

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL
DE INCONSTITUCIONALIDADE

Adailson Lima e Silva

Belo Horizonte
2008

Adailson Lima e Silva

**AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL
DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira

Belo Horizonte
2008

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586a Silva, Adailson Lima e
 Ação declaratória incidental de inconstitucionalidade /
Adailson Lima e Silva.
 Belo Horizonte, 2008.
 188f.

 Orientador: José Marcos Rodrigues Vieira
 Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, Programa de Pós-Graduação em Educação.
 Bibliografia.

Marcos 1. Inconstitucionalidade. 2. Ação declaratória. I. Vieira, José
 Rodrigues. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.922.6

Adailson Lima e Silva

Ação declaratória incidental de inconstitucionalidade.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual.

Belo Horizonte, 2008.

Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira (Orientador) – PUC Minas

Nota_____

Comentários_____

Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – PUC Minas

Nota_____

Comentários_____

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior – PUC Minas

Nota_____

Comentários_____

Prof. Dr.

Nota_____

Comentários_____

Prof. Dr.

Nota_____

Comentários_____

*A meus pais, **ADILSON e ALDAIR**, pelo exemplo de vida e trabalho, como também pela concessão do aconchego e apoio para redação desta tese.*

*Às minhas filhas **NAIARA E SAMARA**, pelas horas de convívio furtadas na abnegação das pesquisas.*

*À minha esposa **JAQUELINE**, aos meus irmãos **ADENILSON, CELINA e DEIBER**, meu cunhado **EMÉRSON** e meu dileto sobrinho **EMERSON AUGUSTO**.*

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos e encômios ao Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira, amigo particular e orientador, nesta empreitada, a quem considero um dos maiores processualistas do Brasil.

Aos Professores Doutores José Marcos Rodrigues Vieira, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Rosemiro Pereira Leal, baluartes da docência na PUC-MG.

Com toda consideração, a meus alunos da UEMG, Campus de Ituiutaba (MG), que me brindaram com a honraria de ser nome de suas turmas, quando de sua formatura, quais sejam:

a) Bacharéis da Turma, Direito Noturno o ano de 2002, pelo equívoco;

b) Bacharéis da Turma Direito Noturna do ano de 2004, pela insistência;

c) Bacharéis das Turmas Direito Diurno e Direito Noturno do ano de 2005, pela inesquecível despedida. Minha gratidão e perene amizade.

RESUMO

SILVA, Adailson Lima e. **Ação Declaratória Incidental de Inconstitucionalidade**. 2008. 86 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

Este estudo propõe-se a demonstrar a deficiência de tratamento processual entre o controle de constitucionalidade concentrado, com titularidade específica e ações diretas, e igual tratamento ao controle de constitucionalidade difuso, com titularidade atribuída a qualquer cidadão brasileiro. No transcorrer do trabalho, notamos a existência de lacuna processual em prejuízo do acesso do cidadão ao controle de constitucionalidade difuso, em contrapartida à possibilidade gigantesca de atuação do Estado, no controle de constitucionalidade concentrado. Para superar o paradoxo, propomos a adoção da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, com o propósito de igualar o acesso do cidadão, no controle difuso, aos mesmos patamares do Estado, no controle de constitucionalidade concentrado.

Palavras-chave: Ação declaratória; Inconstitucionalidade; Declaração incidental; Controle de constitucionalidade difuso.

ABSTRACT

SILVA, Adailson Lima e. **Ação Declaratória Incidental de Inconstitucionalidade**. 2008. 86 f. Thesis (Doctoral) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

This study proposes to demonstrate the deficiency of the procedure treatment between the concentrated control of the constitutionality, with specific title and direct actions and equal treatment to the diffuse control of the constitutionality with title attributed to any Brazilian citizens. In elapsing of the work, there is procedure that verifies omissions to access of the Brazilian citizens to find the diffuse control of the constitutionality, whereas the State has great possibility inside this system in the concentrated control of constitutionality. To overcome the paradox, we are proposing the adoption of the incidental declaratory action of the unconstitutionality with the purpose of equaling the citizen's access in the diffuse control to the same level of the State in ht e concentrated control of the constitutionality.

Key words: Incidental Declaratory Action. Unconstitutionality. Incidental Declaration Diffuse Control of Contitutionality.

SUMÁRIO

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	8
2 AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE	50
3 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	80

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade não teve desde os primórdios o formato que tem hoje, tendo se desenvolvido mediante o pensamento jurídico iniciado na Grécia e aperfeiçoado conforme o sistema de controle de constitucionalidade empregado em cada Estado.

Sem o propósito de sermos exaustivos quanto à matéria, tema que não se enquadra neste trabalho, abordaremos este tópico com o propósito de dar validade científica ao nosso raciocínio jurídico, tão-somente, sem outras pretensões.

Parte da doutrina sustenta que o controle de constitucionalidade surgiu na Grécia Antiga, onde existiam os “nómoi” – com características de leis ordinárias, ditadas pela minoria da sociedade, porém detentores do status de cidadão – e os “pséfisma”, equivalentes ao decreto moderno, ditados por assembleias de populares, portanto pela maioria da população, porém não detentores de qualquer qualidade que denotasse ascensão social.

Ocorre que os “pséfisma”, ditados pela maioria da população, deveriam adaptar-se, quanto ao seu conteúdo, aos “nómoi”, ditados pela minoria, porém detentora de privilégio de casta, naquela sociedade.

Surge assim, segundo pensamos, muito embora de forma maculada e contrária ao que se pretende obter hoje, o embrião daquilo que se transformaria, com o passar dos tempos, no controle de constitucionalidade, marca característica do Estado Democrático de Direito.

Confirmando nosso posicionamento, Mauro Cappelletti, no seu *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, leciona:

“Distingua-se, no Direito ateniense, entre o nómos, isto é, a lei em sentido estrito, e o pséfisma, ou seja, para usar um termo moderno, o decreto. Na realidade, os nómoi, ou seja, as leis tinham um caráter que, sob certos aspectos, poderia se aproximar das modernas leis constitucionais, e isto não somente porque diziam respeito à organização do Estado, mas ainda porque modificações das leis (nómoi) vigentes não podiam ser feitas a não ser através de um procedimento especial, com características que, sem dúvida, podem trazer à mente do jurista contemporâneo o procedimento de revisão constitucional”. (CAPPELLETTI, 1992, p.49).

Já para Raúl Bertelsen Repetto, o marco do controle de constitucionalidade foi a atividade desenvolvida em Roma Antiga, devido ao fato de que, com o passar do tempo, a leis cominciais e os pleblicistas tiveram de adaptar-se às “constituições imperiais”, que eram

ordens emanadas diretamente do príncipe. O mencionado tratadista, em sua obra *Control de constitucionalidad*, esclarece que

“Estas diversas clases de normas dadas directamente por el príncipe reciben el nombre de constituciones imperiales. Si quizás en un primer momento se consideró que tales normas tenían un valor similar al derecho honorário y no alteraban el ius, no se tardó em admitir que valian como si fueram leyes [...]”. (REPETTO, 1969, p.42).

E conclui:

“Esta fue la fuente del nuevo derecho imperial (*ius novum*), que había de desplazar la fuerza creadora de todas las demás fuentes tradicionales. Ya a fines de la época clásica las constituciones imperiales se han convertido en la única fuente viva del derecho público y privado, com valor de leyes generales”. (REPETTO, 1969, p.42).

Cabe mencionar também Santo Tomás de Aquino, manifestando-se sobre o que considerou a influência do naturalismo para o surgimento do controle de constitucionalidade, tendo por fundamento a lei divina, com palavras que merecem nossa reflexão. O mencionado religioso e filósofo lecionou, como se lê na *Suma Teológica* (1956), como se segue:

“Los principios de la ley humana se derivan de la ley natural, esta es la participación de la ley eterna en la criatura racional; para determinar los preceptos de la ley humana, la razón práctica se basa en preceptos de la ley natural tomándolos como principios generales”.

Themístocles Brandão Cavalcanti (1968, p.48), a seu tempo, no compêndio *Do controle da constitucionalidade*, entende que a origem do controle de constitucionalidade está na Inglaterra, leciona: “Embora não seja princípio pacífico na doutrina inglesa, o certo é que, já no século XVII, se proclamava a supremacia absoluta da *Common Law* mesmo sobre a legislação”.

Alfredo Buzaid (1958), na obra “Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro”, entende que o nascimento do controle de constitucionalidade ocorreu no Direito português, quando o legislador percebeu a possibilidade de existências de contradições entre o ordenamento Filipino e as leis das comarcas, sendo que neste caso o fato deveria ser comunicado ao Corregedor.

Só duzentos anos mais tarde viria a ocorrer o que a doutrina entende como primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade, de que se tem notícia, nos Estados Unidos da América.

O elogiado processual-constitucionalista brasileiro exorta suas considerações, nestes termos:

“Os juristas portugueses dos primórdios do século XVII também tiveram uma clara compreensão desse problema. Ocorrendo antagonismo entre uma ordenação do Reino e uma lei municipal, cabia ao Corregedor das comarcas decretar a nulidade desta a fim de salvar a autoridade daquela”. (BUZAID, 1958, p.17).

Acrescentando depois: “A idéia de atribuir ao Poder Judiciário a competência para negar aplicação às leis, consideradas inconstitucionais, é, segundo a doutrina dominante, uma criação original do direito público norte-americano.” (BUZAID, 1958, p.19).

Sobre o célebre caso *Marbury x Madison*, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2005), na obra *Pós-modernismo jurídico*, assevera tratar-se na verdade de caso político, no qual o juiz Marshall, por possuir a mesma ideologia política de Marbury e do presidente Adams, por sinal autoridade constituída que efetivou sua nomeação, logicamente contrário a idéias de Jefferson, presidente que denegara sua posse, seria em tese suspeito para proferir o célebre julgamento. Sem olvidar que o Estado Americano fora revel na demanda.

A lição do mencionado estudioso tem este conteúdo:

“John Adams nomeou vários juízes com os quais seu partido compartilhava da mesma orientação ideológica [...] Enquanto Marbury se preparava para a posse e o exercício do cargo, Thomas Jefferson foi eleito presidente e decidiu não empossar os juízes nomeados por John Adams, que era seu antagonista político. Marbury vê-se prejudicado pela decisão e ajuíza ação na Suprema Corte, com o objetivo de garantir a posse e o exercício. O juiz presidente da Suprema Corte era John Marshall, também opositor de Jefferson. Recebido o pedido, ordenou-se a citação de James Madison, que na qualidade de secretário de Estado de Jefferson deveria apresentar defesa em nome do presidente. Madison não contestou a ação”. (GODOY, 2005, p.150).

Dimana de tudo que foi exposto, que cronologicamente o primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade, mesmo que de forma incipiente, não foi o que ocorreu nos Estados Unidos da América.

Percebemos que o antecedente grego, segundo pensamos, trata-se, ao lado da visão de Santo Tomás de Aquino e do precedente inglês, do germen do controle de constitucionalidade material.

A manifestação romana, ao tempo de atribuir competência legislativa, apenas aos comandos emanados das “constituições imperiais”, assemelha-se à inconstitucionalidade formal por incompetência legislativa.

Por fim, o modelo americano está a indicar o primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade judicial, pelo método difuso.

A norma representa a disciplina jurídica do comportamento de um povo, em determinado território, ligado a um governo central, através da qual se disciplinam as múltiplas relações jurídicas existentes, entre as pessoas em geral, e entre estas e o Estado, impondo, quando necessária, a adequada sanção.

Digna de menção é a definição de Kelsen (1986, p.153), na obra *Teoria geral da norma*, quando esclarece: “O objeto das normas, quer dizer, aquilo que as normas prescrevem é uma conduta humana definida” [...]. E conclui: “exprimem-se com o ‘dever-ser’ as três funções normativas de imposição, autorização e permissão”.

A norma constitucional produz efeito jurídico depois de sua promulgação, salvo se fixado prazo especial de “vacatio legis” ou se estas estiverem inseridas na categoria das normas constitucionais de eficácia contida, que são aquelas cuja eficácia está condicionada à disciplina da matéria por lei ordinária.

Esclarece José Afonso da Silva (1998, p.52):

“Vigência, aqui, é tomada no seu sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada [...] [e termina:] A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta, tratando-se de norma constitucional, não raro, dependa de outras normas integrativas”.

O grande problema da norma constitucional, no caso que pretendemos estudar nesta oportunidade, é a inexistência de institutos processuais capazes de forçar o seu cumprimento em caso de recalcitrância de quem deveria cumpri-la de forma espontânea, no caso de lide constitucional.

Lide constitucional que deve ser resolvida, no exemplo de que tratamos, mediante o controle de constitucionalidade difuso, isso porque não é fixada a titularidade processual ativa para o cidadão comum em ação constitucional específica, em sede de controle de constitucionalidade brasileiro.

Em se tratando de lei ordinária, sua vigência se inicia a partir da sua publicação. Merecem menção as circunstâncias especiais segundo as quais sua vigência pode ser fixada com nascedouro em prazo certo e determinado posterior á publicação ou ainda aquele caso no qual o início da vigência não é especificado, situação em que deverão ser observadas as regras constantes do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece que sua vigência ocorrerá no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias a partir de sua publicação.

Deve ser relacionada a doutrina de Vicente Ráo (1991, p.283) quando esclarece:

“Sancionada, promulgada e publicada pelo poder executivo, a lei começa a produzir efeitos obrigatórios no dia por ela indicado, ou, na falta de indicação, ou de disposição especial de lei outra que lhe marque o início da vigência, findo o prazo estabelecido pelos preceitos de ordem geral que regem a matéria”.

A lei ordinária deixa de produzir efeito concreto, com sua revogação pelo poder competente, pelo fim de sua vigência se esta foi fixada por prazo certo, como é o exemplo da lei temporária cuja vigência é limitada a 90 (noventa dias) ou ainda o caso da lei cujo prazo de vigência está ligado a fato específico, como no caso da lei que tem sua duração ligada à realização de uma obra.

Interessa de perto ao nosso estudo, o caso da lei ordinária que apesar de vigente (pertencente ao ordenamento jurídico) deixa de ser aplicada, ou seja, torna-se ineficaz (deixa de produzir efeito).

Como ocorre naqueles casos que decorrem da declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorre nos casos de procedência de pedido em ação direta de inconstitucionalidade de lei ordinária ou ato normativo (art. 102 da Constituição de 1988) frente à Constituição Federal.

Também é a hipótese de declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos equivalentes estaduais ou municipais, frente à Constituição Estadual, na chamada ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual, prevista no art. 125 § 2º da Constituição Federal, cujo julgamento no Estado de Minas Gerais é afeto ao Tribunal de Justiça, conforme art. 106, Inciso I, alínea “h” da Constituição Estadual.

Nesses casos a coisa julgada terá efeitos “erga-omnes”, fugindo dos critérios romanísticos tradicionais ditados pelo art. 468 do Código de Processo Civil.

Há ainda os casos ligados à declaração de ineficácia da norma ordinária, via pronunciamento do Senado Federal, com fundamento no art. 52, Inciso X da Constituição Federal, depois da declaração de inconstitucionalidade de lei ordinária ou ato normativo equivalente, pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-se do método difuso, na modalidade de controle incidental.

No Estado de Minas Gerais, no caso de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei estadual, como também de atos normativos equivalentes àquela, frente à Constituição Estadual, por decisão definitiva do Tribunal de Justiça, será a eficácia suspensa por ato da Assembléia Legislativa, conforme dicção do art. 62, Inciso XXIX da Constituição do Estado de Minas Gerais.

A sutileza não passou despercebida ao doutrinador Dircêo Torrecillas Ramos (1994, p.97), quando esclarece:

“Declarada a inconstitucionalidade, por decisão definitiva, no todo ou em parte, de norma legal ou ato normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, no controle incidental, este comunicará o teor ao Senado Federal para suspensão da execução, conforme disposto no art. 52, X da Constituição Federal de 1988”.

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido da desnecessidade de suspensão pelo Senado, no caso de declaração de inconstitucionalidade em tese, via de ação direta de inconstitucionalidade de lei federal, devido aos efeitos “erga omnes” e imediatos desta. Conforme se nota do julgamento do RE 191.890-0/PR e RE 196.430-8/RS, cujo Relator, em ambos os casos foi o Ministro Sepúlveda Pertence.

Importante notar que também se trata de evidente caso de ineficácia particular de lei ordinária, aquele restrito ao caso concreto e às partes jungidas à relação processual, na qual ocorre a procedência do pedido de exceção de inconstitucionalidade, no exercício do modelo difuso, quando o julgador deixa de aplicar, exclusivamente àquele caso em si, a norma ordinária tida como inconstitucional, aplicando-a aos demais casos nos quais não foi levantada a mencionada exceção.

Quanto ao efeito da declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso via de exceção, leciona Ronaldo Poletti (1997, p.201): “Hoje é pacífico na doutrina e na jurisprudência que qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo, pode examinar a constitucionalidade de lei e, portanto, declará-la inconstitucional, ao fito de afastá-la de aplicação a um caso concreto”.

O ordenamento jurídico subdivide-se em várias facetas, podendo-se falar em dois grupos distintos: as normas constitucionais e as normas ordinárias.

A norma constitucional representa um regime social, político, econômico e jurídico.

A norma constitucional trata da organização do Estado e suas relações com os cidadãos que lhe são vinculados, da aquisição e transferência do poder. Consideram-se constitucional independentemente do conteúdo todas as normas que estão no bojo de uma Carta Constitucional.

O doutrinador Alejandro Ghigliani (1952, p.1), esclarece:

“[...] Dentro de un orden jurídico en que pueden distinguirse dos categorías de normas positivas: Unas de jerarquía superior, las llamadas ‘normas constitucionales’ que instituyen los órganos creadores del derecho con su respectiva competencia, establecen las reglas básicas que rigen el funcionamiento del Estado y reconocen, a la vez, derechos esenciales de los individuos.[...] Otras, de jerarquía inferior, las ‘normas ordinarias’, que actuando dentro de su respectiva competencia producen los órganos creados”.

As normas constitucionais possuem o condão de indicar o procedimento a ser observado e a competência legislativa para produção da norma ordinária.

