. Da constitucionalidade da medida

Antes de mais nada, interessante ressaltar que as críticas que se opõem à Ação Declaratória de Constitucionalidade, seja quanto à sua finalidade, seja quanto à utilidade da medida, geralmente vem acompanhadas de argumentos políticos, e, em sua maioria trazem consigo preconceito com relação ao Supremo Tribunal Federal.

Tratam-se de argumentos metajurídicos, devendo-se ressaltar que as críticas de caráter político que são dirigidas ao novo instrumento de fiscalização da constitucionalidade, bem como a natureza e características do órgão de cúpula do Poder Judiciário, não constituem o objeto da presente pesquisa, sendo dispensáveis à análise da compatibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade em face do ordenamento jurídico.

Deixando de lado, portanto, as críticas relativas à motivação da introdução da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico nacional, de pronto, vários setores da sociedade brasileira, acompanhados da opinião majoritária dos operadores jurídicos, vislumbraram no novo instrumento de controle vários vícios de inconstitucionalidade, dentre os quais, a ofensa ao princípio da separação dos Poderes estatais, destruição do sistema difuso de controle de constitucionalidade, impedindo os cidadãos de invocarem a proteção jurisdicional e comprometendo a própria independência do Judiciário, afronta aos princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição.

Outros, não visualizando necessariamente inconstitucionalidades, mas apontando conseqüências não menos nefastas, entendem que com a nova atribuição do órgão de cúpula do Judiciário restaria comprometida a sua função, transformando o Supremo Tribunal Federal em um órgão de consulta.

Por outro lado, não faltou nem mesmo quem identificasse na inovação trazida pela Emenda nº 3/93, a reintrodução, no sistema constitucional pátrio, da extinta ação avocatória, visualizando na Ação Declaratória de Constitucionalidade vícios tão ou mais bradantes que os existentes naquela ação.

Desta maneira, o ponto nodal da discussão relativa à Ação Declaratória de Constitucionalidade consiste em saber se a alteração promovida através da Emenda Constitucional 3/93, no que toca à ação em tela, infringe cláusulas pétreas, disposições limitadoras do poder reformador, ou mesmo as chamadas cláusulas pétreas implícitas, que designam outros princípios fundamentais, os quais não foram erigidos expressamente como pétreos pela Constituição, mas que se dessumem do seu núcleo essencial.

E, para compreender se a reforma operada pela Emenda em questão infringiu tais cláusulas e princípios constitucionais, faz-se necessário analisar os vícios apontados à ação em estudo. Aliás, como explicitado em momento anterior, as inconstitucionalidades identificadas por significativa parte da doutrina na ação declaratória de constitucionalidade, cingem-se exatamente à infringência dos princípios fundamentais elencados no parágrafo quarto do art. 60 da Lei Maior.

Com efeito, se demonstrado, à conclusão, que as modificações constitucionais são legítimas em face da ordem constitucional, tornam-se mesmo despiciendas as alegações que lhe são dirigidas, seja quanto a sua utilidade ou finalidade.

Embora os princípios constitucionais tidos como vilipendiados por muitos, sejam corolários uns dos outros, ou com os demais tenham estreita ligação, por questões didáticas, a análise é feita tomando-se como base uma ou mais disposições de forma particularizada.

Imperioso faz-se, ainda, comentar a abrangência da decisão a ser proferida na ação declaratória de constitucionalidade, delimitando o alcance dos efeitos produzidos pela mesma; que constitui questão não menos tormentosa para o exegeta.

Todavia antes de iniciar referida análise, imprescindível examinar uma questão relativa à problemática suscitada pela inovação trazida através da Emenda nº 3/93, e de suma importância para a análise do problema - até mesmo em parte prejudicial à discussão que atualmente se trava acerca da infringência a princípios constitucionais pelo novo instrumento de controle abstrato, e que consiste no próprio alcance das cláusulas pétreas e nos limites impostos ao poder reformador; ou seja, cabe questionar se o poder reformador é competente para realizar tais modificações na ordem constitucional.

Portanto, o ponto de partida da discussão deve relacionar-se ao modo pelo qual a ação declaratória de constitucionalidade foi instituída no sistema jurídico pátrio, qual seja, através de Emenda à Constituição, deixando de lado, por enquanto, o estudo de sua compatibilidade face aos princípios contidos na Lei Maior.

2.4. Poder Derivado e reforma da Constituição

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que permite a sua alteração, seja através de revisão ou reforma, impõe sejam observados nestes processos os princípios fundamentais que estatui, bem como as cláusulas pétreas elencadas no texto maior, precisamente em seu art. 60, § 4º.

Parcela da doutrina entende que o constituinte originário de 1988 identificou no sistema constitucional um núcleo temático intangível e imune à ação reformadora parlamentar. Tratam-se de limitações materiais explícitas, chamadas cláusulas de "pedra" ou "eternas", contidas no parágrafo quarto do art. 60 da Lei Maior. O Congresso Nacional, no desempenho de sua atividade constituinte derivada, está subordinado à decisão daquele poder constituinte originário, não podendo exercer sua função reformadora sobre os pontos ali discriminados.

Neste sentido, Paulo Bonavides, citado por Geraldo Ataliba,⁹⁹ expõe que "... o poder de emenda pertence ao corpo da Constituição, é permanente e atua num espaço que só encontra diques à deliberação nos quatro itens do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, a saber, aqueles relativos à forma federativa de Estado, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação dos poderes e aos direitos e garantias individuais".

Em um ponto de vista um pouco mais extremado, entendem alguns que o poder reformador não está adstrito somente aos limites expressos no texto constitucional.

⁹⁹ Limites à revisão constitucional de 1993. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

Neste sentido, aponta Nelson de Souza Sampaio,¹⁰⁰ que além dos limites expressos, existem ainda os limites implícitos, que se deduzem como consequência daqueles expressos, e os limites inerentes, que se impõem pelo próprio conceito e natureza do poder reformador.

Com base nisto, costuma-se denunciar que a Emenda nº 03/93, no que toca à ação declaratória de constitucionalidade, infringe princípios constitucionais consubstanciados em cláusulas pétreas, extrapolando, em evidente inconstitucionalidade, os limites impostos ao poder de reforma ou derivado. Neste sentido, conclui Eduardo Botallo: "a modificação da Constituição para introduzir a ação em pauta é claramente vedada pelo seu art. 60, § 4º, visto como acarreta a abolição dos direitos e garantias fundamentais aqui mencionados".¹⁰¹ Marcelo Figueiredo perfilha do mesmo entendimento: "Se ainda considerarmos que somente é autorizado ao poder constituinte reformador (emenda) realizar alterações pontuais na Constituição que não infrinjam as cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo quarto); e, ainda, se considerarmos que a declaratória viola o princípio da separação de poderes, poderemos concluir que a alteração foi inconstitucional".¹⁰²

Se procedente tal alegação, ou seja, acaso a novidade trazida pela Emenda 3/93 realmente afrontar princípios fundamentais do Texto Maior, a ação declaratória de constitucionalidade poderia sujeitar-se ao controle abstrato de constitucionalidade e até mesmo à fiscalização jurisdicional concreta. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento formado no sentido de que a "impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de 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".¹⁰³ Sob o mesmo raciocínio, declarou a Corte em questão: "A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o

¹⁰⁰ Inconstitucionalidade de emenda constitucional. *Revista de Direito Público*. n. 67, 1983. p. 8.

¹⁰¹ Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 4, São Paulo: Malheiros, 1993. p. 173.

¹⁰² A Ação Declaratória de Constitucionalidade: Inovação Infeliz e Inconstitucional. *Livro de Estudos Jurídicos*. v. 8, Coordenadores James Tubenchlak e Ricardo Bustamante, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. p. 255.

¹⁰³ Adin 466-2-DF-Medida Liminar-Rel. Min. Celso de Mello-D.J.U. 10/5/91, p. 5.930.

controle normativo abstrato e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade".¹⁰⁴

Há, contudo, quem advogue a tese de que as chamadas cláusulas pétreas podem ser alteradas ou mesmo abolidas pelo poder reformador. A doutrina em questão entende que tais cláusulas não petrificam o direito constitucional positivo e por meio dele o ordenamento jurídico do país. Esta posição procura demonstrar que a "intangibilidade das cláusulas pétreas" é uma impropriedade, pois impossibilitaria grande parte das mudanças que a experiência e o evoluir dos tempos mostrarem necessários para o país.

A respeito do entendimento em foco, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Para estes, sendo absurdo que se proíba a mudança de normas da Constituição de acordo com o direito, forçando para alterá-las o recurso à revolução, o significado real e profundo da proibição não é senão um agravamento da rigidez em seu favor".¹⁰⁵

Todavia, consoante afirma esta corrente, não se contesta que as matérias que são objeto de proteção pelas cláusulas pétreas são imodificáveis enquanto elas vigorarem. Para modificá-las, seria preciso revogar a própria cláusula, para somente após, alterar as disposições sobre a matéria. Isto porque as cláusulas pétreas teriam dupla proteção, pois enquanto todas as demais disposições da Constituição seriam protegidas pela rigidez simples, devendo ser modificadas de acordo com o procedimento previsto para a sua reforma, as primeiras reclamam um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio ou regra visados.

Em sentido contrário, assevera Geraldo Ataliba: "Emenda à Constituição desobediente às regras procedimentais do art. 60 é inconstitucional. Não é emenda, é abuso (ou tentativa de "golpe" de Estado, como a qualifica Lourival Villanova) do poder constituinte derivado".¹⁰⁶

Não obstante o exposto, para aqueles que defendem a intocabilidade das cláusulas pétreas, o fundamento para o especial tratamento conferido a ditas cláusulas

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Significação e alcance das "cláusulas pétreas". *Revista dos Tribunais*. v. 13, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 8.

¹⁰⁶ Limites à revisão constitucional de 1993. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 60.

consiste na argumentação de que o poder constituinte (originário), emanado do povo e representando este, estabeleceria a Constituição, que seria superior a todos os poderes por ela constituídos, reputando-se inválidos os atos que lhe forem contrários.