Discorre sobre a matéria Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p.196): “No texto em vigor, a elaboração legislativa é regulada em seção especial (Tít. IV, Cap. I, Seção VIII, intitulada “Do processo legislativo” [...] Continua:

“Em face da Constituição, cumpre distinguir, quanto ao poder de iniciativa, o que é geral do que é reservado. A Lei Magna de 1988 consagra a iniciativa popular (art. 61). Reserva, todavia, a Constituição a iniciativa em certas matérias a titular determinado”.

A norma constitucional giza o conteúdo e a finalidade a que se destina a norma ordinária vigente em um Estado Democrático de Direito.

Ratifica nosso entendimento Ferdinand Lassalle (2000, p.9), quando leciona:

“Que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental -, o verdadeiro fundamento das outras leis, isto é, a lei fundamental, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma. A lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar-se através das leis comuns do país”.

A discrepância entre a norma constitucional e a norma ordinária leva à inconstitucionalidade desta, com sua perda de eficácia. Preleciona Raúl Repetto (1969, p.20): “La actividad legislativa para ser válida, constitucional, debe realizarse sin infringir los preceptos constitucionales”.

A lei ordinária é aquela que disciplina as relações entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas com o propósito de tentar manter a existência do Estado, ao tempo que promove a consecução de seus objetivos, atrelados que são a conteúdos ideológicos, econômicos, financeiros e jurídicos de um grupo organizado que detém o poder, mantendo-os em situação de comando, enquanto for possível.

Discorrendo sobre o conteúdo da lei é digno de reflexão o escólio de Carlos de Cabo Martin (2000, p.47), quando doutrina: “La generalidad es aquella cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatários están genericamente determinados, y las conductas a las que se aplica, abstractamente consideradas”

Fala-se, então, em normas de direito material, que são aquelas que disciplinam as relações das pessoas físicas entre si, com as pessoas jurídicas privadas ou públicas, envolvendo bens e direitos, concretos ou abstratos, sendo possível falar-se em direito civil, direito penal, direito tributário.

As normas de direito processual, que são aquelas que regulam o trâmite do fluxo do processo e a atuação de seus sujeitos e da jurisdição. Digno de menção é o ensinamento de Humberto Cuenca (1976, p.288): “Las normas procesales regulan la conducta y la actividad del juez, de las partes y demas sujetos intervinientes en el proceso [e termina esclarecendo] “las normas materiales senalan los bienes morales y econômicos de la vida”.

A classificação das normas constitucionais não é unânime variando conforme a opção ideológica do estudioso na matéria. Em Portugal, Jorge Miranda (1988, p.217) as classifica em preceptivas e programáticas, com estes vocábulos:

“Preceptivas as de eficácia imediata ou pelo menos, de eficácia não dependente de condições institucionais ou de facto [...] [continua:] e programáticas aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica, mas também das estruturas sociais”.

No Brasil, José Afonso da Silva (1998, p.261), as classifica em:

“a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata;
b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição;
c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que, por seu lado, compreendem dois grupos: c.1) normas de eficácia limitada, definidora de princípio institutivo [...]; c.2) normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático”.

A interpretação das normas constitucionais faz-se com base em princípios que lhes guiam a aplicação, de sorte que varia a interpretação da norma constitucional, conforme a orientação constitucional que se segue, pois a interpretação que se dá à norma constitucional no Estado liberal, não é a mesma que se dá àquela no Estado social e muito menos no Estado democrático de direito.

Dentre os princípios de maior expressividade no tratamento da matéria, merecem ser mencionados o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual todas as normas ordinárias deverão adaptar-se à norma constitucional que é seu fundamento de validade, surgindo de sua aplicação a doutrina da inconstitucionalidade das leis e atos normativos em geral.

Tal posicionamento é confirmado pela doutrina clássica de Vicente Ráo (1991, p.266):

“Sob o segundo aspecto, a classificação hierárquica se baseia na conformidade das normas inferiores às de categoria superior e esta conformidade de traduz em dois princípios fundamentais: o da constitucionalidade e o da legalidade.[...] No grau mais elevado da hierarquia, encontra-se a Constituição, à qual todas as demais normas se devem adaptar”.

O princípio da presunção de constitucionalidade da lei parte do pressuposto, nem sempre válido, de que se a lei foi submetida à apreciação das comissões de Constituição e Justiça, existentes no Congresso Nacional, e foi regularmente sancionada, presumivelmente tratar-se-á de lei constitucional.

É o pensamento de Themístocles Cavalcanti (1968, p.85): “Assim, o Legislativo tem o monopólio da política legislativa e o Executivo das decisões e atos administrativos. A presunção, portanto, é de que os atos por eles praticados estejam de conformidade com a Constituição”.

O princípio da unidade material das normas constitucionais retrata a situação de que a interpretação das normas constitucionais deverá ser feita com relação à Constituição como um todo harmônico e não a partir de um artigo de forma isolada.

Ratificando nossa concepção, Encarnación Pageo (1990, p.370): “Los preceptos constitucionales no pueden ser interpretados aisladamente y desde si mismos, sino siempre en relación com otros preceptos y com la unidad de la propia Constitución en la que están articulados”.

Acrescentamos aos princípios indicados pela doutrina clássica o princípio da proporcionalidade, que se trata de princípio caracterizador do Estado constitucional de terceira geração, o Estado democrático de direito, e segundo pensamos, está implicitamente inserto na Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 1º, e pode ser conceituado como aquele mediante o qual se verifica a compatibilidade entre os objetivos da lei ordinária e a finalidade da Constituição, promovendo a vigência de direitos fundamentais e a prevalência dos princípios constitucionais absolutos, explícitos e sensíveis, frente a eventual excesso ou desvio de poder do legislador ordinário.

É mister trazer à colação a lição abalizada de Paulo Bonavides (1997, p.57):

“Fica erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia estar investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade”.

A doutrina brasileira possui duas correntes distintas, com pertinência à interpretação das normas constitucionais. A primeira corrente, que se denomina corrente axiológica, sustenta que na interpretação das normas constitucionais os princípios deverão ser tidos como valores, e em caso de colisão de princípios constitucionais, estes deverão ser conciliados, ponderando-se o de maior peso.

São arautos desta doutrina Peter Haberle e Robert Alexy, este (1997, p.89) com sua *Teoria dos direitos fundamentais*, em que patenteia: “La colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.

Pertencem a esta corrente no Brasil, entre outros, Paulo Bonavides, com seu *Curso de Direito constitucional*; Gilmar Ferreira Mendes, com posicionamento exortado na obra *Jurisdição constitucional*; Wilis Santiago Guerra Filho, no compêndio *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*.

A outra corrente, cognominada de corrente deontológica, afirma que ao se realizar a interpretação constitucional, princípios são normas e deverão ser aplicados de forma peremptória.

São expoentes desta doutrina Juergen Habermas, com sua obra *Faticidade e validade*; também Ronald Dworkin (2003), com posicionamento tornado público na obra *O império do direito*, quando pontifica:

“As pessoas dizem que os juízes conservadores obedecem a Constituição, ao passo que os liberais tentam reformá-la segundo suas próprias convicções [...] [e termina:] Os juízes considerados liberais e os chamados conservadores estão de acordo quanto às palavras que formam a Constituição enquanto texto pré-interpretativo. [...] Divergem sobre o que é Constituição enquanto direito pós-interpretativo, sobre as normas que mobilizam para avaliar os atos públicos”.

No Brasil são seguidores desta corrente, dentre outros, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias em sua festejada *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*; José Afonso da Silva, no compêndio *Curso de direito constitucional positivo*; José Alfredo Baracho Júnior, na obra *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*; Marcelo Cattoni, com seu *Direito Constitucional*.

Com base na evolução hermenêutica do direito constitucional positivo e na subsunção dos fatos a ele, parte da doutrina sustenta a existência de meios informais de modificação da Constituição, que normalmente marcam a passagem de um modelo constitucional para outro, em um determinado Estado, em dado momento histórico.

A aguda situação doutrinária foi percebida por Otto Bachof (1994, p.60), quando esclareceu:

“Em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora”.

A Constituição é a lei que organiza o Estado e suas instituições, disciplina a forma de aquisição, permanência e transferência do poder, demarca os direitos fundamentais de um povo e suas garantias, bem como outras matérias que representam uma ideologia política e a perenização de direitos individuais.¹

Digno de menção é o conceito jurídico de Constituição apresentado por Jorge Miranda (1988, p.7): “é a institucionalização jurídica do poder”.

A constituição é caracterizada pela circunstância peculiar de identificar um Estado, sua forma de governo, suas opções políticas, sociais e jurídicas e as cláusulas de direitos fundamentais concedidas e asseguradas a seu povo.

Resulta daí a variedade de classificações de Constituição. Assim, a classificação em rígidas, flexíveis e semi-rígidas. Nas primeiras a forma de modificação de seu texto sujeita-se a procedimento especial, já nas segundas a forma de modificação do texto constitucional é a mesma que se dá com as leis ordinárias. Já nas últimas há uma parte rígida e outra flexível.

Confirma nosso pensamento, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p.48), quando se posiciona sobre o tema:

“No sistema das constituições rígidas, a Constituição é a autoridade mais alta, e derivante de um poder superior à legislatura [...] [E continua, falando agora sobre as constituições flexíveis:] nenhuma distinção faz entre lei constitucional e lei ordinária e as últimas (semi-rígidas), possuem uma parte flexível e outra rígida”.

Existem também as Constituições outorgadas e as Constituições democráticas, sendo que as primeiras são impostas por um grupo dominante, na maioria das vezes utilizando-se do poder das armas, e as últimas objeto de assembléia nacional constituinte advinda de eleições livres, servindo-se do poder do voto. Confirma o posicionamento, José Afonso da Silva (1990, p.46), quando patenteia:

“São populares (ou democráticas) as constituições que se originam de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos para o fim de as elaborar [...] [concluindo:] Outorgadas são as elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo”.

¹ Neste contexto, José Afonso da Silva (1990).

Interessa-nos também a variação entre Constituição material, que diz respeito às normas que aludem à estruturação do Estado, disciplinam o poder e os direitos fundamentais, e Constituição formal, que abrange as demais normas que integram a Constituição.

Ratifica nosso entendimento a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes (1990, p.4), quando esclarece: “Vê-se, assim, que a regra que disciplina a criação das normas essenciais do Estado, organiza os entes estatais e consagra o procedimento legislativo forma a Constituição, no sentido estrito do termo”.

Ao lado dessa idéia de Constituição material, cogita-se, igualmente, de uma Constituição formal, entendida aqui como conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão.

A inconstitucionalidade é a inadequação da lei ordinária ao modo de sua produção e à competência para sua iniciativa, ou à finalidade determinada pela lei constitucional. É também inconstitucionalidade a divergência entre o texto da lei constitucional e o da lei ordinária e ainda a inércia do legislador em atuar para produção tempestiva da lei ordinária.

Merece atenção o conceito sucinto de Alfredo Buzaid (1958, p.43)²: “Diz-se que uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição”.

Fala-se em vários tipos de inconstitucionalidade, conforme o pensamento constitucional que se adote como base de estudo, podendo-se, assim, falar em quatro tipos de inconstitucionalidade.

No modelo inglês, trata-se de mera oposição ao espírito da Constituição, já que naquela Carta Constitucional as normas constitucionais possuem o mesmo patamar das normas ordinárias. Conforme a doutrina de Raúl Bertelsen Repetto (1969, p.60): “Como son los tribunales los encargados de aplicar el common law, los jueces debían según Lord Coke dar preferencia a éste sobre los preceptos dictados por el Parlamento; es decir, el common law sería superior al derecho legislado”.

Há o modelo de inconstitucionalidade francês, que trata a teoria da inconstitucionalidade como a contrariedade à competência para iniciativa da elaboração da lei e a inobservância da forma adequada para produção legislativa segundo a norma constitucional vigente a este tempo.

² No mesmo sentido, o conceito de Lúcio Bittencourt (1968, p.53).

Mencione-se o escólio de José Afonso da Silva (1990, p.46):

“Inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos: a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição [...]”.

A inconstitucionalidade segundo o modelo norte-americano é a divergência entre o texto da lei ordinária e o texto da norma constitucional que lhe serve de fundamento de validade.

É o que se deduz da lição de Alejandro E. Ghigliani (1952, p.37), com estas considerações:

“La duda fué totalmente despejada anos después en dos célebres sentencias del alto tribunal. En la primera declaró que el poder de revisión de las leyes del Congreso para declararlas nulas si no se conforman con la Constitución es esencialmente judicial”.

Peculiar é o tipo de inconstitucionalidade acrescido à hermenêutica constitucional pelo modelo alemão, que entende por inconstitucionalidade a falta de convergência entre a finalidade da lei ordinária e os objetivos traçados para o Estado pela Carta Constitucional.

Conforme doutrina de Gilmar Ferreira Mendes (1990, p.38-39), com estas considerações:

“Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a exigibilidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo. [E termina:] O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit)”.

Inconstitucionalidade material é a clássica disparidade, a inadequação da lei ordinária ao texto da lei constitucional; a seu tempo, a inconstitucionalidade formal é a desobediência ao procedimento de produção da lei ou à competência legislativa ditada para sua edição na Carta Constitucional.

Como patenteia Alejandro Ghigliani (1952, p.69):

“Si el vicio es extrínseco – irregularidad en el procedimiento de producción del acto por el órgano competente – la inconstitucionalidad es formal, como ya hemos dicho anteriormente; si, en cambio, el vicio está en el contenido mismo del acto, la inconstitucionalidad es sustancial o material”.

Interessante notar que a sanção do executivo não convalida³ a inconstitucionalidade formal que vicia a lei, seja advinda de incompetência legislativa para iniciativa legal ou proveniente de vício no procedimento legislativo indicado para sua produção, pois a lei que surge inconstitucional continua inconstitucional até sua revogação ou declaração de sua inconstitucionalidade.

Mencionamos a existência da Súmula 05 do Supremo Tribunal Federal, revogada no julgamento da RP 890, conforme se constata na RTJ 69/625, contrária ao nosso entendimento, bem assim a doutrina de José Afonso da Silva (1964, p.191), ambas criadas em regime diferente do Estado Democrático de Direito no qual vivemos hoje.

Em abono à nossa tese o escólio de Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p.217-219), quando esclarece:

“Portanto, admitir a convalidação do defeito de iniciativa é admitir a convalidação do ato nulo, é admitir que se distinga na Constituição entre o absolutamente cogente e o que não é [...]. Destarte, não sendo válida a iniciativa, seria inválida a lei, apesar da sanção posterior”.

Além das modalidades material e formal, registra-se a inconstitucionalidade por desvio ou excesso de poder legislativo entendida por alguns autores como tipo autônomo de controle de constitucionalidade. Dentre estes, é de se mencionar J. J. Gomes Canotilho (1995, p.740). Outros, a entendem como variante do controle de constitucionalidade material. Assim, Gilmar Ferreira Mendes (1990, p.36). Preferimos aderir à primeira corrente, em tipo, portanto, autônomo, pois a tipificação do controle por desvio ou excesso de poder foge à conceituação ditada pela doutrina clássica.

Conceituamos o apontado terceiro tipo de controle como a falta de compatibilidade entre os objetivos da lei e os fins inscritos na Carta Constitucional, o transbordamento, a ruptura do poder de legislar atribuído, constitucionalmente, à função legislativa.

Seria o caso de se declarar a inconstitucionalidade de leis restritivas de direitos, como a que inseriu o art. 285 “a” no Código de Processo Civil Brasileiro: como as leis que propiciam intervenção econômica no domínio privado; as leis feitas no interesse de uma classe social ou grupo econômico, as leis que proíbem os juízes de advogarem, por tempo determinado, depois de se aposentarem; ou ainda as leis que propiciam tratamento tributário diferenciado a contribuintes da mesma categoria.

³ Contra: Menelick de Carvalho Netto (1992, p. 292-298).

Na nossa linha de raciocínio quanto à conceituação, J. J. Gomes Canotilho (1995, p.1015), quando escreve:

“Contra uma concepção tão absoluta de lei como acto livre no fim, movem-se hoje poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos teleologicamente relevantes nos actos legislativos: (I) em primeiro lugar, a lei tem por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (II) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma”.

Nas duas hipóteses assinaladas por Canotilho, toparíamos com a vinculação ao fim da lei: no primeiro caso, a vinculação ao fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporá os limites materiais da não contrariedade, razoabilidade e congruência.

Na mesma linha conceitual, a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes (1990, p.38), quando esclarece:

“Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou constatar a observância do princípio da proporcionalidade. [...] De forma clara percebe que a lei, o ato administrativo e a sentença judicial não podem se afastar, no Estado Democrático de Direito, dos princípios gizados pela Constituição, se assim o fizerem estarão contaminados pela inconstitucionalidade por desvio ou excesso de poder, adotada pela Constituição Brasileira em seu artigo primeiro”.

Inconstitucionalidade por ação é a que decorre de atuação específica do legislador ordinário inobservando preceitos da Constituição que tenha o dever de respeitar. Subdivide-se em inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material, às quais nos referimos acima.

Já a inconstitucionalidade por omissão é a inércia, é a quietude do legislador ordinário, quando devia ou podia atuar, suprindo lacuna do ordenamento jurídico positivo.

No mesmo patamar é a lição de Jorge Miranda (1988, p.101):

“A inconstitucionalidade por acção é a inconstitucionalidade positiva, a que se traduz na prática de acto jurídico-público. A inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia do ou do silêncio de qualquer órgão do poder”.

Inconstitucionalidade originária é aquela que surge com a publicação da lei e a acompanha até a declaração de sua inconstitucionalidade ou sua revogação. Note-se que a lei que nasceu inconstitucional não pode ser constitucionalizada no futuro pela mudança do regime constitucional.

De acordo com o nosso entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.85): “a sobrevinda de Emenda não constitucionaliza a norma inicialmente inválida”.

A inconstitucionalidade superveniente é aquela que surge depois da publicação da lei e decorre em regra de mudança do regime constitucional.

Alguns autores entendem que o caso não seria de inconstitucionalidade, porém de simples revogação da lei, o que de forma nenhuma pode ser sustentado, segundo pensamos, face à existência do princípio da supremacia da Constituição, pois se a norma constitucional é superior à norma ordinária, ela jamais poderá ser revogada pela última, na verdade, tirará, excluirá o fundamento de validade desta, inconstitucionalizando-a.

Como obtempera J.J. Gomes Canotilho (1991, p.269), “a inconstitucionalidade tanto pode existir no momento da formação da norma, como ocorrer apenas posteriormente, por efeito da alteração da Constituição”.

Acolhendo a visão doutrinária do grupo ao qual nos filiamos, a Lei 9.882 de 03.12.1999, que disciplina o processamento e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em seu artigo 1º, Parágrafo Único, Inciso I, disciplinou a matéria, considerando cabível o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, federais, estaduais e municipais anteriores à Constituição.

A disciplina legal teve esta redação: Parágrafo único⁴. “Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental” [...] “Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

A inconstitucionalidade pode ser total, quando abrange toda a disposição de uma lei ou de um artigo daquela, ou parcial quando abarca apenas parte de um dispositivo, neste sentido: Pedro Lessa (1915, p.139) “A lei pode ser julgada inconstitucional apenas em parte, ou em uma ou algumas de suas disposições”.

O objeto da declaração de inconstitucionalidade é a lei ordinária, seja federal, estadual ou municipal, os atos normativos em geral, nos quais se incluem as as normas constitucionais, os tratados internacionais, as medidas provisórias, os decretos.

⁴ Lei 9.882 de 03.12.1999, art. 1º, Parágrafo Único, Inciso I.

Mencione-se que na vigência da Constituição de 67/69 existem julgados do Supremo Tribunal Federal, dando pela não sujeição dos decretos ao controle da constitucionalidade, mas apenas ao controle de sua legalidade.

Consoante se percebe do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 1.266-2⁵, cuja ementa se transcreve: “Lei – Decreto regulamentar – Representação de inconstitucionalidade por conflitar com a norma legal – Não conhecimento – Configuração apenas de ilegalidade, não alcançando ao nível da violação a normas da Constituição – Declaração de votos vencedores e vencidos”.

Discordamos desse posicionamento pela razão simples e intransponível de que o decreto é um ato normativo, inclusive com previsão constitucional e apenas entendemos possível este posicionamento do STF, em razão do art. 181 das Disposições Transitórias da Constituição de 67/69, que impedia a apreciação judicial dos atos tidos como revolucionários.

Em nossa visão, incluem-se os tratados internacionais e as próprias normas constitucionais.

Neste diapasão, pontifica Castro Nunes (1943, p.583):

“A declaração da inconstitucionalidade tem por objeto, em regra a lei ordinária, mas as próprias leis constitucionais, as emendas ou reformas de uma Constituição podem ser objeto de indagação, por inobservância de normas constitucionais (inconstitucionalidade formal)”.

A tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais merece, neste ponto, nosso estudo a partir das afirmações de Otto Bachof (1994, p.49), em sua célebre obra *Normas constitucionais inconstitucionais*, neste diapasão: “Também uma norma constitucional pode ser inconstitucional por violação do direito constitucional escrito (formal)”.

Resumindo sua tese, aquele tratadista considera que as normas constitucionais escritas podem ser inconstitucionais, quando:

- a) não se observarem as regras da Constituição anterior para elaboração da Constituição atual;
- b) não forem observadas as normas para alteração da Constituição ou forem alteradas cláusulas pétreas;
- c) normas constitucionais de grau inferior contrariam normas constitucionais de grau superior;
- d) mudança de natureza de norma ou sua cessação de vigência;

⁵ Relator Min. Carlos Madeira, julgamento em 20.05.87, transcrito na RT 623/195.

e) infringir o direito supralegal positivado.

Comentando as hipóteses apresentadas por Bachof, entendemos que a primeira, aquela que trata da inconstitucionalidade de normas constitucionais por inobservação das normas da Lei Maior antecedente que disciplinavam a atuação da assembléia nacional constituinte não levará à inconstitucionalidade da nova lei constitucional.

Isso porque o poder constituinte originário poderá estabelecer o novo procedimento a ser observado, para realização da nova constituinte de forma diversa da anterior, sem ser inconstitucional pela razão incontornável de que seu poder inovador da ordem jurídica do Estado onde surgiu é ilimitado.

Se por exemplo estiver estabelecido, no Texto Constitucional primitivo, que a votação e aprovação de lei constitucional nova sujeitar-se-ia ao exame em dois turnos pela Assembléia Constituinte e o poder constituinte originário deliberar pela aprovação da matéria em turno único, não se poderá falar em inconstitucionalidade de norma constitucional nova pela razão da amplitude que se dá ao poder constitucional inovador.

Já o exemplo da norma constitucional sujeita a aprovação por plebiscito, como aconteceu no caso da forma de governo no Brasil, ou a regulamentação daquela por norma ordinária, como no caso da extinta regulamentação da taxa de juros, entendemos não se tratar verdadeiramente de inconstitucionalidade de normas constitucionais porque, na verdade temos a presença de normas constitucionais de eficácia contida, cuja eficácia plena acontecerá com a edição de lei ordinária que discipline a matéria.

A inconstitucionalidade de normas constitucionais em relação ao confronto de normas constitucionais entre si, que tenham sido promulgadas simultaneamente, como por exemplo, no caso de confronto entre normas constitucionais que estatuem direitos fundamentais com normas constitucionais que o sejam apenas em virtude do documento no qual se inserem, como seria o caso de normas constitucionais caracterizadoras de preceitos de direito comum.

Seria o caso do confronto entre a norma constitucional que institui o princípio da igualdade perante a lei, sem distinção de sexo e a norma constitucional que, ao disciplinar o direito civil, estatui o foro privilegiado da mulher para as ações de direito de família.

Neste caso, as evidências indicam que é impossível sustentar a tese da inconstitucionalidade entre as normas constitucionais retro-mencionadas, isto porque todas elas ostentam o título de norma constitucional, em virtude do documento no qual se inserem, bem assim porque aquelas foram promulgadas ao mesmo tempo.

É também o pensamento de Alejandro Ghigliani (1952, p.4): “La fuerza de esas normas no depende de su contenido ni de su objeto sino de su inclusión en el instrumento, y

todas ellas, sin distinción alguna, forman la Constitución”.

A situação da norma constitucional com tempo pré-fixado de vigência, como no caso das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal Brasileira de 1988, que anistiou devedores que contraíram dívidas em determinado período, não se trata de caso de inconstitucionalidade de norma constitucional, mas caso expresso de cessação de vigência de norma constitucional.

Outrossim, a hipótese da norma constitucional que deixa de ser observada em virtude da evolução dialética da hermenêutica ou pela força incontida do tempo, trata-se na hipótese, não de inconstitucionalidade de normas constitucionais, mas típico caso de vigência de norma constitucional, porém sem eficácia jurídica.

O caso de infração de norma constitucional à norma de direito supra-legal positivado na Constituição, ou seja, à norma do direito natural, como as que indicam o Direito à vida, o Direito à liberdade, o Direito à saúde, causaria a inconstitucionalidade da respectiva norma constitucional, como seria o caso de uma norma constitucional que proibisse alguém de viver ou de se alimentar ou de respirar.

A situação a nosso ver tratar-se-ia de inconstitucionalidade da norma constitucional específica por desvio de finalidade em relação aos objetivos reitores da Constituição, que, segundo pensamos, não pode ser a morte dos cidadãos do Estado, mas seu bem comum.

Não se esqueça que são comuns as restrições ao direito natural de locomoção, por exemplo, em caso de guerras e epidemias, sem que sejam inconstitucionais as normas constitucionais que as instituem, por visarem à proteção dos cidadãos que habitam naquele Estado.

Não obstante, a hipótese mais plausível de norma constitucional, possivelmente, inconstitucional é aquela que retrata a situação de se promulgar emenda constitucional que não respeite o procedimento traçado, a competência, e a iniciativas fixada na Carta Constitucional, seus princípios basilares ou seu texto expresso.⁶

É o posicionamento de Calamandrei (1943, p.58):

“Objeto de este control, son, por regla general, las leyes ordinárias (n.); pero, en ciertos casos, podrán ser objeto de este control también las leyes constitucionales, en cuanto, existiendo antinomia entre un artículo de la Constitución y una posterior ley constitucional”.

⁶ No Brasil, Flávio Bauer Novelli, no artigo “Norma Constitucional inconstitucional”, publicado na Revista de Direito Administrativo 199/21, tem o mesmo posicionamento.

Ratifica tal posicionamento Jorge Miranda (1988, p.289):

“É possível a inconstitucionalidade – e inconstitucionalidade material – por contradição entre certas normas constitucionais e outras nascidas por virtude de revisão constitucional (ou com pretensão de o serem). Não é possível, porém, a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias”.

A declaração judicial de inconstitucionalidade da lei, pelo método difuso possui três fases: primeiro a fase da indignação do sujeito que se acha prejudicado pela norma constitucional. Depois a fase da demanda judicial que poderá terminar com a procedência ou não do pedido, e por fim no caso de procedência confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, haverá a suspensão da eficácia da norma pelo Senado.

Note-se que o Senado não revoga a norma ordinária, pois tal tarefa é adstrita ao Congresso Nacional, no seu pleno. O Senado Federal fundado no art. 52, Inciso X da Constituição da República, apenas suspende a eficácia da lei ordinária declarada inconstitucional, pelo sistema difuso, pelo Supremo Tribunal Federal.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são objeto de acirrada polêmica no mundo acadêmico, existindo três correntes: a primeira sustenta que o efeito da declaração de inconstitucionalidade da norma ordinária é a nulidade da norma; a segunda corrente acredita que o efeito da declaração da inconstitucionalidade é a inexistência da lei ou ato normativo que lhe seja equivalente; a última corrente assevera que o efeito da declaração de inconstitucionalidade não é nenhum dos apontados pelas correntes anteriores, mas a anulação da norma tida como inconstitucional.

Isto com relação ao método concentrado de declaração da inconstitucionalidade, que possui como característica a utilização de ações específicas, com a coisa julgada exarando seus efeitos “erga-omnes”.

Quanto ao método difuso, é unanimidade na doutrina que o efeito da declaração de inconstitucionalidade é ligado a um caso concreto e resulta da desaplicação da norma ordinária ou ato normativo equivalente.

Aliás, houve previsão normativa histórica constante da Lei 221 de 20.11. 1894, que, em seu art.13, tratava da matéria. Perceba-se que, depois da ratificação pelo Supremo Tribunal Federal da declaração de inconstitucionalidade ocorrida pelo método difuso, via de exceção, o efeito da declaração de inconstitucionalidade é a nulidade da norma ordinária.

Rui Barbosa (1928, p.4;129), sustenta a nulidade como efeito da declaração judicial de inconstitucionalidade das leis, no método concentrado e a inaplicação da lei no método

difuso.⁷ Com estas considerações:

“Toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionales, é, de sua essência, nulla -se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em acção adequada e executáv[...]. [E termina:] A inapplicabilidade do acto inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide el entre as partes”.

Na atualidade, Rui é seguido por Nagib Salibi Filho (1989, p.87), quando leciona: “A inconstitucionalidade é uma espécie de nulidade”.

No mesmo diapasão é a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (2002, p.22): “As nulidades podem ser decretadas de ofício, como é a hipótese da inconstitucionalidade”. Outros autores nacionais e estrangeiros têm a mesma opinião.

Com pertinência ao controle de constitucionalidade judicial pelo método difuso, leciona Lúcio Bittencourt (1968, p.133-134) que se enquadra nos ditames da inexistência ou da inapplicabilidade da norma legal declarada inconstitucional:

“Tem lugar a inexistência da lei quando na sua elaboração não forem obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo [...] e conclui:] ineficácia do ato legislativo, pela recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos concretos que lhe são submetidos”.

Sustenta o festejado tratadista, portanto que, no caso de declaração de inconstitucionalidade formal da norma, a sentença deverá pronunciar-se pela inexistência da lei, já no caso de inconstitucionalidade material, o ato jurisdicional deverá optar pela ineficácia da lei com sua inapplicabilidade ao caso concreto.

Ousamos discordar do ensinamento, por entendermos que, seja no caso de inconstitucionalidade formal, seja material ou por desvio ou excesso de função legislativa, em se falando de controle de constitucionalidade utilizando-se do método difuso, a autoridade judiciária não poderá declarar a inexistência da norma, pois provocaria um vácuo legislativo com relação à matéria de que trata aquela, sendo certo que, a bem a unidade do ordenamento jurídico, deverá apenas deixar de aplicá-la.

Themístocles Cavalcanti (1968, p.67) entende que no caso de declaração de inconstitucionalidade, tanto pelo método difuso, como pelo método concentrado, o resultado do julgamento será a inaplicação da lei, quando esclarece: “Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade devem ser sempre o da invalidade da lei ou ato, quanto a sua aplicação, ou melhor, quanto à sua inapplicabilidade”.

⁷ Nesta linha o posicionamento de: Alfredo BUZAID (1958, p.81 e 132); CASTRO NUNES (1943, p.588).

A conclusão a que chega o mencionado autor, no que diz respeito ao efeito do julgamento de inconstitucionalidade da lei, através do método concentrado, está equivocada, pois, declarada a inconstitucionalidade da lei em tese, através de ação própria, com a coisa julgada “erga-omnes”, o efeito do julgamento é a nulidade da lei e não sua inaplicabilidade.

Outra vertente liderada por Hans Kelsen (1950, p.162-165), sustenta que o efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é a sua anulação. Entre seus seguidores há na Itália, Calamandrei (1943, p.85), que leciona: “[...] Sin embargo, entre la función de la Corte constitucional que anula las leyes viciadas por ilegitimidad constitucional [...]”.

O posicionamento de Hans Kelsen (1950) e seus seguidores não pode ser aplicado ao sistema normativo-constitucional brasileiro, que adota um controle de constitucionalidade misto, combinando os métodos difuso e concentrado.

“Data venia”, entendemos com relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no sistema judicial, valendo não do método difuso, a razão está com os seguidores de Rui Barbosa.

Isso porque na declaração de inconstitucionalidade pelo sistema judicial, utilizando-se do método difuso, em primeiro grau de jurisdição, no Brasil pós Constituição Federal de 1988, o juiz apenas deixará de aplicar a lei ordinária que considerar inconstitucional, declaração cujo efeito será a sua subtração como fundamento do pedido do interessado, levando à sua improcedência total ou parcial.

Com relação à força obrigatória do julgado, à extensão dos efeitos da coisa julgada, no Brasil, Lúcio Bittencourt (1968, p.135-136), obtempera: “No caso concreto a sentença obrigará as partes [...] produzindo efeito ex-nunc”.⁸

Com alusão aos efeitos do controle de constitucionalidade judicial, pelo método difuso, entendemos que seu efeito é “interpartes” e “ex-tunc”, ou seja, entre as partes da demanda e retroagindo para o passado, com limitação é claro ao início de vigência da lei ou à constituição da relação jurídica objeto da demanda, o que ocorrer primeiro.

A seu tempo, José Afonso da Silva (1990, p.52) sustenta que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são “ex-tunc”, isto é para o passado, com estas considerações: “No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos ex-tunc, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento”.

⁸ Na mesma linha o posicionamento de Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1987, p.99).

Em Portugal, Canotilho (1991, p.275) sustenta o efeito retroativo ou “ex-tunc”, com estas considerações: “A declaração de inconstitucionalidade tem efeitos ex-tunc (a norma não produz efeitos desde a origem)”.

Na Espanha, Encarnación Pageo (1990, p.143) assevera o efeito retroativo: “Adviertáse que retrotrae la ineficácia de la norma al momento em que incurrió em la contradicción com la Constitución”.

Na Itália, Calamandrei (1943, p.177) entende que o efeito da declaração de inconstitucionalidade será unicamente para o futuro ou “ex-nunc”, com estas considerações: “Si la Corte constitucional acoge la denominada prejudicial, tendrá en sustancia los mismos efectos de la abrogación de la ley reconocida como inconstitucional, dejará de tener vigor para el porvenir [...] [e termina:] declarada *ex nunc* ineficaz.”

No sistema processual brasileiro a situação resolve-se de acordo com as regras do artigo 468 do Código de Processo Civil. Por se tratar de sentença cuja natureza é declaratória, seus efeitos retroagirão até a data de entrada em vigor da lei ordinária ou ato normativo equivalente que se impugna como inconstitucional.

Poderá ainda ocorrer que o marco dos efeitos retroativos seja coincidente com a promulgação da Constituição, se esta for posterior, servindo como marco determinante dos efeitos o que ocorrer primeiro.

A orientação foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS 93-PR⁹, cuja ementa trazemos à colação: “Ato administrativo – Nulidade – Prática com apoio em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF – Declaração com efeito retrooperante”. Posicionamento ratificado pelos julgamentos estampados nas Revistas Trimestrais de Jurisprudência 82/791 e 91/1.369, RE 168.554-2-RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello, julgamento ocorrido em 08.09.1994.

Os limites subjetivos da declaração de inconstitucionalidade variam conforme o critério a ser utilizado. No critério difuso os limites subjetivos da declaração de inconstitucionalidade são interpartes, ou seja, entre as partes que beligeraram na demanda.

Sob outro aspecto, valendo-se agora do critério concentrado, face às suas peculiaridades e à sua inclusão no rol do controle de constitucionalidade coletivo, os limites subjetivos da declaração de inconstitucionalidade alcançam todos os cidadãos que estejam

⁹ Julgamento em 07.05.90, Relator: Ministro Armando Rolemborg, publicado na RT 657/176.

sujeitos à jurisdição do Estado onde ocorreu a declaração de inconstitucionalidade. Conclui-se, seus efeitos são “erga-omnes”.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica sobre o direito intertemporal constituem matéria de acirrada polêmica no que diz respeito à existência de inconstitucionalidade ou de revogação do ordenamento jurídico anterior à edição da norma constitucional. Como também da possibilidade ou não da reprivatização da norma ordinária anterior em razão da declaração da inconstitucionalidade da lei que a sucedeu no sistemado ordenamento jurídico brasileiro.

Estes pontos polêmicos, em sede de processo constitucional, serão tratados nas linhas que se seguem, sem a mínima pretensão de esgotar a matéria.

Circunstância que não pode ficar fora de nosso estudo é a disciplina anterior à Constituição nova.

Quanto às normas que são compatíveis com a nova Carta Constitucional, houve sua recepção pela nova ordem constitucional, não oferecendo maiores indagações doutrinárias.