Em contraposição a esta argumentação, pode-se aduzir que as assembleias constituintes são constituídas por representantes do povo, tão representantes deste como aqueles que, nas democracias, vão posteriormente representá-lo. Assim, não haveria maior legitimidade do poder originário sobre o poder derivado, sendo este, a princípio, igualmente competente para alterar a Constituição, em toda a sua extensão. "Com efeito, na relação com o povo não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela, em ambos os casos são eleitos pelo povo para em nome e lugar deste tomarem decisões políticas".¹⁰⁷

Além disto, se por um lado as Constituições são obra do poder constituinte, emanado do povo, por outro lado, a maioria das Cartas constitucionais de ontem e hoje escapam a esta regra. São várias as Constituições outorgadas, de reformas constitucionais, de assembleias investidas revolucionariamente de poderes constituintes, dentre outras formas, pelo que o poder constituinte muitas vezes não pode ser o fundamento para imutabilidade de determinadas disposições constitucionais.

E, cingindo-se à realidade brasileira, levando a cabo a teoria do poder originário como fundamento das cláusulas pétreas, é de ressaltar que a atual Constituição não foi obra deste poder; resultou de uma reforma constituinte.

Por força da Emenda constitucional nº 26/85, que alterou o próprio processo de emenda previsto na Constituição de 1967, o Congresso Nacional foi investido de poderes especiais de reforma, assumindo a feição de Constituinte. É de lembrar que a emenda em questão alterou não só o processo de reforma, mas inclusive o procedimento, passando a exigir-se apenas maioria absoluta dos membros do Congresso e não mais maioria de dois terços em cada casa legislativa; e também suprimiu cláusulas pétreas.¹⁰⁸

Disto resulta que as cláusulas pétreas constantes do atual texto

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 6.

¹⁰⁸ A supressão refere-se às cláusulas pétreas existentes, que excluíam do poder reformador a abolição da República. Aliás, é lógico que o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias só foi possível com tal supressão.

constitucional são obra de poder derivado, e, sendo assim, poderiam ser alteradas ou suprimidas pelo mesmo poder reformador, sem que lhe fosse objetável a legitimação exclusiva do poder originário para tal.

Todavia, Arnaldo Wald,¹⁰⁹ referindo-se à posição do Pretório Excelso, expressada nas palavras do seu então Presidente, Ministro Octávio Gallotti, ressalva: "Por outro lado, o Presidente do Supremo Tribunal Federal acaba de lembrar, que na revisão constitucional, a Corte Suprema assegurará o respeito às cláusulas pétreas".

Expostas estas considerações, a importância da discussão está em que, para os tributários da tese que defende a possibilidade da alteração ou supressão das cláusulas pétreas, restam prejudicadas as inconstitucionalidade que se poderiam opor à Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois que a inovação trazida pela Emenda nº 3/93, mesmo que contrariasse dispositivos da Lei Magna, fossem cláusulas pétreas ou não, haveria de ser tida como compatível com o sistema constitucional.

Para os sectários da "imutabilidade das cláusulas pétreas", ao revés, persiste a indagação acerca da legitimidade constitucional do instrumento de controle introduzido pela Emenda 3/93, sendo imprescindível, para tanto, examinar os vícios que lhe são imputados. É o que se passa a ver.

¹⁰⁹ A respeito da entrevista do Min. Otávio Gallotti, publicada em *O Globo*, de 3.10.93, p. 3 (Alguns aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade. *Revista de Processo*. vol. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. pp. 12-13).

Capítulo 3 - A CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1. Princípio da separação dos Poderes

À primeira vista, torna-se difícil concluir que uma ação constitucional possa comprometer o equilíbrio entre os Poderes; entendido aqui o princípio como a coordenação das atividades de poderes independentes e harmônicos, cujas funções se interpenetram e se completam. Mas da análise criteriosa do assunto dúvidas surgem, não sendo raro encontrar argumentos neste sentido.

Parcela significativa da doutrina brasileira identifica na Ação Declaratória de Constitucionalidade violação ao princípio da separação dos Poderes. Neste sentido, argumenta-se que com a nova incumbência, consoante em declarar a constitucionalidade da norma posta à sua apreciação, a Suprema Corte estaria atuando como órgão chancelador da atividade parlamentar, e, em última palavra, legislando, comprometendo assim a independência do Legislativo. Ademais, se a constitucionalidade da lei é presumida, submeter determinada norma à análise do Supremo Tribunal Federal para que este órgão declare sua constitucionalidade, em uma espécie de ratificação do ato legislativo, feriria o equilíbrio dos Poderes.

Sobre o assunto, discorre Marcelo Figueiredo: "A nova previsão desfigura a idéia e função do Poder Legislativo, órgão naturalmente vocacionado a apreciar previamente a constitucionalidade. Em uma palavra, tal como vazada a ação declaratória, é autorizado ao intérprete obter a seguinte leitura global da ação: declarar a constitucionalidade, nos termos previstos na ação é, em última análise, legislar".¹¹⁰

No mesmo sentido, afirma Geraldo Ataliba: "A proposta de ação declaratória de constitucionalidade confunde as funções de fazer justiça comutativa (legislar) com fazer justiça distributiva (julgar). Compromete o órgão de cúpula do

¹¹⁰ Ação Declaratória de Constitucionalidade. Inovação infeliz e inconstitucional. Livro de estudos jurídicos., v. 8. Coordenadores James Tubenclak e Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. p. 245.

Judiciário com a elaboração legislativa, inibindo o Judiciário todo, e, via de consequência, impede os cidadãos de invocarem a proteção jurisdicional".¹¹¹

Referida posição, contudo, não parece lograr o melhor entendimento. Na sistemática da Ação Declaratória de Constitucionalidade não atua o Supremo Tribunal Federal como sancionador da norma. Quando referido órgão conhece da ação em questão não executa função própria do Legislativo, quer prejudicando a jurisdição dos órgãos próprios, ou inclusive a sua própria; executa-se aqui controle normativo de constitucionalidade.¹¹²

Não há como conceber que através do referido instrumento de controle de constitucionalidade o Poder Legislativo tenha sua competência limitada. O Parlamento continua tão capaz para editar normas quanto antes. A nova atribuição da Suprema Corte somente pode ser exercida após a promulgação da lei, quando então encerrado o seu processo de elaboração. Não se trata aqui, pois, de "sanção" do Supremo Tribunal Federal, mas de fiscalização abstrata de legitimidade das leis face à Constituição.

Outrossim, o controle de constitucionalidade aqui exercido não é prévio, mas sucessivo. A decisão da Suprema Corte dá-se após o nascimento da lei, e não antes. Não há que se falar em aprovação da lei pelo órgão de cúpula do Judiciário, a questão posta à apreciação pressupõe necessariamente a existência de uma norma legal.

É de ressaltar que o próprio controle de constitucionalidade apresenta-se como limite à atividade parlamentar e executiva, e nem por isto configura-se em afronta ao princípio da separação de poderes; diversamente, é tido como meio necessário a garantir a supremacia constitucional.

Já Alexander Hamilton,¹¹³ há quase dois séculos atrás, em "O Federalista", desenvolvia o raciocínio de que era necessário o controle de constitucionalidade das leis,

¹¹¹ Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 4, São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 173.

¹¹² É de ressaltar que parcela da doutrina, a exemplo de Hugo de Brito Machado (Ação Declaratória de Constitucionalidade. *Revista dos Tribunais*. v. 697, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. pp. 38-39) e Seabra Fagundes (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 7), entendem que o Supremo Tribunal Federal, ao atuar em sede de controle concentrado, exerce atividade legislativa.

¹¹³ Citado por Sacha Calmon Navarro Coelho (In: Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no

como forma de garantir a supremacia constitucional, e mais, que tal controle não se afigurava violação ao equilíbrio dos Poderes.¹¹⁴ Entendeu Hamilton: "Essa conclusão não significa, de modo algum, que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo. Significa, apenas, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade da legislatura declarada na lei ordinária, for oposta à vontade do povo, declarada na Constituição, o juiz tem que obedecer à última e desprezar a primeira".

Com o mesmo ponto de vista, elucida Lúcio Bittencourt: "Por isso mesmo, diz-se que os tribunais não entram em conflito com o Poder Legislativo quando se recusam a aplicar uma lei ordinária inconstitucional. O conflito existe, sim, entre as diversas espécies de normas legais, limitando-se as Côrtes a atribuir a cada uma a autoridade que lhe cabe, assegurando a preeminência da lei hierarquicamente superior".¹¹⁵

Com isto se quer chamar a atenção para o fato de que a nova incumbência do Supremo Tribunal Federal deve ser entendida como mais uma forma de exercer o controle abstrato de constitucionalidade, visando à manutenção da integridade das disposições contidas na Lei Maior, e, como tal, não pode ser entendida como afronta ao princípio da separação dos Poderes.

O direito comparado revela situações em que se permite o exame, pelo Poder Judiciário, da legitimidade das leis e atos normativos, sem que a atribuição cause ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Assim, a Corte Constitucional alemã tem a prerrogativa de apreciar a constitucionalidade das leis e atos, para o efeito de declarar-lhes a sua conformidade ou desconformidade com o texto maior. O direito francês delega competência para que o Conselho Constitucional exerça o controle prévio de certas leis, sem que se possa suscitar, igualmente, qualquer violação da independência legislativa ou executiva.

Concluindo pela inexistência de ferimento ao equilíbrio entre os Poderes, aduz Arnaldo Wald: "Assim sendo, é evidente que, na atual fase no direito, não há porque

Direito Tributário. **Repertório IOB de Jurisprudência**. v. 1, n. 1, São Paulo, 1996. pp. 22-23.

¹¹⁴ Embora Alexander Hamilton desenvolvesse seu pensamento fundado no sistema difuso, a idéia que está na base do controle de constitucionalidade, seja concentrado ou difuso, é a mesma, no sentido de garantir a supremacia constitucional, declarando a inconstitucionalidade da lei em tese, no primeiro caso, ou negando aplicabilidade à lei contrária ao Texto Maior nos casos concretos.

¹¹⁵ Op. cit., p. 68.

considerar a Ação Declaratória de Constitucionalidade como atentatória ao princípio da separação de poderes".¹¹⁶

O argumento de que a ação em exame fere o princípio da separação dos Poderes geralmente vem acompanhado do fundamento de que a constitucionalidade das leis é presumida, seja em nome da segurança e estabilidade das relações reguladas pelo direito, seja em razão do prévio exame de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional, através das comissões de constituição e justiça. E, destarte, o julgamento de procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade funcionaria como uma ratificação do ato legislativo.

Como afirma Clayton Maranhão, "A primeira indagação que se faz é o porquê de o legislador nacional ter previsto acerca de uma ação declaratória de constitucionalidade (?), se em nosso Direito a doutrina é pacífica quanto aos princípios de validade das leis formais e de presunção de legitimidade das leis materiais...".¹¹⁷ No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado: "parece estranho cogitar-se de ação declaratória de constitucionalidade, tendo em conta que a constitucionalidade da lei é presumida".¹¹⁸

Ao que tudo indica, referida presunção não vem de encontro com o novo instrumento de controle abstrato. Ao revés, qualquer incompatibilidade com a natureza da Ação Declaratória de Constitucionalidade resulta disto, como pretende-se demonstrar.

Conforme fixado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADC nº 1-1 - Distrito Federal, um dos pressupostos de admissibilidade da ação é justamente a incerteza jurídica que se suscita a respeito da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal. Portanto, para que o Pretório Excelso conheça da ação em questão, é preciso demonstrar a divergência jurisprudencial acerca da questão constitucional submetida à sua apreciação. É da decisão proferida na ADC apontada, da qual foi relator o Min. Moreira Alves, que extrai-se o seguinte trecho: "Estão caracterizados, pois, os requisitos exigidos pela doutrina estrangeira e brasileira para o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade: a instauração de controvérsia no judiciário sobre determinada matéria e a insegurança jurídica que isso provoca".

¹¹⁶ Op. cit., p. 17.

¹¹⁷ Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 03/93. *Revista de Processo*. v. 72, São

Não procede, portanto, o argumento de Geraldo Ataliba,¹¹⁹ no sentido de que a Ação Declaratória de Constitucionalidade "Implica comprometer o STF com a elaboração da lei, antes de qualquer ato de aplicação concretamente resistido ou questionado". Ao contrário, o questionamento acerca da norma ou ato normativo deve estar latente no Judiciário, existindo relevante controvérsia acerca de sua constitucionalidade.

E ainda, na opinião de Gilmar Ferreira Mendes,¹²⁰ embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente este pressuposto de admissibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade, é certo que ele é inerente às Ações Declaratórias, seja de conteúdo positivo ou negativo.

Na sistemática da Ação Declaratória de Constitucionalidade aquela presunção de constitucionalidade, se não existe mais - em face das múltiplas interpretações conferidas à lei pelos órgãos do Judiciário do país, resta de fato deveras abalada. Com efeito, já não é mais possível dizer se referida lei é ou não constitucional, dada a sinalização oposta sugerida pelos próprios tribunais. Estar-se-á configurada situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade.

Como decorrência disto, na hipótese de não existir controvérsia relevante quanto à legitimidade da norma posta à apreciação do Supremo Tribunal Federal, este não deverá conhecer da Ação Declaratória. "Não demonstrada a controvérsia entre Juízos e Cortes Judiciárias, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, objeto da ação declaratória de constitucionalidade, esta não há de ter curso no STF".¹²¹ E, no mesmo sentido, esclarece Hugo de Brito Machado: "Se uma lei, ou outro ato normativo federal ou estadual, tem sua constitucionalidade contestada na via do controle difuso, mas as decisões a esse respeito são uniformes, não haverá razão plausível para a manifestação do Supremo Tribunal Federal, que somente será provocado, se for o caso, mediante o recurso

Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 114.

¹¹⁸ Op. cit., p. 34.

¹¹⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Processo**. v. 78, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 7.

¹²⁰ Ação Declaratória de Constitucionalidade: Inovação da Emenda Constitucional 3/93. **Revista dos Tribunais**. v. 4, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 122.

¹²¹ Voto proferido pelo Min. Néri da Silveira no julgamento da ADC 1-1 - DF.

extraordinário".¹²²

Além do mais, contra o argumento da presunção de constitucionalidade das leis poderiam ser objetados outros maiores, quais sejam o da segurança jurídica e da supremacia constitucional, que exigem que a legislação ordinária se conforme com os mandamentos contidos na Lei Maior. Assim, sempre que houver controvérsia a respeito da legitimidade de determinada norma, ou seja, sempre que existir dúvida relevante acerca da constitucionalidade da lei, a necessidade da declaração de sua validade (ou invalidade) parece se sobrepôr à presunção de constitucionalidade do ato legislativo.

Superada a questão relativa à violação do equilíbrio entre os Poderes, há de ser examinada outra que lhe é correlata; trata-se da afirmação de que com a nova atribuição constitucional o Supremo Tribunal Federal estaria sendo transformado em órgão consultor ao Legislativo e Executivo, exercendo função que lhe é estranha.

Em primeiro lugar, o pronunciamento de procedência ou improcedência da Suprema Corte na ação em testilha, não pode ter a feição de consulta, pois é realizado após o nascimento da lei ou ato normativo. Neste sentido, não haveria razão lógica para requerer o pronunciamento judicial acerca da legitimidade constitucional de um dispositivo já vigente. Não haveria mais a possibilidade do órgão que emanou o ato corrigir-lhe eventuais inconstitucionalidades. Com efeito, esta possível consulta só se prestaria a assegurar a aplicação da norma pelos Poderes Legislativo e Executivo, com a certeza de sua validade.

Em segundo lugar, como afirmado anteriormente, na apreciação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, exerce o Supremo Tribunal Federal controle abstrato de constitucionalidade, visando precisamente declarar a validade da questão suscitada, ou pronunciar-se pela sua nulidade, expungindo o dispositivo do ordenamento jurídico. Não se trata, portanto, de responder a uma consulta.

E, por fim, exatamente a controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal, e a insegurança jurídica que daí decorre, de obrigatória demonstração para que o Supremo Tribunal Federal conheça da Ação Declaratória de Constitucionalidade, é que vão diferenciá-la de uma consulta ao órgão em questão. Se não

¹²² Op. cit., p. 39.

houvesse tais pressupostos de admissibilidade da ação, esta seguramente estaria próxima a uma consulta ao Judiciário. Não é o que ocorre.

3.2. Princípios da proteção judiciária, juiz natural, independência do Judiciário e quebra do sistema difuso de controle de constitucionalidade

Não raras vezes é levantada a alegação de que a alteração constitucional promovida pela Emenda nº 3/93, no que toca à Ação Declaratória de Constitucionalidade, ofende o sistema difuso de controle de constitucionalidade, suprimindo os princípios da inafastabilidade do Judiciário e do juiz natural, e comprometendo a independência deste mesmo Poder. Neste sentido, a eficácia geral e o efeito vinculante, oriundos das decisões definitivas de mérito da referida ação, impediriam que qualquer cidadão pudesse demandar junto aos juízos competentes para processar as causas constitucionais na via incidental, solicitando a apreciação da conformidade de determinada lei ou ato normativo com a Constituição.

Nas palavras de Clayton Maranhão, "no Direito Brasileiro, avulta a incompatibilidade entre o "novo" instituto da ação declaratória de constitucionalidade e o sistema difuso de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo".¹²³ E, mais adiante, complementa referido jurista: "O efeito vinculativo da sentença definitiva de proclamação de constitucionalidade, em ação direta proposta a esse fim perante o STF, impedirá que qualquer juiz ou Tribunal do país emita pronunciamento diverso, tendo verdadeira natureza jurídica avocatória".¹²⁴

Antes de mais nada, é preciso ter-se em mente que a Constituição de 1988 admite a convivência, lado a lado, dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. É desta forma que o sistema constitucional nacional outorga ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição, cabendo-lhe declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que lhe forem contrários, seja em sede de controle concentrado ou difuso.

¹²³ Op. cit., p. 114.

¹²⁴ Idem.

Como exposto anteriormente, o país inicialmente adotou a solução americana para a fiscalização da constitucionalidade das leis, através de previsão expressa na Constituição de 1891. Todavia, através da Emenda Constitucional nº 16/65, optou-se pela coexistência, juntamente com o controle difuso, do sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Desde então existe em verdade uma combinação dos dois modos de controle, um sistema misto; não se podendo falar que aqui adota-se um típico modelo difuso. A história jurídica brasileira demonstra, à evidência, que optou-se por uma valorização do controle abstrato de constitucionalidade, dadas as insuficiências que o controle concreto apresentava.¹²⁵

E, para que efetivamente exista a fiscalização concentrada, com as feições que lhes são próprias, qual seja de concentrar em um órgão o exame da constitucionalidade das normas e atos administrativos, subtraindo a todos da incidência de leis a atos inconstitucionais ou mesmo declarando a sua compatibilidade com a Constituição, é preciso que haja uma limitação ao sistema difuso.

Pretender-se que, mesmo após a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma pela Suprema Corte, em controle concentrado, permaneça incólume o poder de qualquer juiz de declarar a inconstitucionalidade da mesma norma, em via incidental, é desvirtuar a natureza daquela função, tornando sem efeito a decisão proferida em via direta. Em outras palavras, é negar existência e sentido ao controle abstrato.

Ora, em um sistema híbrido, em que se fazem presentes ambos os sistemas de controle de constitucionalidade, há de haver uma conformação daquela garantia de acesso ao Judiciário com a disciplina determinada pela Suprema Corte do país, quando atua em sede de controle abstrato.

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes, valendo-se dos ensinamentos de Gerhard Anschütz, expõe: "A propósito, convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a

¹²⁵ Não só no Brasil, mas em praticamente todos os Estados de tradição jurídica romanística que adotam tal sistema, como já exposto em momento anterior.

competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias".¹²⁶

É da natureza do processo abstrato de controle de constitucionalidade, portanto, a concentração da competência para apreciar a arguição em um único órgão, e que no caso do Brasil, é o Supremo Tribunal Federal. Disto resulta que é uma impropriedade falar-se em quebra do sistema difuso e supressão do princípio do acesso ao Judiciário, visto que o STF é o colegiado supremo do Poder Judiciário.

Diga-se, por fim, que da convivência mútua, em um ordenamento jurídico, dos sistemas de controle concentrado e difuso, não resulta qualquer incongruência. Diversamente, ambos os sistemas se completam, suprimindo deficiências geradas pela adoção solitária de qualquer um. "Ora, se a própria Constituição Federal admitiu a convivência do controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos com o controle concentrado deles, não há que se pretender que a EC 3/93, com a instituição de novo instrumento que visa a aperfeiçoar esse controle concentrado, haja, praticamente, destruído o controle difuso".¹²⁷

Além disto, a limitação ao exercício do controle difuso possivelmente tenha se dado de forma mais efetiva através da ampliação do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, obra do Constituinte de 1988, do que propriamente pela instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Desta forma, a alegada restrição à fiscalização concreta não é consequência da nova ação, antes disso, é a vontade da própria Constituição.