Merece atenção a disciplina jurídico-constitucional daquelas que são incompatíveis, com a nova Lei Constitucional. Estariam revogadas, ou seriam eivadas de inconstitucionalidade material? E, neste caso, existiria a reprivatização do ordenamento jurídico pré-revogado?

Castro Nunes (1943, p.603), partindo do argumento de que são normas de hierarquias diferentes, bate-se pela inconstitucionalidade:

“Dir-se-á, por aplicação das regras comuns, que a lei anterior incompatível, ainda que implicitamente, com a posterior, é lei tacitamente revogada. Assim é. Mas entre normas de hierarquia diversa essa incompatibilidade implícita é precisamente o objeto de indagação da constitucionalidade da norma anterior”.

José Afonso da Silva (2004, p.13) sustenta a revogação por inconstitucionalidade, com estas considerações, “Eu próprio chamei o fato de revogação por inconstitucionalidade, ou seja, uma revogação da lei por sua incompatibilidade com a Constituição, lei superior, que lhe é também posterior”.

Em Portugal, Jorge Miranda (1988, p.239) afirma tratar-se de inconstitucionalidade, com estes vocábulos: “[...] Acção de normas constitucionais novas (provenientes de Constituição nova ou de modificação constitucional) sobre normas ordinárias anteriores desconformes há caducidade por inconstitucionalidade superveniente [...]”.

A outro tempo Lúcio Bittencourt (1968, p.131) lidera a corrente daqueles que sustentam tratar-se o caso de mera revogação legal, por incompatibilidade com a Constituição, que embora seja de nível superior, no rigor da técnica hermenêutica trata-se de verdadeira lei: “A revogação se verifica quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta”.

A conclusão a que chegamos é que se é verdade que existe a supremacia da norma constitucional em relação à lei ordinária, em Estados que adotem a teoria das Constituições rígidas e formais, com processo de produção da lei que não admite a modificação da Constituição Federal por meras leis ordinárias; se é verdade que a norma constitucional dirige o processo de formação, o conteúdo e a finalidade da lei ordinária, não pode a norma constitucional, simplesmente, revogar a lei ordinária que a antecede, excluindo-lhe o fundamento de validade, e, portanto ocorre a inconstitucionalidade material superveniente.

Abonando nosso pensamento, a doutrina de Hans Kelsen (1986, p.345):

“[...] Indaga-se por que sentido subjetivo do ato do legislador indicado sob (2) também é seu sentido objetivo, quer dizer, uma norma geral ou, com outras palavras: o que é o fundamento de validade da norma estabelecida pelo legislador, então a resposta é: porque esse ato é autorizado por uma norma da Constituição, quer dizer, pelo sentido de um ato de vontade do emissor da Constituição”.

Não destoam a doutrina de Calamandrei (1943, p.106), que tem essas considerações: “Las leyes ordinárias, dictadas antes de la Constitución pero em contraste ahora com ella, están sujetas al control de legitimidad constitucional”.

No Brasil, é a doutrina de José Rubens Costa (2002, p.135), quando leciona:

“As considerações não convencem, mesmo porque não possuem a mesma natureza jurídica, eis que revogar uma norma se situa no plano do direito positivo e não constitucional [...] [e termina:] Se a Constituição revogasse normas anteriores, certo que estaria, a Constituição, submetida à disciplina positiva da revogação (se não positivada pelos conceitos doutrinários). No caso, a Constituição seria examinada pelas regras da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro (art. 2º)”.

É de se notar que se a Constituição promulgada posteriormente revogasse todo o ordenamento jurídico que a antecedeu, isso com relação àquelas normas detentoras de disposições que lhe fossem contrárias, o Estado onde isso ocorresse correria o risco de viver num vazio legislativo, numa lacuna legal incompatível com os modernos conceitos sustentados pela ciência jurídica.

A hipótese sob análise é contrária à teoria da completude do ordenamento jurídico, levando os cidadãos ao império da insegurança jurídica e da justiça privada, negando-se inclusive a existência do Estado Democrático de Direito, tão propalado pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

Na jurisprudência a corrente predominante é aquela que admite como correta a revogação da lei ordinária pela promulgação posterior da Constituição, conforme se nota do julgamento da ADInconst 521-9-DF¹⁰, “Ação direta de inconstitucionalidade – Impossibilidade jurídica do pedido – Incompatibilidade entre lei antiga e Constituição posterior – Hipótese em que ocorre revogação e não “inconstitucionalidade”, no entanto, merecem menção os votos divergentes dos Ministros: Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADIn 7-DF, publicado na RTJ 145/351 e Moreira Alves, no julgamento da ADIn 381-DF, publicado na RTJ 144/69.

Como aludimos de forma expressa à Lei 9.882 de 03.12.1.999, que disciplina o processamento e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em seu artigo 1º, Parágrafo Único, Inciso I, disciplinou a matéria, considerando cabível o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, federais, estaduais e municipais anteriores à Constituição.

A nosso ver, a edição da Lei 9.882 de 03.12.1.999, encerrou a questão sobre a possibilidade da revogação do ordenamento jurídico anterior pela Constituição nova, de forma negativa, portanto no moderno ordenamento jurídico brasileiro, depois da edição da lei, em destaque, o confronto entre o ordenamento jurídico primitivo e a Constituição atual, resolve-se pelas regras da inconstitucionalidade e não da revogação.

Seja na hipótese de revogação, seja na hipótese de declaração de inconstitucionalidade não ocorre, em regra, a reprivatização do ordenamento jurídico que precedeu a lei que está sendo objeto de controvérsia quanto à ocorrência de sua revogação ou inconstitucionalidade, ou seja, não há ressuscitação da norma ordinária pré-revogada. A reprivatização, em tese, não é acolhida pelo Direito Positivo brasileiro, exceção feita ao dispositivo constante do artigo 62 § 11 da Constituição Federal de 1988. Este, ao tratar dos efeitos da Medida Provisória que foi rejeitada pelo Congresso Nacional ou que perdeu a eficácia por falta de votação no tempo estabelecido na Carta Constitucional, qual seja quarenta e cinco dias prorrogáveis por igual período, dispõe que as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória revogada, que não foram objeto de disciplina jurídica de Decreto Legislativo de edição do Congresso Nacional,

¹⁰ Julgamento em 07.02.92, Relator: Ministro Paulo Brossard, publicado na RT nº 686/218.

considerar-se-ão por ela disciplinadas, mesmo depois de sua revogação.

Esta situação, a nosso juízo, retrata de forma clara, inclusive com disciplina constitucional, caso típico de repristinação no ordenamento jurídico brasileiro.

Há outra exceção: a constante do artigo 11, § 2º da Lei 9.868 de 10.11.99, que trata do processamento da ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, estatuinto que, no caso de concessão de medida cautelar, torna-se aplicável a legislação anterior, caso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Os casos acima narrados são tipicamente de repristinação, e encontram oportunidade de aplicação em esforço interpretativo constante do art. 2º, § 3º do Decreto-lei 4.657 de 04.09.42, carinhosamente alcunhada de Lei de Introdução ao Código Civil, que disciplina hipótese de ocorrência de repristinação no Direito Positivo Brasileiro, se houver permissão legal expressa.

A previsão legal é circunstância da qual se valeu a própria Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº 32 de 11.09.2001 e a Lei 9.868 de 10.11.99, para utilizar do instituto da repristinação, mesmo que de forma excepcional no sistema jurídico brasileiro.

Nosso pensamento é endossado por julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADIN 2.884¹¹, com estas considerações:

“A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerando o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146/461), não se reveste de qualquer carga de eficácia derogatória”.

É de se observar que a concessão de efeito repristinatório aos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade, reforça a tese doutrinária que atribui ao Supremo Tribunal Federal a qualidade de “legislador de segundo grau”, circunstância que, a nosso juízo, deve ser observada com cuidado à luz da teoria da não usurpação dos poderes constitucionais.

Há ainda um aspecto a ser abordado, são os limites subjetivos da coisa julgada que julga o pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A disciplina jurídica da matéria varia conforme o Estado no qual é proferida a decisão, sendo que em alguns deles os efeitos são “interpartes” e em outros são “erga-omnes”.

A situação é interessante na Itália: o julgamento da “prejudicial de

11 Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento publicado no Diário Oficial da União em 20.05.2005.

inconstitucionalidade” tem efeito “erga-omnes”. Na Espanha, o julgamento da “questão de inconstitucionalidade” tem efeito “erga-omnes”.

Voltando os olhos para os países da América¹², no México, a decisão de inconstitucionalidade tem efeito “erga-omnes”. Já no Chile a decisão do “Tribunal Constitucional” tem efeito “erga-omnes”. A outro tempo, nos Estados Unidos e na Argentina o efeito da declaração de inconstitucionalidade é inter-partes.

No Brasil, os limites subjetivos da coisa julgada constitucional variam conforme o caso concreto, pois, se o método utilizado é o difuso o efeito será “interpartes”. A assertiva é confirmada pela jurisprudência estampada no julgamento da Apelação 97.002585-8 do TJRN¹³, “Controle de constitucionalidade – Declaração por via de exceção ou incidental – Efeito ex tunc, atingindo somente as partes litigantes”.

Se o método utilizado for o concentrado, o efeito da declaração de inconstitucionalidade será “erga-omnes”, atingindo todos os cidadãos vinculados à jurisdição do Tribunal Constitucional que proferiu a decisão.

Confirma nosso posicionamento a doutrina de Myrian Passos Santiago (1999, p.109), com estas letras:

“No primeiro aspecto, tem-se as decisões particulares que assim se caracterizam: a decisão judicial só prevalece entre as partes da demanda, como é a regra nas ações em geral [...] [e encerra:] As decisões gerais, por sua vez, prevalecem erga omnes, ou seja, alcançam todos os cidadãos submetidos àquele ordenamento jurídico”.

Controle de constitucionalidade é a técnica de verificação da adequação da lei ordinária ao procedimento e à competência fixados para sua produção no Texto Constitucional. É a adequação da finalidade da norma aos objetivos fixados ao Estado pela Constituição. E a observação do reflexo da lei ordinária no texto constitucional.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido de forma preventiva, quando exercido antes da publicação da lei ordinária ou ato normativo equivalente.

Nesta hipótese é exercido pela função legislativa através das comissões provisórias ou permanentes, criadas pelo Congresso Nacional para verificar a constitucionalidade do projeto de lei, conforme art. 58, § 2º, Inciso I da Constituição Federal.

O exercício do controle de constitucionalidade preventivo, também pode ser exercido pela função executiva através de veto do Presidente da República, previsto no art. 66, § 1º da

12 Conforme Keith S. Rosenn (2004).

13 Julgamento em 03.11.1997, Relator: Desembargador Manoel de Araújo Silva, publicado na RT 752/335.

Carta Constitucional.

O controle de constitucionalidade repressivo é aquele que é realizado pela função judiciária, seja pela modalidade de controle difuso, seja pela modalidade de controle concentrado.

O controle de constitucionalidade exercido através do método concentrado é baseado na lei em tese, ligado à ação direta de inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade pode ser interventiva, ou de lei ou ato normativo equivalente. Existem ainda as ações declaratórias de inconstitucionalidade ou constitucionalidade (art, 102 da CF/88). Estas ações possuem como características a competência para julgamento exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a legitimidade específica e o efeito do julgado “erga-omnes”.

A outra modalidade de exercício do controle de constitucionalidade repressivo é a que utiliza o método difuso, exercida por qualquer integrante da função judiciária da Federação, conectado a um caso concreto, em qualquer demanda, e cujo resultado circunscreve-se às partes envolvidas na contenda.

Merece menção a doutrina de Luiz Cláudio Portinho Dias (1998, p.99): “No controle preventivo ela é atribuída a órgão de natureza política; enquanto no repressivo ela cabe sempre ao Poder Judiciário”.

Fala-se também em controle de constitucionalidade coletivo, quando os efeitos da decisão alcançam um número ilimitado de pessoas, como ocorre no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, ou ainda no controle de constitucionalidade incidental exercido em sede de ações coletivas e ações civis públicas.

É o escólio de Oswaldo Luiz Palu (1999, p.34), quando esclarece: “O controle coletivo da constitucionalidade é exercido *incidenter* em qualquer grau de jurisdição, nas ações civis públicas e coletivas especialmente”.

E o controle de constitucionalidade individual, quando os efeitos da decisão alcançam única e tão somente as partes da demanda.

É também chamado pela doutrina internacional de controle de inconstitucionalidade indireto, aquele feito pelo Presidente da República, antes da promulgação da lei (art. 66 § 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988).

Aquele conceito é adotado em oposição ao controle de constitucionalidade direto, que é feito diretamente pela função judiciária.

De modo conforme ao posicionamento, o chileno Raúl Berten Repetto (1969, p.6): “Entre estos medios podemos senalar los siguientes: el sistema bicameral, la facultad del presidente de una asamblea o comisión legislativa de rechazar una proposición de ley, el veto presidencial, el veto popular”.

No Brasil, parte da doutrina chama de controle indireto, aquele realizado por qualquer juiz que esteja regularmente lotado no exercício da magistratura no Estado onde o controle de constitucionalidade é exercido, ou seja, por qualquer juiz que esteja no exercício do controle de constitucionalidade difuso, em determinado território sobre o qual incida certa norma constitucional.

O controle direto é aquele exercitado através do sistema concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102/103 da CF/88) e pelos Tribunais de Justiça (art. 125, § 2º da CF/88), no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade interventiva ou de declaração em tese da inconstitucionalidade da lei federal em confronto com a Constituição Federal ou ainda da declaração de inconstitucionalidade em abstrato de lei municipal ou estadual, em face da Constituição Estadual.

O objeto do controle de constitucionalidade, em geral, são as leis ordinárias, federais, estaduais e municipais, medidas provisórias, podendo se incluir neste rol, como demonstramos linhas pretéritas, a própria norma constitucional, os decretos e os tratados internacionais.

Esclarece Encarnación Pageo (1990, p.191):

“Como a los efectos de nuestro estudio es más interesante analizar las normas objeto de control desde la perspectiva de su contenido [...] nos detendremos pues unicamente en el significado del acto con fuerza de ley [e termina:] a) los Estatutos de Autonomia y las demás Leyes organicas. b) las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley, los decretos legislativos. c) los tratados internacionales”.

A jurisprudência alinha-se com a doutrina, como se percebe do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança 405/01¹⁴ do TJAP, nestes termos:

“Controle de constitucionalidade – Emenda constitucional – Inconstitucionalidade – Ocorrência – Texto normativo que, ao invadir esfera de competência de lei

¹⁴ Julgamento em 12.02.2001, Relator Des. Mário Gurtyev, publicado na RT 799/310.

complementar, implementa alterações no disciplinamento das eleições para os cargos diretivos do Tribunal de Contas Estadual”.

Os tipos de sistemas de controle de constitucionalidade variam de acordo com a cultura constitucional dos Estados nos quais são instalados, podendo se falar em controle de constitucionalidade pelo sistema político, pelo sistema judicial e pelo sistema misto.

O sistema político de controle de constitucionalidade teve sua origem na França, onde por razões históricas ligadas à Revolução Francesa, fundadas em possíveis atuações arbitrárias dos juízes e na possibilidade de usurpação de poder da função legislativa pela função judiciária, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos fora excluído da última e atribuído à primeira.

É a lição de Ronaldo Poletti (1997, p.56): “Os países da tradição da Revolução Francesa regem-se, com ênfase pelo princípio da divisão de poderes. Um Poder não interfere sobre o outro. Logo, o controle do ato legislativo não pode caber senão ao próprio Legislativo”.

O grande inconveniente desse sistema é que possível acordo levado a cabo no Congresso Nacional poderá declarar constitucional uma lei ou ato normativo que evidentemente macula o texto da Carta Magna.

No Brasil há indícios deste sistema ao se atribuir ao Congresso o poder de impedir o trâmite de projetos de lei, que suas comissões especializadas entendam inconstitucionais, de acordo com o art. 58 § 1º da Constituição Federal.

O sistema de controle de constitucionalidade judicial impera na maioria dos países da Europa e América, nos quais o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é atribuído à função judiciária, é exercido pelos métodos difuso ou concentrado.

No dizer de José Afonso da Silva (1990, p.48), “é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei”.

O modelo difuso é adotado naqueles países nos quais o controle de constitucionalidade é exercido por todos os juízes em exercício na jurisdição Estatal.

Já o modelo concentrado está presente nos Estados onde o julgamento da inconstitucionalidade é atribuído apenas aos tribunais de cúpula.

O método concentrado caracteriza-se pela circunstância de que o acesso ao tribunal de cúpula, encarregado do julgamento constitucional, dá-se pelo uso de ação direta de inconstitucionalidade, com titularidade ativa restrita a um número limitado de legitimados, a sentença tem efeito “erga omnes”, ou seja, com alcance a todos os cidadãos que vivam sob a jurisdição daquele Estado.

Neste patamar, o escólio de Dircêo Torreccillas Ramos (1994, p.19): “O controle concentrado é aquele no qual a competência para julgar ou examinar a constitucionalidade pertence a um único órgão”.

A característica negativa deste método é a restrição do acesso ao controle de constitucionalidade, como titulares ativos, aos entes indicados no art. 103 da Constituição Federal de 1988, em exclusão de quem apenas possui a qualidade de cidadão.

O sistema eclético de controle de constitucionalidade, que se trata de variante do sistema de constitucionalidade judicial, mescla características dos métodos difuso e concentrado, podendo-se citar como seus exemplos as modalidades utilizadas na Alemanha, na Itália e no Brasil.

A mescla é bem lembrada por Mauro Cappelletti (1992, p.119): “A solução adotada, no último pós-guerra, na Itália e na Alemanha, está, repito, em certo sentido, a meio caminho entre a adotada pelo sistema americano [...] e pelo sistema austríaco [...]”.

O método misto de controle de constitucionalidade traz consigo características do método difuso e do método concentrado. Ou seja, no mesmo ordenamento jurídico, atribui possibilidade de que todos os juízes declarem a inconstitucionalidade de forma incidental, via de exceção, com base em um caso concreto (típico do método difuso), convivendo com a ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento é restrito a um tribunal constitucional de cúpula (típico do sistema concentrado), com titulares ativos específicos.