Não obstante a tudo o que foi dito, carece de bases sólidas a afirmação de que o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores ofende os princípios da proteção judiciária e do juiz natural, sendo incompatível com o sistema difuso. Nesta linha de raciocínio, expõe Clayton Maranhão: "É incompatível teoricamente, outrossim, a instituição do malsinado "efeito vinculante" e obrigatório de um precedente em matéria de constitucionalidade das leis e atos normativos, diante do sistema híbrido - difuso e concentrado - adotado no sistema constitucional positivo brasileiro".¹²⁸

¹²⁶ Ação Declaratória de Constitucionalidade: Inovação da Emenda Constitucional 3/93. Op. cit., p. 103.

¹²⁷ Questão de ordem, ADC 1-1, voto do Min. Moreira Alves.

¹²⁸ Op. cit., p. 120.

Quanto ao sistema difuso, a propósito, o próprio país que desenvolveu o controle via incidental, os Estados Unidos, adota a vinculação das instâncias inferiores às decisões de sua Suprema Corte: trata-se do instituto denominado *stare decisis*. A exemplo dos EUA, outras nações também adotam referido princípio, tais como Canadá e Inglaterra.¹²⁹ E não só Estados sectários da *commun law*, mas também nações em que existe o chamado direito escrito, tais como Portugal, México e Argentina, adotaram o chamado efeito vinculante.

Embora o precedente vinculativo seja natural aos países da *commun law*, por serem estes de direito de criação predominantemente judicial, não afigura-se inviável adotá-lo em nações do chamado *civil law*, como a história de resto demonstrou. Embora Mauro Cappelletti¹³⁰ lembre que o vínculo aos precedentes não tenha obtido sucesso nos países de derivação romano-germânica em que foi instituído, a escassa aplicação que teve o princípio em tais países não quer sugerir a sua incompatibilidade com tal sistema. A respeito, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes entendem ser plenamente possível a instituição do efeito vinculante em países do chamado *civil law*: "Isso no entanto não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista embora aí mais formalizado".¹³¹

Aliás, a idéia de eficácia geral e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal não se afigura novidade nem mesmo no direito pátrio. Já no Império, por meio da Resolução da Assembléia Geral, sancionada pelo Decreto nº 2.684, de 1875, foi instituído alhures a possibilidade de se atribuir efeito vinculante às decisões proferidas por tribunais. Todavia, como ressalta Lenine Nequete, citado por Ives Gandra e Gilmar Ferreira Mendes,¹³² tal instituto não foi aplicado durante o Império.

Inobstante a isto, desde a instituição do controle de constitucionalidade concentrado, através da já referida Emenda nº 16/65, as decisões proferidas nas antigas representações de inconstitucionalidade, e atualmente as Ações Diretas de

¹²⁹ No direito inglês o instituto é denominado *rule of precedent*, onde os precedentes jurisprudenciais emanados do *Supreme Court of Judicature* e da Câmara dos Lordes são obrigatórios para os demais órgãos do Judiciário daquele país.

¹³⁰ Op. cit., p. 83.

¹³¹ Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*. v. 2, Cadernos de Direito Tributário e Ciência das Finanças, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

p. 10.

¹³² Idem.

Inconstitucionalidade, têm o efeito de impedir que continue a se discutir a respeito da legitimidade da norma apreciada pelo Pretório Excelso.

Assim, o novo instrumento de controle de constitucionalidade, antes de ser visto como afronta aos princípios da proteção judiciária e do juiz competente, deve ser concebido como um desenvolvimento do sistema concentrado, passando a decisão proferida pela Suprema Corte, em via de ação, a ser vinculatória não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos seus fundamentos determinantes, como pretende Clèmerson Merlin Clève.¹³³

Tornando à questão inicialmente lançada, relativa à existência de vinculação das decisões judiciais no ordenamento jurídico nacional, Gilmar Ferreira Mendes ressalva outros casos em que tal efeito se faz presente: "Assinale-se, ainda, que sequer a idéia de vinculação era desconhecida do nosso modelo de controle de constitucionalidade. O controle incidental de normas, no âmbito dos Tribunais, comporta, desde 1934, uma cisão funcional, de modo que o órgão fracionário fica vinculado à decisão proferida pelo pleno ou pelo órgão especial da Corte (CF, art. 97)".¹³⁴

Desta forma, os preceitos constitucionais insculpidos no art. 5º, XXXV, que determina que o legislador não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, e art. 5º, LIII, preconizando que ninguém será processado senão pelo juiz competente para a causa, hão de ser harmonizados com outros princípios da Lei Maior, devendo ser compreendidos juntamente com o sistema abstrato de controle de constitucionalidade.

No tocante à violação da independência dos juízes, ao que tudo indica, a crítica é feita em relação à suposta invasão da autonomia dos magistrados em geral, pela decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade. Por este entendimento, os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, face os efeitos da decisão de mérito da ação em questão, não teriam mais a liberdade de julgar as causas de sua competência conforme sua convicção.

À evidência, a mesma linha de raciocínio antes demonstrada pode ser

¹³³ Sobre a Ação Direta de Constitucionalidade, op. cit., p. 46.

¹³⁴ Op. cit., pp. 103-104.

oposta à referida crítica. Inexiste ofensa ao princípio da independência judiciária. Ocorre aqui, mais uma vez, uma manifestação da Suprema Corte em sede de controle concentrado, o que enseja o encerramento da discussão travada em todos os juízos, a respeito de determinada questão, com o pronunciamento definitivo do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Ademais, não pode haver redução da independência judiciária, pois o Supremo Tribunal Federal é órgão do Poder Judiciário, ao contrário do que ocorre, v.g., com as Cortes Constitucionais de alguns países da Europa, que não integram este Poder.

Ilustrando o assunto, para que se tenha idéia de uma autêntica invasão à independência judiciária, pode-se citar o instituto concedido na Constituição de 1937, onde o Presidente da República detinha o poder de submeter ao exame do Parlamento uma lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, que, a seu critério, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta; e, havendo a confirmação do Congresso Nacional por dois terços de votos em cada uma das casas, ficaria sem efeito a decisão judicial. Ao contrário do que ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade, no instituto do Texto de 1937 efetivamente ocorre uma usurpação da autoridade do Poder Judiciário.

3.3. Do devido processo legal e princípios da ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição

A Constituição de 1988, absolutamente primorosa quanto aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, erigiu a esta qualidade o princípio do devido processo legal (*due process of law*), além de outras normas de direito processual que lhe são correlatas, tais quais ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Segundo Arnaldo Wald, "a doutrina norte-americana fez a distinção entre o devido processo legal adjetivo e o substantivo, entendendo que o primeiro é garantia processual de contraditórios e o segundo limitação da atuação do poder público de acordo

com os princípios constitucionais".¹³⁵ Perfilhando o conceito de devido processo legal adjetivo, entende José Cretella Júnior ser "aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o *contraditório* e a *produção* de todo o tipo de prova - desde que obtida por meio lícito - prova que entenda seu advogado dever produzir, em juízo".¹³⁶

Dentre os princípios decorrentes do *due process of law*, especial relevo merece o direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurados pela Carta Magna a todos os litigantes, seja em processo judicial ou administrativo. Por ampla defesa deve-se entender a garantia de plenitude de defesa conferida a qualquer pessoa como meio de resguardar seus direitos, incluindo-se aí o contraditório, que consiste na "necessidade da ciência da ação e demais atos às partes e a possibilidade destas se insurgirem a todos os atos que não lhes sejam favoráveis".¹³⁷

Feitas estas noções introdutórias, é de destacar a posição doutrinária que visualiza a ausência de réu na Ação Declaratória de Constitucionalidade, sem prejuízo de outras garantias contidas no Texto Maior, como ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

Souto Maior Borges¹³⁸ entende que a Ação Declaratória de Constitucionalidade estaria eivada de grave vício técnico e irreparável, porquanto não seria possível identificar o réu na referida ação, o que acaba por impedir a definição do universo dos réus da indigitada ação. Sob o mesmo raciocínio, Eduardo Bottallo conclui que a inovação da Emenda 3/93 "a) compromete a garantia do devido processo legal (art. 5º, LVI); b) nega os princípios da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento (art. 5º, LV)".¹³⁹

Segundo esta corrente, a nova atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal pela Emenda 3/93, consoante em examinar em tese a constitucionalidade de leis e atos normativos federais, impede que os jurisdicionados suscitem em via incidental a

¹³⁵ Op. cit., pp. 14-15.

¹³⁶ **Comentários à Constituição de 1988**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 530.

¹³⁷ Clayton Maranhão, op. cit., p. 345.

¹³⁸ Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**. v. 4, São Paulo: Malheiros, 1993. p. 172.

¹³⁹ Idem, p. 173.

apreciação de questões constitucionais já julgadas em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, ficando estes sujeitos aos efeitos da decisão da Corte Suprema, sem que tenham participado do processo de controle, sendo-lhes negado, via de consequência, não só o acesso à justiça, mas também o direito de ampla defesa, possibilitando a ambas as partes, dentro do devido processo legal, o contraditório.

Não parece lograr êxito, contudo, referida posição. Como já foi dito, a Constituição de 1988, a par do poder conferido a qualquer juiz de apreciar a validade das leis face à Carta Magna, constitui expressamente o Supremo Tribunal Federal como seu guardião, sendo permitido a este órgão exercer o controle abstrato sob os atos do Legislativo e do Executivo.

E, hodiernamente, doutrina e jurisprudência não relutam em afirmar a natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas, nos quais são desprezados os princípios processuais próprios da jurisdição não constitucional.

Aduz Maria Isabel Gallotti que é preciso alertar, sempre sobre a impossibilidade do transplante de princípios e garantias próprias da atividade jurisdicional dirimidora de litígios (onde há partes, contraditório, e conflito de interesses), para o território da fiscalização abstrata da constitucionalidade atuada por processo objetivo (que, em princípio, desconhece parte - a não ser num sentido meramente formal -, e onde, ademais, incorre manifestação de um conflito de interesses.¹⁴⁰

Neste mesmo sentido decidiu o Pretório Excelso: "Admitindo o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente terceiros na relação processual".¹⁴¹

É realmente coerente a idéia que está na base do controle concentrado de

¹⁴⁰ A Constituição de 1988 e o controle jurisdicional de tributos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 193, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 43.

¹⁴¹ ADIMCA 1254/RJ - Agravo Regimental em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/1996, publicação DJU I de 19/09/97, p. 45530.

constitucionalidade. Ocorre que a fiscalização abstrata de constitucionalidade visa exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição. Justamente por ter esta precípua finalidade é que o controle concentrado afirma-se como processo de natureza objetiva, que não conhece partes e pode ser instaurado independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico.

Se o controle concentrado é dirigido ao exame da validade da lei em tese, e, prevendo esta (a lei) situações abstratamente consideradas, não se pode permitir neste tipo de processo discussão de situações individuais, que deverão efetuar-se sem sede de controle difuso. Este é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

"A ação declaratória de constitucionalidade configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tem-se, aqui, tal como na ação direta de inconstitucionalidade, um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente um requerido".¹⁴²

Não bastasse a posição do Supremo Tribunal Federal, tendo por reiteradas vezes afirmado o caráter objetivo do processo de controle direto, de forma a afastar dúvidas que pudessem surgir a respeito do novo instrumento de controle, no julgamento da ADC 1-1, esclareceu a Suprema Corte: "A ação declaratória de constitucionalidade insere-se no sistema de controle abstrato da constitucionalidade das 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 com a ação direta de inconstitucionalidade, isto é, um processo não contraditório, sem partes, embora possam ser ouvidos os órgãos que participaram da elaboração da lei ou do ato normativo".¹⁴³

Ademais, aceitar como verdadeiros os vícios de inconstitucionalidade que são apontados à Ação Declaratória de Constitucionalidade, como lesivos aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição,

¹⁴² Op. cit., p. 100.

¹⁴³ Voto na ADC 1-1 (citado Gomes Canotilho).

importaria em reconhecer a inconstitucionalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Com efeito, no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade também não há réu, não havendo, via de conseqüência, o exercício daqueles direitos constitucionais tidos como ofendidos no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade. E, ainda que sejam notificados os órgãos de onde emanaram os atos impugnados mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que estes prestem informações, em determinados casos o Tribunal pode prescindir das mesmas.¹⁴⁴

Corroborando o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, no sentido de que a Ação Declaratória de Constitucionalidade "nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado",¹⁴⁵ asseverou o Min. Paulo Brossard, que os vícios imputados à Ação Declaratória de Constitucionalidade são "igualmente articuláveis em relação à ação direta de inconstitucionalidade, coisa que jamais fora feita em quase meio século".¹⁴⁶

A ausência de réus na Ação Declaratória de Constitucionalidade, ao invés de ser concebida como lesiva a princípios constitucionais, vem exatamente demonstrar que trata-se aqui de típico processo objetivo.

Além disto, embora a Emenda Constitucional 3/93 não tenha indicado possíveis legitimados a figurarem no pólo passivo da relação processual, isto não importa reconhecer que o novo instrumento de controle contém vícios de inconstitucionalidade. Nada impede que o legislador, ao fixar a disciplina processual do instituto, autorize a audiência de determinados órgãos ou segmentos sociais e outorgue direito de manifestação a certos entes.

A inexistência do contraditório na referida ação, como decorrência da falta de réus, não tem o condão de inquirar o novo instituto. Em primeiro lugar, porque, como demonstrado, trata-se de processo objetivo, onde não há composição judicial de lides intersubjetivas, sendo dispensáveis os princípios processuais de aplicação no processo não constitucional, inclusive o contraditório. Em segundo lugar, a própria exigência de demonstrar a divergência jurisprudencial acerca de determinada questão constitucional,

¹⁴⁴ Art. 170, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 101.

bem como a incerteza e insegurança jurídicas daí decorrentes (tal como fixado pelo Supremo Tribunal Federal), levará a Suprema Corte a conhecer das posições divergentes. "Precisamente *as teses jurídicas das decisões contrapostas* fornecem ao STF os elementos jurídicos do contraditório. O inexistir partes não impede, portanto, a apreciação dos argumentos pró e contra a constitucionalidade da lei ou ato normativo".¹⁴⁷

Outrossim, ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade não está o Supremo Tribunal adstrito ao fundamentos constitucionais invocados pelo proponente; aliás, todos os argumentos existentes presumem-se conhecidos pelo Tribunal, pois a sua decisão analisará a compatibilidade da lei ou ato normativo federal com a Carta Magna.

Não obstante a tudo o que foi dito, a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, ao contrário das críticas que lhe são dirigidas, afigura-se em um aperfeiçoamento do controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que determinada controvérsia constitucional seja decidida, prontamente, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Na verdade, enquanto apontam-se vários vícios que inquinam de inconstitucionalidade o novo instrumento de controle concentrado, sob o argumento de ofensa a garantias fundamentais, estes direitos individuais e coletivos parecem constituir o objeto tutelado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade, que visa fundamentalmente garantir a supremacia constitucional.

A decisão proferida no processo de Ação de Constitucionalidade haveria de ser vista como reforço da garantia de observância dos direitos individuais pelo Judiciário e pela Administração, pois declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo em tal processo, estarão os juízes e órgãos administrativos impedidos de interpretá-los de modo diverso.

¹⁴⁶ Questão de ordem suscitada na ADC 1-1 - voto do Min. Paulo Brossard.

¹⁴⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. **Revista de Direito Tributário**. v. 65, Cadernos de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros, 1994. p. 47. Contudo, a exigência de demonstração de controvérsia acerca da questão suscitada, que é pressuposto de admissibilidade da ação em questão, não tem o condão de fornecer o contraditório, mesmo porque neste tipo de processo não há que se cogitar de contraditório, sendo que as teses jurídicas divergentes apenas fornecerão elementos contrapostos que permitirão ao Supremo Tribunal Federal tomar conhecimento das posições antagônicas.

Declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, tal como vazado no julgamento de procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade, significa dizer que tal diploma é compatível com a Carta Magna, e como tal, a interpretação conferida pela Suprema há de ser obrigatoriamente observada pelos órgãos do Judiciário e do Executivo; qualquer outra posição há de ser tida como contrária à Constituição.

Por outro lado, julgada improcedente a ação, será declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, os quais deverão ser expungidos do sistema jurídico, mantendo incólumes as disposições constitucionais e assegurando a hierarquia das normas que compõem o ordenamento jurídico.

Não há dúvidas de que o congestionamento dos órgãos do Judiciário com ações idênticas e decisões desencontradas geram insegurança jurídica, ofendendo ainda o princípio constitucional da isonomia, e gerando, por conseqüência, a descrença no próprio Poder Judiciário. "Não se pode deixar de reconhecer, outrossim, que o controle difuso da constitucionalidade tem gerado inúmeras lesões ao princípio da isonomia, na medida em que enseja tratamento desigual de situações iguais".¹⁴⁸

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, como modalidade de controle concentrado, satisfaz com melhor êxito o princípio da isonomia, oferecendo a todos os jurisdicionados uma única interpretação acerca de determinada questão.

Realmente, a primeira Ação de Constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, relativa à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, encerrou a discussão relativa à constitucionalidade da contribuição em questão, impedindo que a questão tomasse as proporções da discussão concernente à contribuição que lhe precedeu, denominada FINSOCIAL, ou mesmo quanto à retenção dos cruzados pelo Governo Collor.

¹⁴⁸ Hugo de Brito Machado, op. cit., p. 35.

3.4. Diferenças entre a Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Avocatória

É comum deparar-se com posições identificando na Ação Declaratória de Constitucionalidade o retorno da ação avocatória, no sentido de que aquela tem basicamente as mesmas características desta, e, sobretudo, que a Ação Declaratória, da mesma forma que a sua predecessora, tem feição inconstitucional e representa um instrumento jurídico próprio do autoritarismo.

Conforme mencionado anteriormente,¹⁴⁹ a avocatória foi instituída no sistema constitucional nacional através da Emenda nº 7/77, sendo atribuída ao Supremo Tribunal Federal competência para apreciá-la e julgá-la. A ação em tela constitui-se em mecanismo que permite ao órgão de cúpula do Judiciário chamar a si a competência para julgar causas que estiverem tramitando nos juízos e tribunais inferiores, suspendendo os efeitos das decisões proferidas. A avocação da causa era deferida a pedido do Procurador-Geral da República, quando houvesse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas.

A avocação de causas não é criação nacional e nem mesmo manifestou-se inicialmente em órgãos judiciários. No Estado absoluto, onde inexistia qualquer separação de Poderes, as funções legislativa, judicial e executiva eram concentradas na pessoa do soberano. Nesta situação, os magistrados eram apenas funcionários do monarca, o qual, na qualidade de detentor supremo da jurisdição, podia intervir em qualquer processo, dando instruções vinculantes no caso concreto, modificando ou cassando a sentença proferida, ou ainda substituindo o juiz por comissões especialmente instituídas.

O poder avocatório dos monarcas absolutos aparece cristalizado nas Ordenações Filipinas, que assim dispunham: "Porém Nós poderemos mandar em todo caso per simples petição trazer perante Nós per nosso especial mandado qualquer feito, ainda que seja da Almotaceria, quando o houvermos per nosso serviço, porque assi foi usado pelos Reis, que ante Nós foram".¹⁵⁰

Mesmo após o advento do regime constitucional, e, portanto, da separação

¹⁴⁹ A respeito, ver Capítulo I.

¹⁵⁰ Livro III, Título V, § 10.

de Poderes, onde desaparece o poder do monarca de intervir em processos judiciais, a advocatória ressurgiu em Estados contemporâneos, passando a ser deferida ao Poder Judiciário. Carlos David S. Aarão Reis¹⁵¹ lembra que na antiga zona russa de ocupação da Alemanha, o Pleno do Tribunal Supremo podia, por meio de cassação, suprimir uma sentença com trânsito em julgado.