O sistema de controle de constitucionalidade judicial é uma das variantes do gênero controle de constitucionalidade das leis. Este sistema possui três métodos de controle de constitucionalidade, quais sejam: o difuso, o concentrado e o misto.

Será objeto de nosso estudo, nesta oportunidade, o método difuso de controle de constitucionalidade, que teve seu surgimento nos Estados Unidos, em 1803, com o caso *Marbury X Madison*.

A fixação de competência para o exercício do controle de constitucionalidade judicial, no método difuso, é atribuída a todos os integrantes da função judiciária à qual esta ligado o Estado que o adote.

Trata-se de lição assente no processo-constitucional brasileiro, como se nota do escólio de Lúcio Bittencourt (1968, p.37), quando leciona: “A inconstitucionalidade [...] é consectária da função jurisdicional e, por conseguinte, cabe a quem quer que legitimamente exerça esta última. Todos os tribunais e juízes, federais ou locais”.

Confirma-o a jurisprudência colhida no julgamento da Apelação 206.658-0 do 2º

TASP¹⁵:

“LEI – Arguição de inconstitucionalidade – Questão prejudicial à solução do litígio – Competência do magistrado de 1º grau para apreciação da matéria reconhecida, por não se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, por ação direta – Faculdade e poder decorrentes da própria função jurisdicional”.

Sob a égide da Constituição de 1946, Alcides Mendonça Lima, precisamente no ano de 1949, sustentou a incompetência do juiz singular para efetuar o controle difuso de constitucionalidade, ao lecionar:

“O intuito do legislador constituinte, desde 1934, foi outorgar competência aos tribunais colegiados, como órgãos de segunda instância. [...] Assim sendo, um órgão de primeira instância, mesmo colegiado, como as juntas de conciliação e julgamento, da Justiça do Trabalho, não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei”. (LIMA, 1949, p.347) .

O pensamento foi antecedido, em 1942, por Vicente Chermont de Miranda, que sustentava: “Declaração de inconstitucionalidade, porém, é privativa do tribunal pleno e somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta da totalidade dos seus juízes”. (1942, p.587)

Confirmava a doutrina a jurisprudência estampada no julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 1934¹⁶, com este conteúdo:

“Inconstitucionalidade das leis – competência privativa dos tribunais colegiados para pronunciá-la – Com o advento do regime constitucional, em 16 de julho deste ano, a doutrina, a meu ver, sofreu profundo e definitivo golpe. Pelo que se infere de vários dispositivos da nova Constituição, não pôde o juiz singular, ele só, declarar inconstitucional tal ou qual a lei, no todo ou em parte”.

Estas manifestações doutrinárias e o pequeno acompanhamento jurisprudencial foram repudiados pela evolução da doutrina processualística e constitucional brasileiras.

A titularidade para o exercício do controle de constitucionalidade judicial, pelo método difuso, é pois ampla e abrange as partes envolvidas na demanda e o Ministério Público.

Ratificando nosso posicionamento, a doutrina de José Afonso da Silva (1990, p.50) “Qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”.

¹⁵ Julgamento ocorrido em 02.03.88, Relator Juiz Acayaba de Toledo, publicado na RT 629/168.

¹⁶ Julgamento de recurso de Apelação da Comarca de Patrocínio (MG), publicado na Revista Forense 65/170.

Porém, alguns doutrinadores entendem ser possível ao próprio juiz da causa o levantamento da questão prejudicial de inconstitucionalidade.

Leciona Lúcio Bittencourt (1968, p.113): “Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem e devem, “ex officio”, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei”.

Note-se bem que há proibição histórica, da atuação dos juízes de ofício, que existe desde o berço do processo civil romano e germânico até os dias de hoje. A proibição não alcança a declaração espontânea da inconstitucionalidade pelo poder judiciário, pois segundo pensamos, o fato de a inconstitucionalidade gerar a nulidade da lei, inclui-a entre os pressupostos processuais e abre oportunidade para sua declaração de ofício pelos integrantes da função judiciária.

Considerando que, segundo pensamos, a inconstitucionalidade é uma forma de nulidade, que retira a juridicidade da norma ordinária. Considerando que as evidências processuais indicam tratar-se, a inexistência de nulidade, de pressuposto processual; considerando que a ausência de condições da ação e pressupostos processuais, poderá ser declarada de ofício pelo magistrado ao teor do art. 267 § 3º do Código de Processo Civil; entendemos ser possível a hipótese de que o juiz de ofício, na modalidade difusa, argua a inconstitucionalidade da lei, deixando de aplicá-la ao caso concreto em que teria incidência. Adiante, porém, veremos que a questão de constitucionalidade da norma é mais que preliminar.

Ratifica nosso entendimento, José Carlos Barbosa Moreira (1997b, p.176), esclarecendo: “A argüição pode ainda ser feita “ex officio”, pelo relator, pelo revisor, se houver, ou por qualquer dos juízes componentes do órgão”.

No mesmo patamar é a doutrina de Hugo Alsina (1941, p.375): “La declaración de inconstitucionalidad puede obtenerse por via de acción o de ecepción y, en ciertos casos, aun de oficio”.

A jurisprudência manifesta-se no mesmo sentido: Apelação 98.000.117-0, TJRN¹⁷: “Controle de constitucionalidade – Declaração incidental – Inconstitucionalidade de lei declarada por Juiz sem que haja provocação das partes – Admissibilidade”.

Contrariamente, a doutrina de German Bidart Campos (1987, p.130): “Es principio del derecho judicial el de que ni siquiera en ejercicio del control constitucional pueden los jueces

¹⁷ Julgamento em 19.06.1998, Relatora: Des. Judite Nunes, publicado na RT 761/374.

sustitirse a los otros poderes del estado en las funciones que son propias”.

A forma de exercício do controle de constitucionalidade judicial pelo método difuso dar-se-á através de exceção ou defesa, de forma incidental, em qualquer processo, em trâmite na jurisdição que o adote.

Pode ainda ser alegado de forma incidente, em qualquer ação admitida pelo ordenamento processual do Estado onde tramitar a demanda.

Seja de rito ordinário, de rito sumário ou de rito especial, como ocorre nos casos de mandado de segurança, habeas-corpus, ação popular, o habeas-data, portanto trata-se de modalidade jungida, atrelada a um caso concreto.

É importante notar que, no sistema de controle de constitucionalidade judicial, pelo método difuso, a sentença que julga procedente o pedido de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, exclui o fundamento jurídico do pedido da demanda principal, deixando de aplicá-lo ao caso concreto ao qual seria submetido.

No mesmo diapasão, a doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti (1968, p.87): “Tecnicamente, a questão se resolve, pela não aplicação da norma inconstitucional”.

Entendemos que a natureza jurídica da sentença que julga a inconstitucionalidade no método difuso é declaratória, com efeito, “ex-tunc”, ou seja, retroativos até a data da lei que serve de supedâneo ao controle de constitucionalidade.

Ratificando nosso posicionamento, a festejada doutrina de Alfredo Buzaid (1958, p.132)¹⁸: “A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória [...] retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois ex tunc”.

Porém pode alcançar terceiros, juridicamente interessados, como os assistentes, os oponentes, os intervenientes-garantes, os substituídos processuais, os denunciados à lide e os terceiros-prejudicados que poderão recorrer na forma do art. 499 do Código de Processo Civil.

O efeito secundário da sentença é a suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional, pelo Senado Federal, se a declaração de inconstitucionalidade for confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A decisão do controle de constitucionalidade no sistema judicial, na modalidade difusa, poderá alcançar até a coisa julgada, se ainda for possível a utilização da via da ação rescisória ou de ação declaratória de nulidade ou de impugnação ao cumprimento de sentença, previstos no art. 4º, art. 485 e art. 471-L, II e § 1º do Código de Processo Civil Brasileiro.

¹⁸ No mesmo sentido, J.C. Barbosa Moreira (1997a, p.187) e German Bidart Campos (1987, p.130).

Segundo pensamos, no Supremo Tribunal Federal não mais prevalece a lição de Chiovenda (1980, p.921), no sentido de que a coisa julgada sana a nulidade, pois naquele sodalício prevalece o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade de lei, apenas possibilita a revisão da coisa julgada, se ainda não estiver transcorrido o prazo para propositura da ação rescisória.

A doutrina de Alfredo Buzaid (1958, p.138), de que “todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória”, está hodiernamente ultrapassada.

Observe-se antigo julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal¹⁹: “Embora a suspensão da lei por inconstitucionalidade tornasse sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional, a nulidade da decisão somente poderia ser declarada por ação rescisória”.

Discordamos, em parte, do posicionamento, da abalizada doutrina trazida à colação linhas atrás, e do julgamento do Supremo Tribunal Federal, por entendermos que a nulidade da qual a inconstitucionalidade é uma das formas, no caso em debate, trata-se de pressuposto processual, cuja ausência ou presença poderá ser declarada através de ação declaratória de nulidade, oportunidade na qual tornar-se-á mérito.

Note-se que a relação jurídica que for objeto da ação declaratória de nulidade poderá ter o prazo decadencial (art. 207 do Código Civil), superior ao lapso temporal no qual poderá ser deduzida a ação rescisória.

Presente ainda a possibilidade de que o julgado seja impugnado através de impugnação ao cumprimento, na forma do art. 475-L, II e § 1º do Código de Processo Civil, mormente se a prejudicada for a Fazenda Pública.

Diferentemente, entende, na Espanha, Encarnación Pageo (1990, p.360), para quem a declaração de inconstitucionalidade não alcança a coisa julgada, salvo em matéria penal:

“La declaración de la inconstitucionalidad de la norma ordinaria, no afecta las situaciones jurídicas reconocidas en la sentencia firme, a no ser – como venimos repitiendo –, que de aquélla resulte una disminución de la sanción impuesta por dicha sentencia”.

¹⁹ Recurso em mandado de segurança 17.796, Relator Ministro Amaral Santos, transcrito na Revista de Direito Administrativo 105/111, São Paulo, RT, 1975.

Com o mesmo posicionamento, na doutrina pátria e alienígena, Gilmar Ferreira Mendes, na obra *Controle de Constitucionalidade* (1990) e Jorge Miranda, no seu festejado *Manual de Direito Constitucional* (1988):

“O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada”. (MENDES, 1980, p.280).

“1) A retroatividade da decisão é, portanto, o seu carácter declarativo de nulidade da norma inconstitucional; 2) como limite à retroatividade, a ressalva, em princípio, do caso julgado”. (MIRANDA, 1988, 386).

Entendemos que a declaração da inconstitucionalidade atinge o ato jurídico perfeito, e o direito adquirido, pela razão simples e incontornável de que a declaração de inconstitucionalidade leva à nulidade da lei.

Se ocorrer a nulidade da lei, conseqüentemente, há a exclusão do fundamento jurídico da pretensão, à evidência extrema, e se é verdade que do nada, nada surge, não ocorreu o ato jurídico perfeito, nem se concretizou o direito adquirido por falta de subsunção à lei aplicável à espécie.

Confirmando nosso pensamento o escólio de Themístocles Brandão Cavalcanti (1968, p.177), com estas considerações: “Não existe direito adquirido contra a Constituição”.

Não obstante, segundo pensamos, se o ato jurídico perfeito e o direito adquirido concretizaram-se perante a Constituição revogada a Constituição nova, que propiciou a revogação da primitiva, não tem o condão de inconstitucionalizá-los, já que constituídos na íntegra de acordo com a Carta Constitucional anterior.

O sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, pós Constituição de 1988 é o eclético. Há a combinação do método judicial de controle de constitucionalidade exercido pelo modelo difuso e pelo modelo concentrado.

No modelo difuso, mediante o qual qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade, argüida de forma incidental por qualquer dos interessados, sempre ligada a um caso concreto, a decisão terá natureza declaratória, com efeito retroativo e inter-partes.

Ratifica nosso entendimento a jurisprudência oriunda do julgamento do RE 168.554-RJ²⁰: “Inconstitucionalidade – Declaração – Efeitos. – A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato normativo tem efeito ex-tunc”.

²⁰ Julgamento em 08.09.94, Relator: Min. Marco Aurélio, publicado em RTJ/1063.

Em segundo grau de jurisdição a declaração de inconstitucionalidade apenas poderá ocorrer com o voto da maioria absoluta dos integrantes do órgão especial do Tribunal respectivo (art. 97 da Constituição Federal).

O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição da lei ou ato normativo equivalente poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, no prazo fixado pelos regimentos internos dos Tribunais respectivos.

O Presidente da República, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Assembléia Legislativa dos Estados, da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional e o Procurador Geral da República poderão manifestar-se sobre a questão de inconstitucionalidade, inclusive apresentando memoriais e juntando documentos.

Outros órgãos ou entidades interessados no desfecho do julgamento de inconstitucionalidade poderão manifestar-se se houver aquiescência do Relator do incidente de inconstitucionalidade.

A jurisprudência entende desnecessária a reserva de plenário, se a norma já foi declarada inconstitucional pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, como se nota do julgamento do RE 191.890-0/PR²¹, que teve esta redação: “Controle de constitucionalidade – Declaração incidental – Reserva de plenário prevista no art. 97 da CF – Desnecessidade se já declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal”.

Caso contrário, ou seja, se já não houver ocorrido a declaração de inconstitucionalidade pelo pleno do STF, a violação do art. 97 da Constituição Federal de 1988, que trata da necessidade de reserva de plenário para julgamentos da espécie, induzirá à nulidade do dispositivo do Acórdão.

Confirma nosso entendimento o julgamento estampado em RTJ 117/265²²:

“Inconstitucionalidade do art. 544, segunda parte e seu inciso I, da C.L.T. Acolhimento dessa arguição por uma das Turmas do egrégio Tribunal Federal de Recursos, com julgamento, desde logo, da apelação. Recurso extraordinário conhecido e provido (pela letra “a”), por negativa de vigência do art. 116 da Constituição Federal para que, anulado o acórdão recorrido, na parte de provimento da apelação, seja a questão constitucional examinada pelo Plenário do Tribunal Federal de Recursos. Precedentes”.

²¹ Julgamento em 19.06.2000, Relator: Min. Celso de Melo, Diário Oficial da União de 15.08.2000.

²² STF, RE, Recurso extraordinário 103.568 – RJ, Relato: Ministro Sydney Sanches, julgamento em 21.02.06.

No mesmo sentido são os Acórdãos estampados em RTJ 110/226 e RTJ 93/238.

O modelo concentrado atribui o julgamento dos casos de controle de constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF/88), ou aos Tribunais de Justiça, em se tratando de Estados Federados ou do Distrito Federal (art. 125, § 2º da CF/88), por meio de ações específicas (interventivas, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato e as ações declaratórias de constitucionalidade), as últimas apenas no âmbito da União Federal, todas com titularidade restrita, com previsão nos artigo 103 da Constituição Federal ou nas respectivas Constituições Estaduais, conforme o caso concreto.

Aos Tribunais de Justiça estaduais é atribuída competência para processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (artigo. 125, § 2º da Constituição Federal), como também das ações declaratórias de inconstitucionalidades interventivas para observação de princípios constitucionais do Estado Federativo. Em se tratando da Constituição do Estado de Minas Gerais, a matéria está disciplinada no artigo 118, como também no artigo 120, daquele Estatuto.

Mesclada, ainda é a aparição do controle de constitucionalidade pelo sistema político, com atribuição ao Congresso Nacional, através de suas Comissões (art. 58 § 1º da Constituição Federal) de declarar a inconstitucionalidade de projetos de lei e ao Presidente da República (art. 66 § 1º da CF/88) de vetar a lei que entenda inconstitucional. Situações que caracterizam o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como eclético.

O método concentrado é aquele que se exercita através das ações diretas a serem julgadas por Tribunais de Cúpula, com titularidade ativa restrita às autoridades legitimadas. Seu objeto é a lei ou ato normativo, em tese. O efeito do julgamento, é retroativo, ou seja “extunc”, com a exclusão da lei do ordenamento jurídico ao qual pertence o Tribunal que proferiu o julgamento.

Haverá eficácia de coisa julgada “erga-omnes”, sem necessidade de comunicação do resultado do julgamento ao Senado Federal, portanto o efeito do julgamento equivale à nulidade da lei.

Coaduna-se com o nosso pensamento, Celso Seixas Ribeiro Bastos (1972, p.78): “em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula”.

A jurisprudência confirma a doutrina, como se percebe do julgamento do RE 93.356-

MT²³: “Declaração de inconstitucionalidade em ação direta. Efeito” “ex-tunc”, assim reconhecido pelo Acórdão local”.

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade brasileiro é exercido através da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, cujo objeto é a declaração da inconstitucionalidade de um ato administrativo, como, por exemplo, deixar de aplicar percentual mínimo da receita em saúde e educação ou inobservância de princípios constitucionais basilares, na elaboração do ato legislativo, com fundamento no art. 34, VII, art. 35, IV e art. 36, III, com titularidade exclusiva do Procurador Geral da República (art. 36) ou de Procurador Geral de Estado (art. 129, IV), todos da Constituição Federal de 1988.

Como também é exercitado pela ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato (art. 102, I, “a” da CF/88), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CF/88), ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (art. 103, “caput” da CF/88), a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º da CF/88), reclamação ao Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, § 3º da CF/88).

Há também a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual, com competência de julgamento aos Tribunais de Justiça (art. 125, § 2º da CF/88), chamada por parte da doutrina como, antes, neste trabalho, de ação direta de inconstitucionalidade de leis estaduais.

O posicionamento doutrinário tem respaldo na moderna jurisprudência estampada no julgamento da ADIn 0004/2000²⁴, com estas considerações:

“A Constituição Federal de 1988 assentiu no seu art. 125 § 2º, a existência de ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais ante os dispositivos da Constituição Estadual, a ser processada e julgada pelo Tribunal de Justiça”.

Existe também, a representação para intervenção dos Estados nos Municípios que nele se localizarem para cumprimentos de princípios da Constituição Estadual, de lei ordinária, de execução de ordem ou decisão judicial (art. 35, IV da CF/88), também cognominada de ação direta de inconstitucionalidade interventiva estadual.

Não há no Brasil possibilidade de controle de constitucionalidade de lei municipal frente a Constituição Federal, por ação direta, face à inexistência de previsão constitucional

²³ Julgamento em 24.03.81, Relator: Ministro Leitão de Abreu, publicado em RTJ 97/1369.