A respeito da ação advocatória, a par da opinião praticamente unânime dos juristas pátrios quanto à sua característica autoritária, a história demonstra que a tradição jurídica brasileira sempre repeliu o instituto em questão.¹⁵² Já na Constituição Imperial era prevista a garantia individual que consistia na impossibilidade do Supremo Tribunal de Justiça ou qualquer autoridade intervir na atuação dos demais órgãos judiciários: "Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou reviver os processos findos".¹⁵³

Sob este raciocínio, procurando explicar a razão da instituição da advocatória no sistema jurídico nacional, assevera Carlos David S. Aarão Reis: "Se já freqüentou o Direito Constitucional brasileiro, foi por obra de Emenda elaborada pelo Executivo, depois do fechamento do Congresso, motivado pela recusa deste em aprová-la".¹⁵⁴

Mesmo após a introdução da referida ação, verificou-se que a advocatória não surtiu os efeitos desejados pelos fautores da medida. As palavras do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Xavier de Albuquerque, ilustram bem os efeitos da alteração constitucional: "De apenas cinco advocatórias, somente uma foi deferida e desfechou modificação nos rumos da causa; duas outras foram denegadas pelo Tribunal e, das duas restantes, os próprios relatores se incumbiram de trancar liminarmente".¹⁵⁵

E, como referido em momento anterior, em evidente descompasso com a experiência vivida, tentou-se, infrutiferamente, reintroduzir a dita ação advocatória no

¹⁵¹ Op. cit., p. 191.

¹⁵² Excetuando-se a opinião de Hugo de Brito Machado, que com ressalvas, defende o instituto da advocatória: "A advocatória somente se justifica com a finalidade de evitar divergências jurisprudenciais lesivas à isonomia, e de contribuir para o melhor funcionamento do Judiciário, propiciando a prestação jurisdicional mais rápida" (op. cit., p. 36).

¹⁵³ Art. 179, XII, da Constituição de 1824.

¹⁵⁴ Op. cit. p. 191.

¹⁵⁵ DJU 31.03.81, p. 2.673.

sistema constitucional através de proposta de emenda à Constituição.¹⁵⁶

Retomando a polêmica respeitante às semelhanças entre os instrumentos de controle de constitucionalidade, através de um exame perfunctório, ressalta que em alguns dos seus aspectos as ações realmente parecem confluir para um ponto comum, bem como, algumas das críticas apontadas podem ser dirigidas para ambas.

Inicialmente, as próprias justificações das ações em comento convergem, dependendo do ponto de vista enfocado. Para alguns, cada ação em seu momento histórico, destinava-se a conferir segurança jurídica às relações sociais, uniformizando entendimentos judiciais divergentes; aí a convergência de opiniões. Por outro lado, se concebidas como instrumentos eminentemente políticos, ambas visariam conferir às leis e atos normativos a qualidade de tornarem-se imunes ao controle incidental de constitucionalidade.

Neste aspecto, Sacha Calmon Navarro Coelho demonstra a desnecessidade da reintrodução da advocatória no sistema jurídico pátrio, visto que já existem meios eficazes de controle de constitucionalidade, que se bem exercidos pelas pessoas legitimadas a proporem as ações diretas, propiciam uma rápida solução das questões constitucionais suscitadas.

Tomando-se como ponto de partida a promoção da segurança jurídica, as críticas daí decorrentes são lançadas tanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade como à ação advocatória. Neste sentido, a tendência contemporânea para uniformização e celeridade dos julgamentos judiciais é vista com certo receio, pois que não seria a melhor solução para a distribuição da justiça pelo Estado, representando, outrossim, certa dificuldade de setores da sociedade brasileira em conviver com o pluralismo de opiniões. Por esta linha de raciocínio, as divergências são inevitáveis e mesmo necessárias para o aperfeiçoamento do direito. E, desta forma, as ações enfocadas seriam concebidas como instrumentos postos à serviço desta tentativa de uniformidade.

De acordo com alguns, advocatória e Ação Declaratória de Constitucionalidade parecem relegar ao órgão de cúpula do Poder Judiciário a função de

¹⁵⁶ A proposta mantinha os termos com que foi concebida a advocatória, através da Emenda 7/77, com o acréscimo, apenas, do Advogado-Geral da União como titular para requerê-la.

dizer o direito, suprimindo a análise das questões jurídicas pelas instâncias inferiores, e gerando, por corolário, um estancamento do desenvolvimento do direito.

Sem prejuízo do que foi dito, convém assinalar que a advocatória desempenha este papel inibidor do aperfeiçoamento do direito com mais eficácia, pois que o seu processamento por muitas vezes impede que sejam proferidas decisões nas causas avocadas, não se limitando a suspender os efeitos das decisões já prolatadas neste caso. Visivelmente e de forma mais grave, dificulta a percepção das divergências jurisprudenciais ensejadoras da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Não obstante, antes de promover a segurança jurídica, os instrumentos de controle poderiam até mesmo provocar efeito diametralmente oposto, instalando a insegurança jurídica. Esta insegurança seria gerada em razão do receio que as pessoas teriam em promover demandas, mormente face a pessoas de Direito Público, pois a qualquer momento o Supremo Tribunal Federal poderia avocar a causa, e, no caso da Ação de Constitucionalidade, manifestar-se ao final pela sua procedência.

A questão, embora controversa, permite igualmente traçar alguns pontos diferenciadores dos instrumentos de controle analisados, e que certamente possibilitam esclarecer os efeitos e alcance de cada qual.

Talvez a maior distinção entre as ações seja a sua própria motivação, revelada nos requisitos para o ajuizamento de ambas. Enquanto na Ação Declaratória de Constitucionalidade devem ser demonstradas a instauração de controvérsia no judiciário sobre determinada matéria e a insegurança jurídica que isto provoca, tal como definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº1-1, os requisitos para a instauração da advocatória restringem-se a conjecturas a respeito de imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. Parece que no primeiro caso preponderam argumentos jurídicos, enquanto que no segundo caso são ressaltados argumentos políticos.

O entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, neste sentido, é expressado pela seguinte afirmação: "Por outro lado, a advocatória objeto de emenda do Governo, está marcada pelo estigma do regime totalitário e é utilizada para suspender "decisões jurídicas", à luz de "argumentos políticos", como os de grave lesão à ordem pública,

econômica ou financeira".¹⁵⁷

Além disto, no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade, releva não somente o fato de a sua motivação estar ligada a argumentos jurídicos, mas também o próprio julgamento do Supremo Tribunal Federal será à luz de tais argumentos, diversamente da advocatória, onde preponderam argumentos políticos.

Se por um lado a inovação introduzida pela Emenda nº 3/93 é vista como instrumento a favor dos interesses do Executivo, inibindo discussões acerca de questão de interesse para o governo federal, parece que esta crítica poderia ser dirigida à ação advocatória com muito mais propriedade. Na hipótese da primeira realmente ser utilizada para estes fins, ainda assim a questão constitucional suscitada há de ser decidida juridicamente, diversamente da advocatória, onde a solução é balizada ante argumentos concernentes ao perigo de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas.

Outra vantagem da Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre aquele pretendido pelo Governo Collor, consiste no fato de que a competência para apreciar a ação declaratória de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal, será originária e não decorrencial. A ação em questão integra o modo de controle direto ou concentrado, devendo o STF conhecer originariamente da questão. Não são suspensos os processos em trâmite em juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, em decorrência do perigo de grave lesão à ordem pública, econômica ou financeira, a exemplo do que ocorre com a advocatória.

Não resta ofendido, portanto, o princípio do juiz natural. Tal característica possivelmente faz diminuir, se não desaparecer, a pecha imputada a esta última, e bem traduzida no raciocínio de Sacha Calmon Navarro Coelho, no sentido de que "A advocatória caracteriza-se ato anti-democrático de intervenção jurisdicional em processo de alheia competência tramitando pelo método difuso".¹⁵⁸

Acrescente-se que, no caso do novo instrumento de controle de constitucionalidade, não haverá interferência direta nas decisões de primeira e segunda instância, com a suspensão de sua eficácia sem qualquer fundamento jurídico, mas decisão

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 119.

¹⁵⁸ Advocatória. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 193.

definitiva sobre a questão suscitada. Assim, somente após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação é que serão gerados efeitos, vinculando o Poder Judiciário. Diversamente, com a advocatória opera-se a imediata suspensão das decisões de instâncias inferiores, com fundamento unicamente político, como demonstrado, para somente após, o Supremo Tribunal dizer o direito.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade caberá às próprias instâncias inferiores, competentes para a causa, solucionar o caso concreto sem a interferência da Corte Suprema, devendo, logicamente, ser observada a decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Decorre disto, ainda, que neste caso não há qualquer ofensa à independência judicial, ao contrário do que poderia ocorrer com a advocatória. Os magistrados não têm sua competência despojada, suas decisões não são postas em dúvida e nem os efeitos destas são sustados. Nem mesmo é possível estimular a subserviência dos juízes, tal como ocorria no caso da advocatória, onde o Supremo Tribunal não podia instruir as causas avocadas, papel que incumbia então aos juízes, criando uma esdrúxula subordinação e uma inconcebível hierarquia judicial.

Muito embora semelhantes em suas feições, da análise dos argumentos expostos, verifica-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade não guarda total identidade com a advocatória, não podendo com esta ser confundida; parecendo sem dúvida melhor a opção pela primeira, embora merecesse alguns reparos.

Outra não é a conclusão de Hugo de Brito Machado, entendendo que "Em face dessas considerações, parece-nos que em lugar da advocatória, melhor seria atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar ação direta declaratória de constitucionalidade de lei ou qualquer outro ato do Poder Público, promovida pelo Advogado Geral da União".¹⁵⁹

¹⁵⁹ Idem.

3.5. Efeitos da decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Não é novidade nenhuma a existência de eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato. Com efeito, desde a Emenda Constitucional 16/65, o órgão de cúpula do Judiciário podia, outrora na representação de inconstitucionalidade e atualmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, proferir decisões com validade geral e força de lei, impedindo a reapreciação da matéria pelos órgãos do Poder Judiciário.

É cediço na jurisprudência e doutrina que nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade, o julgamento do Tribunal, seja para o efeito de declarar a validade ou não da lei face à Constituição, terá a qualidade de coisa julgada formal e material, sendo oponível a todos.

Contudo, discute-se a respeito dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato, sendo questionados quais os limites do efeito vinculante, suas semelhanças ou diferenças com a eficácia *erga omnes*, e se este (efeito vinculante) é peculiar à Ação Declaratória de Constitucionalidade, em razão da expressa menção existente no texto da Lei Magna,¹⁶⁰ ou se seria inerente ao controle de concentrado por qualquer das formas admitidas pela Constituição.¹⁶¹

Dando uma idéia do impasse gerado, afirma Hugo de Brito Machado: "No que diz respeito ao efeito vinculante, ou efeito normativo, quem não tinha dúvida passou a ter, e quem já estava em dúvida, teve esta aumentada, com o dispositivo da EC/3".¹⁶²

O efeito vinculante, introduzido pela Emenda 3/93, é nitidamente de procedência do direito alemão, estando próximo do modelo germânico disciplinado na Lei orgânica da Corte Constitucional daquele país.

¹⁶⁰ É o que dispõe o art. 102, § 2º.

¹⁶¹ Antes de mais nada, Hugo de Brito Machado (op. cit., p. 40) faz a ressalva de que nenhuma norma confere eficácia a qualquer ato jurídico. A norma só pode determinar a produção de efeitos no plano normativo, ou do dever ser. Eficácia é aptidão para produzir efeitos no plano concreto, no plano do ser.

¹⁶² Op. cit., p. 37.

E, se parece indicado socorrer-se da experiência tedesca para compreender o novo instituto, é correto afirmar que acolá, tal como aqui, suscitam-se divergências quanto aos limites objetivos do efeito vinculante. Segundo a orientação da própria Corte Constitucional alemã, o efeito vinculante configura-se instituto mais amplo do que a eficácia geral, tornando obrigatória não apenas a observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos fundamentos determinantes, que são os fundamentos decisivos para a obtenção do resultado consagrado na decisão.¹⁶³

Indo mais além, há quem afirme que o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, expostas na decisão mas que não configuram propriamente o mérito da causa. Outra corrente, negando tal interpretação, entende que não há qualquer distinção entre o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, sendo que ambos estariam limitados à parte dispositiva da decisão.

De forma semelhante, parcela da doutrina brasileira entende o efeito vinculante como instituto destinado a outorgar maior eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes. Segundo Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

"A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (*eficácia erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o *efeito vinculante*, que deflui dos *fundamentos determinantes* (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C".¹⁶⁴

Há, todavia, quem entenda, a exemplo do Min. Moreira Alves,¹⁶⁵ do

¹⁶³ Como conseqüência da vinculação aos fundamentos determinantes, há de ser observada não só a parte dispositiva da decisão, mas também os argumentos e motivos que a alicerçam. Como exemplo, pode ser citado o julgamento da ADC 1-1-DF pelo Supremo Tribunal Federal. Naquela ocasião, o Tribunal, ao apreciar a constitucionalidade da COFINS, se ateve à interpretação do princípio da anterioridade, que constituía um ponto de controvérsia acerca da questão; a disciplina conferida ao princípio em questão, segundo afirma o entendimento enfocado, deverá ser observada quanto a outros tributos componentes do sistema tributário nacional.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 10.

¹⁶⁵ Voto do Min. Moreira Alves na ADC 1-1-DF.

Supremo Tribunal Federal, que no caso brasileiro, em razão do Constituinte reformador referir-se à "decisão definitiva de mérito", o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à parte dispositiva da decisão, não alcançando os seus fundamentos determinantes.

Postas estas considerações, Sacha Calmon Navarro Coelho, chegando à conclusão de que as decisões proferidas em via de ação, por qualquer das formas, são dotadas também do efeito vinculante, expõe seu raciocínio: "O efeito geral só faz sentido se for obrigatório, i.é, *Vinculante*, para abranger outros poderes e a todos os juízes e tribunais à feição do "*Stare Decisis*" do Direito norte-americano e da "praxis" das Cortes Constitucionais européias".¹⁶⁶

Entende Ives Gandra da Silva Martins¹⁶⁷ que, embora a Constituição atribua expressamente efeito vinculante somente à Ação Declaratória de Constitucionalidade, há de se entender que tal é ínsito à Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois ambas ações têm a mesma natureza, constituindo-se igualmente em instrumentos de controle abstrato. Complementa o jurista em questão: "Com efeito, sempre que não provida, a ação direta de inconstitucionalidade implica uma declaração de constitucionalidade, tendo os efeitos desta e não daquela. Por outro lado, sempre que não provida uma ação declaratória de constitucionalidade, ganha ela contornos de ação direta de inconstitucionalidade, porque seus efeitos são idênticos àqueles de uma declaração de inconstitucionalidade".

Em sentido contrário, expõe Hugo de Brito Machado: "Como nada está dito relativamente às decisões proferidas nas ações declaratórias de inconstitucionalidade, pode-se agora sustentar que os aludidos efeitos não são a elas pertinentes".¹⁶⁸

Na mesma esteira de pensamento, Clayton Maranhão, utilizando-se dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, desfere: "em se tratando de via concentrada, o pronunciamento judicial que não acolhe a inconstitucionalidade, não faz coisa julgada, logo por argumento *a contrario* o pronunciamento improcedente da ação declaratória de constitucionalidade não poderia significar que a lei ou o ato normativo federal hostilizado

¹⁶⁶ Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. **Revista de Direito Tributário**. v. 65, Cadernos de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros. 1995, p. 44.

¹⁶⁷ Distinção entre suspensão de vigência e eficácia de norma inconstitucional e materialidade do direito suspenso em processo cautelar de ação direta de inconstitucionalidade com liminar concedida. **Revista de Processo**. v. 78, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 166.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 37.

seria inconstitucional, nem teria "efeito vinculante" neste sentido aos demais órgãos do Poder Judiciário, diante dos princípios de adequação do julgado ao pedido".¹⁶⁹

Clèmerson Merlin Clève sustenta que o efeito vinculante é instituto próprio da Ação Declaratória de Constitucionalidade, visando dotar a decisão da Suprema Corte de maior eficácia, assegurando força vinculatória não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos seus fundamentos determinantes. É do autor a afirmação: "Ora, a decisão na ação direta de constitucionalidade produz efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Judiciário e ao Poder Executivo, o que configura um *plus* em relação aos efeitos produzidos pela decisão na ação direta de inconstitucionalidade".¹⁷⁰

À conclusão, é de se afirmar que os institutos do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* têm disciplina diversa, e que, consoante as alterações promovidas no texto constitucional pela Emenda 3/93, pretendeu o Poder Reformador conferir a vinculação das decisões somente aos processos de Ação Declaratória de Constitucionalidade, não atribuindo idênticos efeitos à Ação Direta de Inconstitucionalidade.¹⁷¹

Com efeito, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal pode julgar constitucional uma questão posta à sua apreciação sob as vestes de Ação Direta de Inconstitucionalidade, à luz do que dispõe o Regimento Interno daquela Corte,¹⁷² e em consonância com a jurisprudência firmada, pode igualmente, ao julgar uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade da norma ou ato normativo. E, nesta hipótese, a decisão negativa terá exatamente os mesmos efeitos de uma decisão de procedência, com eficácia geral e efeito vinculante. Isto, aliás, foi expressamente fixado pelo Min. Moreira Alves, na questão de ordem suscitada no julgamento da ADC nº 1-1, nos termos que seguem: "Com efeito, sendo uma ação que visa

¹⁶⁹ Op. cit., p 113.

¹⁷⁰ Sobre a Ação Direta de Constitucionalidade. **Revista dos Tribunais**. v. 8, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 39.

¹⁷¹ Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 136) sugere que a eficácia geral e o efeito vinculante devem ser atributos das decisões de mérito proferidas no controle abstrato de normas, independentemente de se tratar de ação declaratória de constitucionalidade ou de ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁷² É a seguinte a redação do art. 173, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: "Efetuado o julgamento, com o "quorum" do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido de se tiverem manifestado seis Ministros".

diretamente à obtenção de declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional, é ela cabível exatamente para esse fim, embora, se julgada improcedente, essa decisão de improcedência implique a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo em causa".

Encerrada esta discussão, o efeito vinculante previsto nas decisões de mérito proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade, conforme estabeleceu a Emenda 3/93, é dirigido aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Referidos efeitos, dessarte, escapam aos atos editados pelo Poder Legislativo.¹⁷³

Por fim, questão não menos tormentosa consiste em saber se a decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade impede a reapreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, criando assim vinculação quanto à própria Corte.

Novamente aqui a experiência germânica aponta no sentido da impossibilidade de uma autovinculação do órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade. Segundo entendimento majoritário da doutrina alemã, com apoio da Corte Constitucional, tal vinculação contribuiria para estancamento do direito constitucional, além de obrigar o Tribunal a sustentar teses que considerasse superadas.

Esta parece ter sido a disciplina adotada pela Emenda Constitucional 3/93, pois fez constar expressamente que o efeito vinculante é aplicado "aos demais órgãos do Poder Judiciário", que não o próprio Supremo Tribunal, portanto.

No entanto, a reapreciação de questão já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade somente deverá ocorrer na hipótese de advir mudança no texto constitucional ou na situação fática que suscitou a ação, que tornem inconstitucional a norma antes considerada válida pela Corte Suprema. "Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Constitucional".¹⁷⁴

¹⁷³ Consoante assevera Clèmerson Merlin Clève (Sobre a Ação Direta de Constitucionalidade, op. cit., p. 47), "Não parece haver razão que justifique a discriminação".

¹⁷⁴ Bryde, citado por Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 129.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o assunto, bem como apontar soluções para as questões que se levantam acerca do tema, no decorrer do presente trabalho foi possível estudar a disciplina da Ação Declaratória de Constitucionalidade em cotejo com os inúmeros vícios de inconstitucionalidades que lhe são dirigidos, e daí compreender a temática que envolve a questão.

Verificou-se, antes de mais nada, que a Ação Declaratória de Constitucionalidade, instituída no ordenamento jurídico pátrio como uma nova modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, vem sofrendo forte oposição junto aos operadores jurídicos do país, que visualizam no novo instituto várias inconstitucionalidades.

Afora estas sérias críticas que lhe são dirigidas, a ação em questão é concebida por muitos como um retrocesso do ordenamento jurídico, assemelhando-se a institutos que já existiram no direito pátrio, hodiernamente abolidos. Outros, com a mesma convicção, entendem estar diante de instrumento político, afeito aos interesses do governo. Com efeito, razões para o advento e finalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade há para todos os gostos, sendo vista das mais diversas óticas.