²⁴ Julgamento em 22.11.2001, Relator: Desembargador Gilson Gois Soares, publicado na RT 797/396.

(art. 102, I, a da CF/88).

Poderá existir o controle difuso, que chegará em tese ao Supremo Tribunal Federal, se tiver repercussão geral, através do Recurso Extraordinário (art. 102, III da CF/88).

Excluídos também ficam os atos administrativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade, através de ações próprias, como por exemplo, o mandado de segurança.

Este é o tratamento do controle de constitucionalidade na Constituição Federal Brasileira de 1988, que, pelas suas peculiaridades, trata-se de sistema eclético, mesclando partes do sistema político, com tratamento preventivo da constitucionalidade e o sistema judicial, com tratamento repressivo da inconstitucionalidade, utilizando-se do método difuso, como também do método concentrado.

No Brasil, depois da Constituição de 1988 o controle de constitucionalidade continuou deficiente, relegando as pretensões constitucionais do cidadão comum ante a titularidade ativa concedida a legitimados específicos com representação processual coletiva, como é o caso do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa das Assembléias Legislativas e o Governador de Estado, entre outros.

O cidadão, que é o cerne do Estado, continua sem acesso ao controle de constitucionalidade na modalidade difusa, faltando-lhe o meio processual para guindar a sua pretensão constitucional, de mera lide, pré-processual, a demanda que deverá ser analisada e decidida pela função judiciária, com o efeito e a amplidão que se dá à coisa julgada, que inclusive teve tratamento constitucional previsto na Constituição Federal de 1988.

O surgimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º da Constituição Federal de 1988, que depois teve o processamento disciplinado pela Lei 9.882 de 03.12.1999, não ocupou o espaço, a lacuna que existe no controle de constitucionalidade brasileiro, anterior e posterior à Constituição de 1988, no sentido de atribuir titularidade ao cidadão para obter o controle de constitucionalidade, em primeiro grau de jurisdição, na modalidade difusa.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental atribui legitimidade para seu exercício, no art. 2º, Inciso I, da Lei 9.882 de 03.12.1999, aos mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, quais sejam: Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa das Assembléias Legislativas e o Governador de Estado, entre outros.

Não é difícil notar que a Constituição Brasileira de 1988, que consagrou no Brasil, o Estado Democrático de Direito, nem o sistema processual brasileiro, atribuem titularidade ao cidadão para deduzir sua pretensão constitucional, pelo método difuso, junto à função

judiciária em primeiro grau de jurisdição, apenas o fazendo de maneira tímida nos art. 480 ao art. 482 do Código de Processo Civil.

Note-se que, de maneira alheia ao cidadão, o controle de constitucionalidade brasileiro, pré e pós Constituição de 1988 continua falho, alijando o povo de meio processual adequado para ter acesso ao judiciário no que diz respeito ao tratamento científico do controle de constitucionalidade, pois o nosso controle de constitucionalidade está a transformar a pretensão constitucional, alusiva ao método difuso, deduzida em primeiro grau de jurisdição, de pretensão prejudicial incidental, com julgamento de mérito, em preliminar constitucional com julgamento fora dos ditames da coisa julgada.

Daí, que, segundo pensamos, está aberto o campo, está provada a necessidade de introdução da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, no controle de constitucionalidade brasileiro, assim se suprimindo lacuna do tratamento da matéria, em primeiro grau de jurisdição, tratando-se com dignidade o cidadão e propiciando-lhe acesso à função judiciária.

2 AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE

O surgimento da ação declaratória é controvertido na doutrina pátria e alienígena, pairando as divergências quanto ao seu alcance e o ordenamento jurídico do qual se originou.

No Brasil, Edson Prata, representante da escola de processualistas do Triângulo Mineiro, informa que os precedentes da ação declaratória advêm do Direito Romano, de forma mais precisa do Período das “Legis Actiones”, quando leciona:

“Trata-se do primeiro período do sistema de justiça privada romana. Surgiu provavelmente com as primeiras manifestações do sentimento de direito do povo romano e se corporificou, em definitivo, com a Lei das XII Tábuas. [E encerra dizendo:] Podemos dividir as ações da lei em declaratórias e executivas. São declaratórias: a) – ‘per sacramentum’, que por aposta sacramental; b) – ‘iudicis postulatio’, ou petição de juiz; c) – ‘per conditionem’, ou pedido de prazo”. (PRATA, 1987, p.61-61).

Na Argentina, Sustenta Guillermo J. Enderle (2005, p.61), que seu nascedouro foi no Direito Egípcio, com estas considerações: “Los primeros antecedentes de la figura en estudio los hallamos en los documentos judiciales greco-egipcios”.

Na Itália, Giuseppe Chiovenda (1947, p.187-188), entende que a origem da ação declaratória ocorreu de forma bifronte, citando para tanto o Direito Romano ao lado do Direito Egípcio, quando doutrina: “Nel processo classico servivano a questo scopo le formulae praeiudiciales o praeiudicia”. E termina: “Quanto ai documenti giudiziari greco-egizi essi ci presentano esempi di tipiche azioni d’accertamento”.

Duas facções doutrinárias disputam a primazia de terem encontrado a origem das ações declaratórias. Ambas têm origem alemã como demonstraremos, a seguir.

Uma corrente, liderada por Weissmann (1879), com sua *Die Feststellungsklage*, que se traduz do alemão para o português por ação declaratória, sustenta a origem miscigenada, a origem mesclada da ação declaratória fundindo institutos e princípios de várias culturas jurídicas para chegar ao que chamamos hoje de ação declaratória, disciplinada pelo art. 4º, como também pelos artigos 5º e 325 do Código de Processo Civil.

Outra facção doutrinária é liderada por Degenkolb, com exposição feita na obra “Einlassungszwang und Urteilsnorm”, cuja tradução para o vernáculo é “Intervenção coativa

e força normativa da sentença”, assevera que a ação declaratória originou-se dos “praejudicia” do Direito Romano (PRIETO CASTRO, 1932, p.10).

A segunda corrente, ou seja, a liderada por Degenkolb, na obra acima mencionada, tem em solo brasileiro seguidores de nomeada.

Dentre eles podem ser citados: Alfredo Buzaid, como líder pátrio desta corrente de pensadores, em sua *Ação declaratória*, sustenta:

“A despeito do brilho com que foi sustentada, esta opinião não merece acolhida. A existência das *formulae et actiones praeiudiciales*, no direito romano clássico, denota claramente que, além da tutela judicial posterior à violação do direito, existia uma forma autônoma, sem *condemnatio* e composta somente de intento, denominada praeiudicium, consistente em um juízo normativo de eventual juízo sucessivo, aplicado nas situações ou questões de estado e nas mais variadas hipóteses de incerteza jurídica. Os romanos não só tiveram consciência da função declaratória das ações prejudiciais, mas as distinguiram das ações de condenação”. (BUZAID, 1986, p.19).

Na mesma linha, o entendimento de Celso Agrícola Barbi, no compêndio *Ação declaratória principal e incidente*, quando leciona:

“As fórmulas prejudiciais não existiam, porém, apenas como juízos preparatórios de outros a serem decididos, mas também como questões principais e independentes de quaisquer outras. Segundo Chiovenda, são numerosos os casos obtidos nas fontes romanas em que os praejudicia constituíam casos típicos de ação declaratória, tal como hoje é admitida”. (BARBI, 1977, p.22).

Acompanhando o mesmo raciocínio, estão: Adroaldo Furtado Fabrício (1976, p.24), Ada Pellegrini Grinover (1972, p.18) e João Batista Lopes (1997, p.36).

Não obstante, ousamos discordar da doutrina retro-mencionada, pois o próprio Alfredo Buzaid, na sua *Ação declaratória*, leciona:

“O direito brasileiro, em face desse instituto, deu-lhe um tratamento diverso do que é dispensado na França, na Itália, na Inglaterra e noutros países da Europa. Enquanto lá só pode ser declarada a usucapião quando o réu exerce o direito de defesa, o Brasil deu um passo adiante, atribuindo ao possuidor uma ação tendente a declarar a aquisição da propriedade”. (BUZAID, 1986, p.199).

Na mesma linha de raciocínio Celso Agrícola Barbi, no compêndio, *Ação declaratória principal e incidente*, informa:

“Ao elaborar-se o Código Processual para o Império alemão, foram abandonados esses Juízos, sendo a lacuna preenchida pela introdução da ação declaratória. A origem desta nesse Código não deve, porém, ser buscada na *actio praejudicialis* romana, nem nos juízos provocatórios. O direito processual francês usava,

tradicionalmente, um tipo de ação destinada ao reconhecimento de escritos e títulos – *action en reconnaissance d'écrit ou de titre* –, a qual se encontrava na Ordenança de Villers-Cotterets, de agosto de 1539, no § 92, e essa ação foi introduzida na Alemanha na segunda metade do século XVI”. (BARBI, 1977, p.29).

Logo, se na Alemanha a ação declaratória não advém das ações prejudiciais, porém das ações de reconhecimento francesas; se a ação de usucapião é exemplo de ação declaratória, como menciona o saudoso Prof. Alfredo Buzaid; se na verdade a ação de usucapião não retrata uma descendente das “ações prejudiciais”, mas caso típico de “litígio entre pretendentes” de um bem corpóreo; logo, nem toda ação declaratória teve origem nas ações prejudiciais.

As evidências doutrinárias estão a indicar a origem multi-processual da ação declaratória hoje vigente no Brasil, advinda de vários ordenamentos processuais oriundos de diversas nações.

Entendemos, com a devida “venia”, que as “*formulae praejudiciales*” eram ações que não tinham cunho condenatório, na verdade se tratavam de requisitos para o ajuizamento de outras ações.

Nos tempos de Justiniano as “*formulas prejudiciales*” tiveram seu conteúdo ampliado abrangendo novos casos de falta de certeza, origem das ações prejudiciais.

É bem verdade que as ações prejudiciais romanas tinham um pequeno conteúdo declaratório, mas tal situação não nos autoriza a afirmar que os romanos tinham conhecimento científico de tal natureza jurídica e muito menos que aquelas foram as antecedentes das atuais ações declaratórias.

Mesmo porque no Direito Processual Civil Brasileiro, as ações condenatórias ou constitutivas que são manejadas através da reconvenção (art. 315 do CPC) possuem, claramente, conteúdo prejudicial, no sentido de que podem influir no resultado da demanda alterando-o, sem que, no entanto sejam declaratórias.

Este é o conteúdo da doutrina de Lopes da Costa (1947, p.188), com estas considerações:

“Dá-se a conexão: (omissis) [...] 5 – Entre a ação do autor e a do réu que se limita à contestação direta (ação declaratória negativa) [...] 8 – Entre a ação e a reconvenção. (art. 190). Entre a ação (*conventio*) e a reconvenção (*reconventio*) podem passar várias espécies de relação: a) uma relação de compensabilidade. O autor aciona cobrando certa quantia; e o réu reconvem, cobrando outra. Procedentes as duas ações, dar-se-á compensação entre as duas dívidas. b) uma relação de prejudicialidade. Quando a decisão sobre uma causa importa o prejulgamento da outra (*praejudicium*)”.

Outrossim, é forçoso salientar que a ação declaratória brasileira, tanto a principal ou propriamente dita prevista no art. 4º do Código de Processo Civil como a ação declaratória incidental tipificada no art. 5º e art. 325, também do Código de Processo Civil podem ter conteúdo prejudicial, ou seja, influir no resultado de outra demanda sem que isso caracterize que sua origem tenha sido, especificamente, nas vetustas “*formulae praejudiciales*” romanas.

Salutar é o entendimento de Prieto Castro (1932, p.10) que tece estas considerações: “Desde luego, las acciones praejudiciales tienen un cierto carácter declaratório, pero el hecho de su existência en el Derecho romano no autoriza a pensar que los romanos tuvieran consciência de la declaración del derecho, en el sentido actual”.

A “*provocatio ad agendum*”, também conhecida pela alcunha de “juízos provocatórios”, teve origem germânica e surgiu depois do desaparecimento das “ações prejudiciais” no Direito Intermédio.

Os “juízos provocatórios” consistiam em provocar o adversário a propor uma ação na qual, entre outros fundamentos, variando conforme o objetivo da parte ativa, a parte passiva deveria sustentar a afirmação da qual se gabava, sujeitando-se ao resultado do embate.

Segundo pensamos, em sentido amplo, dos “juízos provocatórios” estão mais perto de ter sido os antecedentes da intervenção “*iussu iudicis*”, que não foi disciplinada pelo Código de Processo Civil Brasileiro.

Isso porque a parte passiva não era citada para compor um dos pólos da relação jurídica processual, mas provocada a propor uma demanda. Este instituto disciplina a possibilidade de que o representante da função judiciária determine a terceiro, não integrante da demanda, que dela participe e se submeta ao seu resultado.

No Direito Processual Civil Brasileiro esta matéria foi estudada por Moacyr Lobo da Costa (1961, p.38), quando leciona:

“Entre outras finalidades o instituto da intervenção tem a finalidade de integrar o juízo. O escopo de integrar o juízo pode ser, assim, uma das razões de oportunidade que podem determinar o juiz a ordenar de ofício a intervenção para suprir a omissão da parte”.

Os mais conhecidos “juízos provocatórios” foram: a) “*ex lege diffamari*” e b) “*lex si contendat*”.

O “*ex lege diffamari*” era o procedimento segundo o qual o difamador era citado para comparecer em juízo e sustentar a afirmação que propalava. Se ocorresse a improcedência do

pedido do difamador, este deveria guardar silêncio perpétuo.

Porém, com um pouco de imaginação, dá para se pensar que o “juízo provocatório” da “ex lege diffamari” tenha sido o ancestral da ação declaratória negativa ou como também é designada da ação declaratória de inexistência de relação jurídica.

Conforme nosso raciocínio a festejada doutrina de Humberto Cuenca (1976, p.170), com estas letras:

“En los procesos provocatorios, de origem germánico, según los cuales si alguien se jactaba (iactatio) públicamente de que outra persona que aparentaba ser libre y en realidad era siervo, podía ser citado por el difamado, para que sostuviera su afirmación y caso de no comparecer quedaba obligado a guardar perpetuo silencio (impositio silentii) sobre sua jactância. De esta manera, en sus orígenes históricos medievales, la acción declarativa y la jactância aparecen abrazadas”.

No juízo provocatório cognominado de “lex si contendat”, o fiador citado para pagamento e em razão deste fato provocava o credor a demandar os demais co-fiadores solventes para dividir com ele o pagamento da obrigação que lhe era imposta.

O “juízo provocatório” da “lege si contendat” pode constituir-se em antecedente remoto da nossa intervenção de terceiros, alcunhada de “Chamamento ao processo” e disciplinada pelo art. 77 e seguintes do Código de Processo Civil Pátrio.

No instituto brasileiro, o fiador demandado para o pagamento de obrigação da qual é co-responsável, em processo de conhecimento de rito ordinário poderá trazer ao processo para também responder pela dívida o devedor principal não demandado e os demais fiadores não integrantes do pólo passivo da relação processual.

A nosso juízo, para que o juiz do feito defira o pedido do fiador de integração à demanda dos demais co-obrigados, também detentores da condição jurídica de fiadores, deverá analisar a existência ou inexistência da relação jurídica de fiança existente entre eles, verdadeiro juízo declaratório, e em caso positivo autorizar o chamamento ao processo.

Muito embora no atual direito processual civil brasileiro o chamamento ao processo não seja, tipicamente uma ação, mas instituto destinado a ampliar o pólo passivo da demanda e formar título executivo judicial que garanta ao fiador, em caso de procedência de pedido exercer direito de regresso em face de outros fiadores, a natureza da decisão que julga o pedido é declaratória.

De acordo com o nosso raciocínio, a doutrina de Enrico Tullio Liebman (1968, p.157):

“Perciò la chiamata in causa, in sè e per sè, pone il terzo nella situazione di assistere al processo rimanendo ai margini di esso; tutto quello che si può ammettere è che la

chiamata *implichi* la proposizione di una domanda di accertamento nei confronti del terzo, la quale estenda anche a lui gli effetti della sentenza che sarà pronunciata sulla causa originaria tra le parti principali, di modo che valga anche per lui l'accertamento dei punti di fatto e di diritto che sono comuni anche a suo rapporto".²⁵

Situação que demonstra a proximidade do instituto italiano com o aparentado brasileiro e salienta ainda a natureza declaratória do julgamento de ambos, quando declara a existência de uma relação jurídica de fiança entre os co-fiadores e o devedor em favor do credor.

O “litígio entre pretendentes”, do antigo direito italiano retratava uma situação na qual diversas pessoas alegavam ter a posse ou a propriedade de certo bem, sendo que a demanda era resolvida por meio de uma ação de natureza declaratória que julgava a posse ou a propriedade a favor de um dos beligerantes.

A figura do “litígio entre pretendentes” foi transplantada para o direito processual civil brasileiro por meio de várias ações específicas como, por exemplo, as ações possessórias (art. 920 do CPC), as ações dominiais, a ação de usucapião (art. 941 do CPC), a ação de oposição (art. 56 do CPC), nas quais em uma ou em outra circunstância as partes da relação jurídica processual disputam a posse ou direito sobre determinado bem da vida.

Esclareça-se que no direito processual brasileiro a intervenção de terceiros denominada oposição, na verdade trata-se de verdadeira ação em que terceiro entende ser detentor de relação jurídica sobre a coisa ou direito sobre que controvertem, que demandam autor e réu e então ajuíza a oposição com o objetivo obter para si, total ou parcialmente, o objeto do processo.

A nosso juízo, o julgamento do pedido deverá ocorrer por uma sentença que possua dois capítulos, no primeiro verdadeiramente de natureza declaratória, será julgada a existência ou inexistência de relação jurídica do terceiro opoente em face do autor-primitivo.

Em caso de procedência do pedido declaratório passar-se-á então ao julgamento do pedido condenatório do réu-primitivo a cumprir a obrigação em favor do terceiro opoente.

As evidências indicam que, em regra, a oposição brasileira tem natureza dúplice, ou seja, uma demanda de natureza declaratória do terceiro-opoente em face do autor-primitivo,

²⁵ “Por isso a chamada à causa, em si e per si, põe o terceiro na situação de assistir o processo, ficando às margens dele; todo aquele que si pode admitir, que a chamada implique na proposição de uma demanda de accertamento em confronto com o terceiro, à qual se estende também os efeitos da sentença que será pronunciada sobre a causa originária, entre as partes principais, de modo que valha também para eles o accertamento dos pontos de fato e de direito que são comuns também à sua relação jurídica”. (LIEBMAN, 1968, p.157, tradução nossa).

cuja procedência exclui a sua pretensão e outra demanda de natureza condenatória do terceiro-opoente em face do réu-primitivo cuja procedência fará com este cumpra a obrigação em favor do terceiro-opoente.

A ação de oposição apenas será totalmente de natureza declaratória se a relação jurídica objeto da demanda entre autor e réu primitivos for declaratória e a oposição do terceiro tiver a mesma natureza como no caso, por exemplo, de autor e réu beligerarem sobre a propriedade de um bem e o terceiro opoente ajuíze uma oposição alegando o usucapião do mesmo bem.

No que pertine às ações possessórias, à ação de usucapião e as demais ações dominiais, a procedência do pedido declara com relação à primeira a existência ou inexistência de relação jurídica de posse e com relação às últimas a presença ou ausência de relação jurídica de propriedade. Disso dimana, no direito processual civil brasileiro, a natureza declaratória da sentença que julga tais pedidos.

Este instituto, do “litígio entre pretendentes”, a nosso juízo, pode ter sido o ponto de partida da ação declaratória positiva, qual seja aquela que declara existente uma relação jurídica entre pessoas ou entre pessoas e coisas da forma como foi disciplinada no direito processual civil brasileiro.

Ratificando nosso entendimento, a festejada doutrina de Degenkolb, citado por Adolph Wach (1952, p.28), quando patenteia: “Con no menos razón podría decirse que la reivindicatio tiende al reconocimiento del derecho de dominio”.

A “Obtención de seguridad”²⁶ do Direito Francês e suas aparentadas do Direito Italiano, quais sejam: a) “Las acciones as silentium imponi; b) “confirmación judicial”.

As ações retro-mencionadas claramente buscavam a formação da coisa julgada, situação que não lhes tira o condão de ação declaratória positiva.

Esclareça-se que a segurança jurídica advém da qualidade de coisa julgada e não da natureza jurídica da ação declaratória.

Confirmando nosso entendimento a abalizada doutrina de Weissmann (1884, p.79), citado por Wach (1952, p.29), quando leciona: “En la medida que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia constituye una garantía, se podrá todavía definir la acción declarativa como acción de garantía”.

O “procedimento documental de reconhecimento” do Direito Francês pode ter sido o embrião da ação declaratória de falsidade ou de autenticidade documental prevista no Direito

²⁶ Cf. PRIETO CASTRO (1932, p.15)

Processual Civil Brasileiro.

Em abono ao nosso entendimento a doutrina de Giuseppe Chiovenda (1980, p.171), quando noticia:

“Del resto il code de procédure civile ha esercitato una notevole influenza sullo sviluppo dell’azione d’accertamento nelle moderne leggi europee, perchè esso contiene (art. 193 e 214) quell’azione per reconnaissance et vérification d’écriture privée e quell’azione per dichiarazione di falso che – come ho già osservato – hanno servito di esempio al legislatore germanico nella costruzione dell’azione generale d’accertamento”.²⁷

Já o “procedimento documental renovatório”²⁸, do Direito Francês, a “provocación singular que hemos visto antes para la renovación de los títulos de deuda” do Direito Italiano, nos parecem ser os precursores da ação monitória brasileira, disciplinada no art. 1102-“a” do nosso Código de Processo Civil Brasileiro.

A “Acción de nulidad (querella nullitatis)”, continua sendo utilizada no Direito Processual Brasileiro como meio processual adequado para se declarar a nulidade de ato jurídico “lato sensu”, portanto, hoje é utilizada como sub tipo de ação declaratória negativa.

Tal circunstância demonstra por si só que a existência da ação declaratória de nulidade exclui a possibilidade jurídica de que as “praejudicia” do direito romano tenham sido a única fonte das atuais ações declaratórias manejadas pelo direito processual civil brasileiro.

A “querella nullitatis” é sempre lembrada naqueles casos em que o direito processual civil brasileiro exclui a possibilidade de exercício da ação rescisória, disciplinada pelo art. 485 do Código de Processo Civil Brasileiro, quando de fato e de direito a sentença que se quer impugnar é eivada de nulidade por falta de condições da ação ou de pressupostos processuais.

Na atualidade a ação declaratória de nulidade ou “querella nullitatis” está em pleno uso no direito processual brasileiro a servir de instrumento à tese da relativização da coisa julgada civil fundada na sua inconstitucionalidade.

Avalizando nosso posicionamento, no sentido de que a “actio nulitatis” do direito romano e do direito germânico medieval é também uma das precedentes da atual ação declaratória brasileira, a abalizada doutrina de Piero Calamandrei (1943, p.135), quando esclarece:

²⁷ “De resto o Código de Processo Civil tem exercitado uma notável influência sobre o desenvolvimento da ação de acertamento nas modernas leis européias, porque ele contém (art. 193 e 214) aquela ação de reconhecimento e verificação de escritos privados e aquela ação de declaração de falsidade que – como já foi observado – têm servido de exemplo para o legislador germânico na construção da ação geral de acertamento”. (CHIOVENDA, 1980, p.171, tradução nossa).

²⁸ Cf. PRIETO CASTRO (1992, p.17)

“Hay por lo menos un caso, pues, en que la nulidade de una sentencia puede ser hecha valer, no ya através de los medios de impugnación, sino mediante una normal acción de declaración de certeza, actio nullitatis dirigida a hacer declarar, sin limites de tiempo, que la sentencia ha sido desde el comienzo, y continua siéndolo, inválida e inapropiada para pasar en cosa juzgada”.

Posicionamento diferente é o trilhado pelo tratadista português Antunes Varela (1984, p.674), com estas considerações:

“Por outro lado, quando a sentença admita recurso ordinário, o recurso pode ter como fundamento qualquer das nulidades constantes das alíneas a e do nº 1 do art. 668 (assim se tendo dado mais um passo no sentido, que as legislações há muito vêm trilhando, da absorção da velha querela nullitatis pela apelatio)”.

Entendemos que o posicionamento mais aplicável ao processo civil brasileiro é o ligado à doutrina de Calamandrei, pois a inexistência de relação jurídica é campo de atuação da ação declaratória (art. 4º do CPC) e não do recurso de apelação (art. 513 do CPC).

Sem contar que, no Brasil do Estado Democrático de Direito, não pode passar a tese vetusta e distorcida de que a coisa julgada poderá fazer o branco se tornar negro e o ato nulo, ato jurídico perfeito.

Não é demais lembrar que o tempo de interposição do recurso de apelação, qual seja quinze dias, pode ser insuficiente para verificação e comprovação de uma nulidade que poderá ser exercitada com maior garantia no prazo decadencial da ação declaratória.

A “La demanda incidental” do Direito Italiano, oriunda que foi do Direito Canônico e de princípio estrutural do Direito Francês (BARBI, 1977, p.201) possui características que nos autorizam a concluir que tenha sido a antecedente da nossa ação declaratória incidental, constante do art. 5º e art. 325 do Código de Processo Civil Brasileiro.

A conclusão a que se chega é que a ação declaratória brasileira não teve somente uma antecedente, pelo contrário constitui o somatório de vários procedimentos e ações constantes do Direito Francês, do Direito Italiano, do Direito canônico, do Direito Alemão, entre outros.

No Brasil, a ação declaratória principal chegou através do Código Filipino, no Livro III, depois aos Códigos de Processo Civil Estaduais, do Distrito Federal (1924), Mato Grosso (1928) e Minas Gerais em 1929.

Alcançou depois o Código de Processo Civil de 1939, nos artigos 2º e 290, mantida no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 4º (quarto), art. 5º (quinto) e art. 325

(trezentos e vinte e cinco).

O objeto da ação declaratória no Brasil é a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica de direito material, constitucional ou processual, portanto não há impedimento de que esta ou aquela relação jurídica seja objeto de ação declaratória, desde que presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

A questão já foi tormentosa quando parte da doutrina sustentava, principalmente, com fundamento em doutrinadores alemães do século passado, que apenas podiam ser objeto de ação declaratória, as relações jurídicas de direito material.

Como se vê da lição de Enrico Allorio (1958, p.194),

“En efecto, tiene sentido el distinguir derecho sustancial y proceso solo respecto de las situaciones que o bien del proceso (de declaración) representen el objeto (y a éstas les llamaremos, precisamente por ser objeto de la declaración judicial, situaciones de derecho sustancial)”.

De forma divergente leciona Gian Antonio Micheli (1957, p.66), ao apresentar estas considerações: “L’ accertamento per opera del giudice, dunque, costituisce una forma di tutela, in quanto definisce autoritativamente una situazione di incertezza circa l’ esistenza o le modalità di un diritto (ed in certi casi anche di un fatto)”.

Não obstante a declaratória brasileira não abranja fato, a dúvida restou esclarecida no sentido da ampliação do objeto da ação declaratória para nele incluir qualquer espécie de relação jurídica. Tanto é verdade que o Código de Processo Civil Brasileiro, quando trata da matéria, não impôs nenhum requisito especial, ademais o artigo 102 da Constituição Federal traz em seu bojo o cabimento de ações declaratórias cuja relação jurídica é de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, claramente de conteúdo mais amplo que o simples Direito material.

Lapidar é o escólio de Leonardo Prieto Castro (1932, p.73):

“El resultado más perfecto alcanzado en el terreno legal en orden a lo que va constituir objeto de nuestra investigación, la acción de declaración, se encuentra en el enunciado del pár. 256 de la Ordenanza procesal civil alemana, nada mejor que transcribir [...] En declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o en reconocimiento de un documento o declaración de la no autenticidad del mismo [...], sea declarada inmediatamente por decision judicial [e termina:] La mera declaración se contenta com ésto. El Juez se limita a declarar que una relación jurídica existe o no existe, que el hecho es así o no. El fallo no tiene más trascendencia, pues, que otorgar fuerza de cosa juzgada a lo que ha declarado existente o inexistente”.

Interessante notar que o objeto da ação declaratória poderá ser qualquer relação jurídica de direito material, civil, constitucional, penal ou processual, desde que seja concreta.

Aliás, nesse já consistia o ensinamento de Adolph Wach, em 1865, na sua célebre “pretensão de declaração”, cujo título pode ser também traduzido por “ação declaratória”, com estas letras: “La “relación jurídica” no es un derecho abstrato, objetivo, sino la relación jurídica concreta de una persona, resultante del dominio de la norma jurídica sobre una configuración de hechos.” (WACH, 1952, p.8).

No direito processual brasileiro travou-se acirrada polêmica processual-científica acerca do cabimento ou não da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade.

Na doutrina estrangeira, a primeira a utilizá-la, como instrumento de controle de constitucionalidade, foi a norte-americana, a partir de 1918, depois de notar a insuficiência do tratamento processual da matéria sob a forma de exceção. Confirma nosso posicionamento a doutrina de Alfredo Buzaid (1958, p.27), com estas considerações: “Terceiro método de exame judicial da constitucionalidade das leis surgiu recentemente nos Estados Unidos. Trata-se do emprego da ação declaratória”.

A doutrina do elogiado processual-constitucionalista brasileiro é corroborada pelos ensinamentos contidos no célebre artigo de autoria de George H. Jaffin (1941, p.280):

“Foi estimulado pela corrente de idéias que, a partir de 1918, provocou nos Estados Unidos a penetração cada vez maior do processo da sentença declaratória [...]. [E encerra dizendo:] O recurso à sentença declaratória, como meio de levar os juízes a provar a constitucionalidade das leis, desenvolveu-se nas cortes dos Estados muito antes de atingir as cortes federais”.

A doutrina portenha é unânime quanto ao cabimento da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade. Neste sentido é a lição de Hugo Alsina (1941, p.200): “Pero, el ejemplo típico de acción declarativa en nuestro país, lo constituye la demanda de inconstitucionalidad”.

Na mesma linha é o escólio de German Bidart Campos (1987, p.187), com estas considerações:

“En resumen, creemos que tanto procede articular el control de constitucionalidad en la causa que se promueve mediante acción declarativa de certeza [...] [e conclui:] cuanto incitarlo directamente mediante una acción declarativa de inconstitucionalidad pura”.

Depois da sedimentação doutrinária, o art. 368 do Código de Procedimento civil da província de Buenos Aires, consagrou, em sede legislativa, a ação declaratória de inconstitucionalidade.

No Uruguai, seu uso é pacífico como nos demonstra o festejado Eduardo Jimenez de Arechaga (1941, p.243), quando elucida:

“A ação direta perante a corte, tendente a provocar a sentença de inconstitucionalidade, não desvirtuaria, de modo algum, o desempenho da função jurisdicional [...]. Neste caso, como no outro e sempre conforme a fórmula de Bryce, o juiz não sai em busca da lei, mas espera que os particulares a tragam à sua presença para entregar-se a seu estudo”.

Na Alemanha, James Goldschmidt (1936, p.104), preleciona: “Sin embargo, también puede constituir motivo de acción declarativa una relación jurídica de derecho público, en cuanto pueda servir de fundamento a consecuencias jurídicas para que sea accessible la via del proceso civil”.

Perceba-se que o tratadista em estudo autoriza, indiretamente, a utilização da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade, ao sustentar que pode ser objeto da ação declaratória qualquer relação de direito público, ramo ao qual se vincula o direito constitucional.

No Brasil foi vitoriosa a corrente que advogada a possibilidade processual do cabimento da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade.

Entre diversos autores podem ser mencionados: Lúcio Bittencourt (1968, p.102), quando assevera: “Hoje, sem necessidade de modificação da legislação vigente, a ação declaratória já é cabível, estando apenas subordinada à demonstração de legítimo interesse por parte do autor”. Themístocles Cavalcanti (1968, p.96), ao escrever: “Entre nós, nada impede que, por meio de ação declaratória, aprecie o Poder Judiciário a constitucionalidade de uma lei”.

Modernamente a polêmica está vencida, o Código de Processo Civil de 1973, não impõe qualquer restrição ao uso da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade e muito menos a Constituição Federal Brasileira de 1988 oferece resistência a tal propósito.

Aliás, a Constituição Federal em seu art.103 traz as famosas ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Daí, conclui-se que o cidadão brasileiro pode valer-se da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade, em primeiro grau de jurisdição, seja pela inexistência de qualquer impedimento legal, seja pela adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, apreciou a matéria no julgamento do RE 89.553-GO²⁹, no qual beligeravam o Município de Goiatuba (GO) e o Município de Bom Jesus de Goiás (GO), com estas observações:

“Ação declaratória – Declaração ‘incidenter tantum’ de inconstitucionalidade – Questão prejudicial – O controle de constitucionalidade por via incidental se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial, para ir ao objeto do pedido”.

Para se obter o conceito de lide constitucional, basta adaptar-se a visão carneluttiana, de que lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ou insatisfeita, acrescentando-lhe como fundamento do litígio uma pretensão cuja base seja de direito constitucional.

Ponderem-se as palavras de Francesco Carnelutti (1936, p.40): “Chiamo lite il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro”.

Temos presente a advertência de Piero Calamandrei (1928, p.3), de que o conceito de lide de Carnelutti é sociológico e não jurídico, além de que reduz o campo de atuação da jurisdição, com estas considerações:

“Mi propongo oggi di chiarire ex professo le ragioni del mio dissenso, le quali possono raggrupparsi intorno a due quesiti: primo, se in iure conditio sia esatto, da un punto di vista storico dogmatico, ridurre la giurisdizione a pura decisione di liti; secondo, se in iure condendo sia conveniente, dal punto di vista político legislativo, adottare il concetto di lite come uno dei capisaldi del nuovo Codice”.³⁰

Concordamos com a argumentação de que o conceito de lide, antes de ser jurídico, é sociológico, pelo fato incontornável de que, antes de existir a demanda judicial, o processo em si, com a formação da relação jurídica processual válida, com a presença das partes e da jurisdição, haverá necessariamente que existir no meio social um conflito entre partes com interesses jurídicos e financeiros antagônicos.

Essa é nossa posição doutrinária firme, defendida há muitos lustros³¹, de que realmente o conceito de lide é pré-processual, sendo que o agravamento da intransigência das

²⁹ Julgamento em 24.03.81, Relator Ministro Rafael Mayer, publicado em RTJ 97/1191.

³⁰ “Proponho-me hoje a esclarecer as razões de meu dissenso, as quais podem ser agrupadas em torno de duas questões: primeiro, se em condição jurídica, é exato, do ponto de vista histórico e dogmático reduzir a jurisdição à pura decisão de lides; segundo: se, juridicamente, é conveniente, do ponto de vista político legislativo, adotar o conceito de lide, como um dos principais do novo Código”. (CALAMANDREI, 1928, p.3, tradução nossa).

partes chegará até a seara do judiciário.

Na Alemanha, Wach (1952, p.30) informa-nos que Windscheid sustentava que nenhuma ação prejudicial possui pretensão, e transcreve o conteúdo da obra do último com estas considerações:

“Si se quiere encontrar en esta actio la expresión de una pretensión (Anspruch), solamente se podrá establecer, como contenido de la misma, que está dirigida al reconocimiento de lo existente. Sin embargo, parece más acertado concebir la actio praeiudicialis solamente como una nueva formación procesal, una presentación o derecho de presentación procesal, al Juez, sin que tenga por base ninguna pretensión de la parte contraria”.

O próprio Wach (1952, p.62), na obra retromencionada, define pretensão, valendo-se dos ensinamentos de Kohler, com estas considerações: “Definición de la pretensión: Es la facultad presente de requerir de outro una actividad o la omisión de una actividad”.

No ordenamento processual italiano entende-se não existir lide nos casos de prejudicial de inconstitucionalidade. Assim, Mauro Cappelletti (1972, p.20):

“Accertamento sulla validità costituzionale di una norma legislativa può costituire la soluzione della questione di una lite, ma non esistono nè una lite tra il cittadino e il legislatore nè un applicazione giurisdizionale di sanzioni contro l'atto incostituzionale”.³²

No mesmo diapasão é o ensinamento de Calamandrei (1943, p.84), neste patamar: “Sino porque ninguno de los sintomas que se indican como típicos de la función jurisdiccional, se encuentran en este control general de constitucionalidad no se encuentra el caneluttiano de la “litis” y su composición”.