Atendo-se ao objeto do trabalho, dirigido unicamente ao estudo da compatibilidade da Ação Declaratória em face da Constituição, para que a compreensão da temática envolvida se tornasse factível, fez-se necessário, inicialmente, examinar o controle de constitucionalidade sob uma perspectiva histórica, apontando seu surgimento e desenvolvimento, inclusive na história brasileira, de onde foi possível extrair elementos para o estudo do novo instrumento de fiscalização abstrata da constitucionalidade.

Logo a seguir, foram lançados conceitos operacionais acerca do controle de constitucionalidade, matéria imprescindível para entender-se a sistemática da Ação Declaratória de Constitucionalidade e perceber os argumentos que estão na base das questões suscitadas acerca da ação.

Ainda no segundo capítulo, através da abordagem relativa ao advento do

novo instrumento de controle de constitucionalidade, restaram identificadas e aclaradas as posições e críticas contrárias à nova atribuição do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Foi possível, igualmente, analisar os limites do Poder Derivado em confronto com a disciplina estatuídas pelas cláusulas pétreas e demais princípios implícitos, matéria de suma importância e mesmo preliminar ao estudo da Ação Declaratória de constitucionalidade.

Finalmente, no terceiro capítulo, onde foram questionadas as inconstitucionalidades apontadas à ação em questão, verificando-se a procedência ou não das críticas suscitadas, bem como postas em evidência as semelhanças e diferenças desta com a avocatória, e, ainda, observados os efeitos da decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pode-se chegar a uma conclusão quanto ao tema.

À conclusão, o novo instituto é perfeitamente patível com o sistema constitucional, pelo que não procedem os vícios imputados a esta ação por grande parcela da doutrina. Da análise dos argumentos pró e contra à Ação Declaratória de Constitucionalidade, sobreleva a constitucionalidade da medida, a qual resulta em um aperfeiçoamento natural e possível do sistema concentrado, ofertando a todos os jurisdicionados, de pronto, a solução para questões constitucionais que atormentam o país.

Ao invés de ofender disposições constitucionais e abolir princípios e garantias individuais, o novo instrumento de controle de constitucionalidade vem exatamente efetivar os postulados da supremacia constitucional, segurança jurídica, isonomia e celeridade processual.

É certo, contudo, que não obstante a declaração da constitucionalidade da inovação introduzida por intermédio da Emenda Constitucional nº 3/93 pelo Supremo Tribunal Federal, pondo termo à controvérsia suscitada acerca da própria Ação Declaratória, tal decisão não calou as vozes contrárias ao novo instituto, que persiste suscitando críticas e inquietude junto a vários segmentos da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José C. M. A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. **As Garantias do Cidadão na Justiça**. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ANSALDI, Alda M. B. C. Os limites objetivos da Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Repertório IOB de Jurisprudência - Tributário, Constitucional e Administrativo**. n. 10, pp. 182-184, maio 1995.
- ARRUDA, Alvim. Declaração concentrada de inconstitucionalidade, pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Processo**. ano 21, n. 81, pp. 127- 134, jan./mar. 1996.
- ATALIBA, Geraldo. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Processo**. ano 20, n. 78, pp. 07-08, abr./jun. 1995.
- _____. Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 4, pp. 172-175, 1993.
- BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Direito Público**. n. 4, pp. 34-43, abr./jun. 1968.
- BARRACHO, José A. de O. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BASTOS, Celso R. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Controle da Constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Público**. N. 67, pp. 64-72, jul./set. 1983.
- _____. Problemas da ação direta de inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**. Ano 3, n. 12, pp. 05-09, jul./set. 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. Inconstitucionalidade de preceito constitucional: Poder Constituinte Originário e Derivado - cláusula pétrea - preceito imodificável por Emenda. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 7, pp. 58-81, jul./set. 1994.
- BORGES, Souto M. Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 4, pp. 172-175, 1993.

BOTALLO, Eduardo. Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 4, pp. 172-175, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Brasília.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Sobre a Ação Direta de Constitucionalidade. **Revista dos Tribunais**. ano 2, n. 8, pp. 28-47, jul./set. 1994.

COELHO, Sacha C. N. Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. **Revista de Direito Tributário**. n. 65, pp. 42-47.

_____. Da impossibilidade jurídica de Ação Rescisória de decisão anterior à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. **Repertório IOB de Jurisprudência - Tributário, Constitucional e Administrativo**. n. 1, pp. 16-23, janeiro 1996.

_____. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

_____. Por uma justiça eficaz - controle de constitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 3, pp. 62-65, 1993.

_____. Avocatória. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 2, pp. 191-194, abr./jun. 1993.

CUNHA, Sérgio S. da. Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 4, pp. 172-175, 1993.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DERZI, Misabel. Emenda 3/93 (à Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 4, pp. 172-175, 1993.

- FERRARI, Regina M. M. N. Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Lei. Atos normativos municipais. **Revista dos Tribunais**. ano 3, n. 9, pp. 99-102, out./dez. 1994.
- FERRAZ, Sérgio. Declaração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 3, pp. 204-210, 1993.
- FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FERREIRA FILHO, Manoel G. Significação e alcance das "Cláusulas Pétreas". **Revista dos Tribunais**. ano 3, n. 13, pp. 05-10, out./dez. 1995.
- FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade inovação infeliz. **Revista dos Tribunais**. ano 1, n. 3, pp. 42-58, abr./jun. 1993.
- FILHO, Ubirajara C. O controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. ano 5, n. 17, pp. 223-241, out./dez. 1996.
- FISCHER, Octávio C. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista dos tribunais**. ano 3, n. 13, pp. 128-131, out./dez. 1995.
- FONSECA, Antonio C. L. da. Da declaração de inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**. ano 1, n. 2, pp. 05-18, jan./mar. 1993.
- FRIEDE, R. R. Ação direta de constitucionalidade e efeito vinculante previsto na Emenda Constitucional 3/93. **Revista dos Tribunais**. ano 1, n. 4, pp. 181-184, jul./set. 1993.
- GASPARINI, Diógenes. A dimensão da revisão constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 4, pp. 176-178, out./dez. 1993.
- GLÁUCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado. Noções de um poder constituinte não originário. O poder constituinte instituído. Poder constituinte de revisão ou reformador. O poder constituinte decorrente. **Revista dos Tribunais**. ano 3, n. 11, pp. 31-48, abr./jun. 1995.
- GUIMARÃES, José A. C. Constituinte e controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Público**. ano 19, n. 79, pp. 146-155, jul./set. 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João B. Machado. Coimbra: Armenio Amado
- LOBATO, Anderson C. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. **Revista dos Tribunais**. ano 2, n. 6, pp. 35-46, jan./mar. 1994.
- MACHADO, Hugo de B. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista dos Tribunais**. ano 82, v. 697, pp. 34-40, nov. 1993.
- MAGANO, Paulo B. Ação declaratória de inconstitucionalidade face ao Tribunal de

- Justiça. **Revista de Processo**. ano 19, n. 73, pp. 15-20, jan./mar. 1994.
- MARANHÃO, Clayton. Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 03/93. **Revista de Processo**. ano 18, n. 72, pp. 112-123, out./dez. 1993.
- MARINS, James. A desmoralizante Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Processo**. ano 18, n. 72, pp. 96-98, out./dez. 1993.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Impostos reais e a eficácia de medida liminar em ação direta de constitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 4, pp. 36-46, jan. 1996.
- _____. Distinção entre suspensão de vigência e eficácia de norma inconstitucional e materialidade do direito suspenso em processo cautelar de ação direta de inconstitucionalidade com liminar concedida. **Revista de Processo**. ano 20, n. 78, pp. 164-177, abr./jun. 1995.
- MARTINS, Ives G. da S., MENDES, Gilmar F. Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**. ano 1, n. 2, pp. 07-11, jan./mar. 1993.
- MELLO, Oswaldo A. B. de. **A teoria das Constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Buschatsky, 1980.
- MENDES, Gilmar F. Ação Declaratória de Constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93. **Revista dos Tribunais**. ano 1, n. 4, pp. 98-136, jul./set. 1993.
- _____. Kelsen e o Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. ano 2, n. 5, pp. 62-64, out./dez. 1993.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com emenda nº 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo I.
- NOGUEIRA, Paulo L. **Curso completo de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NOVELLI, Flávio B. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2.º, § 2.º, da EC 3/93. **Revista dos Tribunais**. ano 3, n. 13, pp. 18-50, out./dez. 1995.
- PIZARRO, Patrícia U. Interpretação constitucional. O método hermenêutico-concretizante. **Revista dos Tribunais**. ano 5, n. 17, pp. 78-97, out./dez. 1996.
- POLLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**. ano 4, n. 16, pp. 24-38, jul./set. 1996.

REIS, David S. A. A avocação de causas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 4, pp. 190-194, out./dez. 1993.

RUSCHEL, Ruy R. O poder constituinte e a revolução. **Revista dos Tribunais**. ano 1, n. 2, pp. 110-116, jan./mar. 1993.

SAITO, Patrícia. O controle jurisdicional de constitucionalidade de Lei Municipal contrária à Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**. ano 4, n. 16, pp. 178-206, jul./set. 1996.

SAMPAIO, Nelson de Souza, Inconstitucionalidade de emenda constitucional. **Revista de Direito Público**. n. 67, pp. 6 -19, jul./set. 1983.

SANCHES, Sidney. Aspectos processuais do controle da constitucionalidade. **Revista de Processo**. ano 20, n. 79, pp. 134-141, jul./set. 1995.

SANTOS, Moacyr A. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V. 1.

SILVA, José A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 1-1** - Distrito Federal. DJU 1 de 16.6.95, p. 18.213.

____. **ADIn 466-2** - Distrito Federal. D.J.U. 10/5/91.

____. **ADIMCA 1254** - Rio de Janeiro. DJU I de 19/09/97.

____. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. 15 de outubro de 1980. Brasília.

TEIXEIRA, Sálvio de F. Controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal. **Revista de Direito Público**. ano 7, n. 28, pp. 18-36, mar./abr. 1974.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Público**. n. 92, pp. 43-54, jul./set. 1983.

VILELA, Maristela B. Sobre a inconstitucionalidade das leis. **Revista dos Tribunais**. ano 4, n. 15, pp. 169-183, abr./jun. 1996.

WALD, Arnaldo. Alguns aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Processo**. ano 19, n. 76, pp. 07-19, out./dez. 1994.