Outrossim, na Espanha, esclarece a tratadista Encarnacion Pageo (1990, p.100): “Desde luego, aparte de otras consecuencias que devienen de este hecho, se puede afirmar tajantemente que no existe en dicho proceso contradicción de intereses”.

No processo constitucional brasileiro, de forma precisa na ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, da qual tratamos há a presença clara e incontestável de lide constitucional.

É preciso um exemplo para evidenciar a existência de lide constitucional no Direito Processual Civil Brasileiro, nestes termos: Jaqueline propõe demanda em face de Naiara e

³¹ Sobre a matéria consulte-se nossa *Ação Declaratória*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

³² “Acertamento sobre a validade constitucional de uma norma legal pode constituir a solução da questão de uma lide, mas não existe uma lide entre o cidadão e o legislador, nem é uma aplicação jurisdicional de sanção contra o ato inconstitucional”. (CAPPELLETTI, 1972, p.20, tradução nossa).

Samara, cujo pedido é, hipoteticamente, de busca e apreensão de um veículo, sendo que as últimas já efetuaram noventa por cento do pagamento das contra-prestações. Mesmo assim, a primeira requer a apreensão do veículo, com sua venda extrajudicial, sem devolução do valor de capital e encargos financeiros amortizados, sem a possibilidade de realização de perícia para apuração de eventual excesso.

As últimas, inconformadas com a existência de inconstitucionalidade no dispositivo de lei que autoriza esta atrocidade jurídica, para esquivar-se de sua aplicação, poderão valer-se, do instituto em estudo, qual seja da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade para que seja declarada a inconstitucionalidade material do dispositivo legal, negando sua aplicação à demanda.

De forma que com a procedência do pedido será deferida oportunidade às últimas para que seja realizada a prova pericial para constatação de seu suposto direito.

No ordenamento jurídico brasileiro a lide constitucional, sem sombra de dúvida existe na ação direta de inconstitucionalidade interventiva, pois o Estado Federado, sobre o qual se intenta a intervenção, por certo “resistirá” à pretensão da União.

No mandado de segurança (art. 5º, inciso LXIX da CF/88) no qual em tese o cidadão pleiteia direito líquido e certo, a pretensão constitucional será resistida pela autoridade coatora.

A lide constitucional poderá dar ensejo a uma ação declaratória incidental de inconstitucionalidade (art. 5º e 325 do Código de Processo Civil Brasileiro) ou a uma ação declaratória, cuja finalidade é declarar a inconstitucionalidade da relação jurídica deduzida na demanda principal, conexa, com fundamento no art. 4º do Código de Processo Civil Brasileiro.

O conceito carneluttiano de lide há de ser, pois, publicizado. Realmente, como demonstra a origem (que não é a do *praejudicium*, apenas) da ação declaratória, será bastante a questão constitucional, que se faz hábil a perfazer a prejudicial – irrelevante que haja, ou não, no processo constitucional, contradição de interesses.

A questão prejudicial constitucional é aquela que surge no curso de uma demanda cujo fundamento é de direito constitucional e cuja solução poderá influir no julgamento do pedido principal. E que, por força das circunstâncias, deverá ser solucionada antes daquele.

A questão prejudicial, seja de direito material, processual ou constitucional, poderia ser objeto de uma ação autônoma, conexa com a demanda principal.

A questão prejudicial tem como característica que nenhuma das partes, requereu que sobre seu conteúdo fosse efetivado julgamento de mérito, razão pela qual não é coberta pela

coisa julgada material, sendo apenas acobertada pela coisa julgada formal.

Se uma das partes, no prazo estipulado em lei, requerer que sobre a decisão da questão prejudicial ocorra a incidência da coisa julgada material, surge então a figura da ação prejudicial, que poderá ser conexa à ação principal, ou incidental a esta, se seu conteúdo for de natureza declaratória, forte no art. 325 do Código de Processo Civil pátrio, já que o nosso direito não conhece a figura da ação constitutiva incidental, nem mesmo da ação condenatória incidental, por falta de previsão legal.

Merece transcrição a doutrina de Chiovenda (1947, p.347), neste diapasão: “Il principio che domina tutta questa materia é dunque che le questioni pregiudiziali sono decise di regola senza effetti di cosa giudicata (inciderent tantum)”.

A competência para julgamento da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade é do juízo por onde tramita a demanda principal, conforme art.109 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Por se tratar de instituto cujo escopo é disciplinar o procedimento processual do julgamento do controle de constitucionalidade difuso, em primeiro grau de jurisdição, por força do art. 97 da Constituição Federal, qualquer juiz estadual ou federal, cível, criminal ou trabalhista poderá julgá-la.

Ratificando nosso posicionamento, J.J. Gomes Canotilho (1991, p.243) esclarece:

“Historicamente, a emergência do conceito de fiscalização da constitucionalidade ficou assinalada por dois elementos fundamentais: a) a possibilidade de declarar a ilegitimidade de uma norma por motivo de desrespeito pela Constituição; b) a entrega dessa competência a instâncias independentes de natureza judicial, seja aos tribunais comuns (sistema americano), seja a um tribunal especializado, um tribunal constitucional (sistema austríaco)”.

A titularidade ativa da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade é das partes envolvidas na demanda principal. Conforme nosso balizamento é a doutrina de alemã de Adolph Schonke (1946, p.179): “Solamente pueden ser partes del procedimiento declarativo incidental las mismas que lo son del proceso pendiente”.

Na Argentina, na mesma esteira é o escólio de Ricardo Reimundín (1954, p.95), com estas considerações: “La demanda de inconstitucionalidad puede proponerse por cualquier persona de existência ideal o visible que se considere agraviada por leyes, reglamentos [...], que sean contrários a derechos, excepciones y garantías acordadas por la Constitución”.

Logo tanto a parte passiva poderá fazê-lo (e para tanto deverá servir-se da oportunidade da contestação, forte no art. 5º do Código de Processo Civil Brasileiro), quanto a

parte ativa da relação processual, que o fará no tempo da réplica, fundada no art. 325 do Código de Processo Civil. A parte ativa ou a parte passiva da relação processual poderá valer-se do instituto a qualquer momento, desde que ocorra fato novo na versão indicada pelo art. 303, Inciso I do Código de Processo Civil.

A legitimidade passiva é da parte que se opuser à declaração incidental de inconstitucionalidade e figurar em um dos polos da demanda principal. O Ministério Público poderá manejá-la quando for parte na demanda.

Em se tratando de demanda circunscrita ao Direito Processual Penal ou ao Direito Processual do Trabalho, onde surja uma questão de inconstitucionalidade de lei ordinária ou ato normativo equivalente, no bojo de demanda principal, por falta de impedimento legal, entendemos que seja juridicamente possível a utilização de ação declaratória, com fundamento no art. 4º do Código de Processo Civil, visto que este é aplicável subsidiariamente àqueles.

Ao contrário da mera objeção de inconstitucionalidade o juiz do feito não poderá manejar a ação declaratória incidental de inconstitucionalidade de ofício, por força do art. 1º do Código de Processo Civil Brasileiro, segundo o qual a jurisdição deverá ser provocada.

Além de que a atuação do magistrado propondo demanda importará em grave suposição de sua parcialidade no julgamento do pedido de inconstitucionalidade porque estará favorecendo, em tese, uma das partes da demanda.

Ademais tal iniciativa é concedida aos juízes no sistema de controle da constitucionalidade judicial vigentes na Itália, na Alemanha e na Espanha, não no Brasil.

Outro não é o entendimento de Themístocles Cavalcanti (1968, p.65), “que a intervenção judicial seja provocada por quem tenha interesse”.

O interesse de agir na ação declaratória incidental de inconstitucionalidade existirá se a parte que se entender prejudicada pela aplicação de uma norma supostamente inconstitucional necessitar do acesso à função judiciária para que não se submeta à aplicação daquela e se esta exclusão de aplicação da norma ordinária ou ato normativo equivalente lhe for útil, propiciando-lhe a vitória na demanda ou minorando seu prejuízo jurídico.

Tratando a matéria, no Direito Processual Civil Alemão, James Goldschmidt (1936, p.107) pondera: “El § 256 exige expresamente la existência de una necesidad de protección jurídica, cuando habla de un interes jurídico de obtener una rápida declaración”.

Interessante notar que em sede de Direito Processual Civil Alemão, o interesse de agir não é tratado pela ciência jurídica como condição da ação e sim pressuposto processual.

Confirma nosso entendimento a festejada doutrina de Adolph Schonke (1946, p.157),

quando patenteia: “El interes en la inmediata declaración – al igual que la necesidad de tutela jurídica; [...] cfr. Supra, § 43, IV – constituye um presupuesto procesal. Caso de faltar, se ha de repeler en la instancia da demanda como inadmisibile”.

Não há falar-se em interesse de agir que justifique a propositura de uma ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, por exemplo, quando ocorre alguma das seguintes situações hipotéticas mencionadas:

a) se a norma tida como, supostamente, inconstitucional está eivada de caducidade revogada ao tempo da propositura da demanda;

b) se o pedido constante da demanda puder ser decidido, com base em outra lei.

Idêntico raciocínio, exorta Calamandrei (1943, p.74), quando esclarece: “Si el juez considera que la causa puede ser decidida a base de outra ley, la decisión sobre la legitimidad de la primera pierde su carácter prejudicial”.

Se a norma tida como inconstitucional não se aplica à solução do caso concreto, submetido a julgamento, neste diapasão o ensinamento de Encarnación Pageo (1990, p.255):

“Al ser la cuestión de inconstitucionalidad, un control concreto, la norma cuestionada se debe juzgar en el proceso a quo como prejudicial. De no existir esta especial ligazón entre la norma cuestionada y el proceso a quo, el control constitucional carece manifestamente de fundamento”.

Entre nós, é presente a possibilidade jurídica do pedido, porquanto não existe impedimento jurídico, no direito processual civil brasileiro, a que se ajuíze uma ação declaratória, seja propriamente dita, seja incidental, cujo objeto seja matéria de direito público, mais precisamente de direito constitucional.

Ademais a ação declaratória, nas modalidades, principal e incidente, foi acolhida nos artigos 4º, 5º e 325 do Código de Processo Civil Brasileiro, sem a exigência de qualquer requisito especial.

Confirmando nosso posicionamento, Crisanto Mandrioli (1995, p.40): “Cio premesso, possiamo incominciare col ravvisare um primo requisito o condizione dell’azione nell’esistenza di una norma che contempli in astrato il diritto che si vuole valere. Questa prima condizione dell’azione si chiama possibilità giuridica”.³³

Digna de menção é a curiosa passagem na qual Adolph Wach (1952, p.46) sustenta que todo direito subjetivo deverá ser realizável, com estas considerações: “Los derechos

³³ “Essa premissa, podemos começar com a revisão de um primeiro requisito ou condição da ação a inexistência de uma norma que contemple em abstrato o direito que se quer valer. Esta é a primeira condição da ação e se chama possibilidade jurídica”. (MANDRIOLI, 1995, p.40, tradução nossa).

subjetivos deben ser susceptibles de realización y comprobación”. E conclui: “Si tengo el derecho de poder pretender, esta pretensión deberá ser compulsivamente realizable”.

Considerações que, às evidências, sugerem que podem ter sido o antecedente, no Direito Processual Civil Alemão, da possibilidade jurídica do pedido trazida a lume por Enrico Tullio Liebman (1968, p.45), no seu histórico *Manuale di diritto processuale civile*, pelo menos sob aspecto da possibilidade física do pedido.

As partes da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade são às mesmas partes da demanda na qual surgiu a questão prejudicial de inconstitucionalidade. Uma delas, tanto a parte ativa, quanto a parte passiva, nas oportunidades que lhes faculta a lei processual, poderá requerer que sobre a questão prejudicial constitucional seja realizado julgamento do pedido, agora regido pela teoria da lide constitucional e que sobre ele recaia a coisa julgada.

Lapidar é o ensinamento de Alfredo Buzaid (1986, p.362), quando exorta:

“Aliás, o que propriamente caracteriza o conceito técnico e moderno da ação declaratória incidental é o fato de que a autoridade da coisa julgada não se limita à parte dispositiva da sentença, relativa à questão fundamental. Abrange, outrossim, a questão prejudicial, cuja decisão tem eficácia para os processos futuros”.

A doutrina clássica estabeleceu vários critérios para que se realizasse o controle de constitucionalidade pelo sistema judicial, utilizando-se o método difuso, entendendo que jamais o pedido poderia ser objeto de ação autônoma.

Esta é a doutrina do respeitado Rui Barbosa (1928, p.128): “Que a acção não tenha por objecto directamente o acto inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade delle apenas como fundamento, e não alvo, do libello”.

No mesmo patamar é o escólio de Themístocles Cavalcanti (1968, p.65): “Que a ação não tenha por objeto o ato inconstitucional, mas se refira à inconstitucionalidade como fundamento do pedido”.

Ocorre que com a evolução da ciência processual e, em contra-partida, do direito constitucional, com a introdução do Estado Democrático de Direito, sucedeu que, no mesmo patamar, ampliou-se a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, através de mecanismos processuais adequados, através dos quais passaram a ser utilizados o mandado de segurança. Como se nota do Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança 20.636-5-DF³⁴, “Lei – Inconstitucionalidade – Declaração incidental em mandado de segurança – Admissibilidade”.

³⁴ Julgamento em 18.03.87, Relator Ministro Sydney Sanches, publicado na RT 620/208.

A ação popular, também foi admitida como meio de controle de constitucionalidade, consoante se nota da jurisprudência do Tribunal Justiça de Santa Catarina³⁵, transcrita, a seguir: “Ação popular – Controle incidental de constitucionalidade de lei de efeito concreto – Admissibilidade”.

Na mesma esteira a ação civil pública, foi recepcionada pela jurisprudência como meio processual autônomo para exercício do controle de constitucionalidade difuso, neste patamar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal³⁶, no julgamento da Reclamação 600-0/SP, Relator Ministro Néri, julgado em 03.09.1997.

Nas ações coletivas, não se nega, à evidência a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, “incidenter tantum”, de lei ou ato normativo federal ou local.

Trata-se do que a doutrina clássica chamaria de ação autônoma, para proteção daqueles direitos fundamentais, caindo, por conseguinte, o empecilho que a doutrina ortodoxa impunha ao desenvolvimento do instituto, sem nenhum fundamento em Direito, seja material ou processual, apenas com base em praxismo injustificável cientificamente.

No foro pós-moderno, entendemos que presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, estando a demanda em trâmite regular, presente a pretensão de declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, resistida pela parte contrária, surgirá a lide constitucional prejudicial em seu bojo, cuja solução será necessária e útil para o julgamento do pedido constante da demanda principal, portanto, cabível em tese, a ação declaratória incidental de inconstitucionalidade.

Pois já esclarecia Carnellutti (1936, p.931):

“Cio spiega intanto perché il processo con accertamento incidentale sia da collocarsi esattamente nella categoria dei processi con pluralità di liti [e concludi:] La singolarità del processo con accertamento incidentale sta in cio che la domanda per l'accertamento di tutti gli altri rapporti dipendenti da un dato fatto incidente nel processo statuito per l'accertamento di uno o più rapporti singoli collegati al fatto medesimo”.³⁷

Na hipótese de ocorrência de perda de prazo para utilização da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, seja na contestação, como na impugnação da demanda principal e não se podendo utilizar a faculdade do art. 303, Inciso I do Código de Processo

³⁵ Apelação 21.944, julgada em 01.06.86, Relator Desembargador Xavier Vieira, publicada na RT 623/155.

³⁶ Reclamação 600-0/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 03.09.1997.

³⁷ “Isso explica, no entanto porque o processo com accertamento incidentale seja colocado exatamente na categoria de processos com pluralidade de lides. A singularidade do processo com accertamento incidentale está em que a demanda de accertamento de todas as outras relações dependentes de um dado fato incidente no processo primitivo para o accertamento de uma ou mais relações singulares coligadas ao mesmo fato”. (CARNELLUTTI,

Civil, poderá ser manejada ação declaratória pura (art. 4º do Código de Processo Civil Brasileiro), conexa à demanda primitiva, com fundamento na inconstitucionalidade da norma que se tem por agressiva ao direito do interessado, que será normalmente processada e julgada na forma da lei processual.

De acordo com a nossa conclusão, Chiovenda (1947, p.353): “Anzitutto che l’oggetto della domanda sia tale che avrebbe potuto formare oggetto d’una azione autonoma d’accertamento”.

O resultado do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade conexa à ação principal equivalerá ao julgamento do pedido da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade.

Igual tratamento, ou seja, a propositura de ação declaratória pura (art. 4º do Código de Processo Civil Brasileiro), conexa à demanda primitiva, com fundamento na inconstitucionalidade da norma, deverá ser dado ao interessado no caso de incompatibilidade do procedimento da ação primitiva com o rito da ação declaratória incidental.

A mesma solução, qual seja o ajuizamento de ação declaratória pura (art. 4º do Código de Processo Civil Brasileiro), para solução dos casos de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos equivalentes, em sede de ação penal ou de ação trabalhista.

Isso porque, no método difuso de controle de constitucionalidade, adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, a competência para declaração da inconstitucionalidade é outorgada a todos os juízes com atuação na jurisdição brasileira, seja sua competência cível, penal ou trabalhista.

Ratifica nosso posicionamento a lição de Adolph Schonke (1946, p.179), com estas considerações: “Queda al arbitrio de las partes la presentación de la demanda declarativa incidental; la posibilidad de presentarla no excluye la demanda declarativa corriente”.

No mesmo patamar é a exigência descrita por Mauro Cappelletti (1972, p.102): “Il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale”.

A disciplina do valor da causa nas ações declaratórias possui duas correntes distintas, uma delas afirmando que aquele valor se fixa de acordo com o valor da relação jurídica que se quer declarar existente ou inexistente. Outra corrente assevera que o valor da causa, em sede de ação declaratória, deverá ser equivalente ao proveito que a parte obterá com a procedência da demanda.

Analisemos a situação sob o prisma da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade. O valor da causa, de acordo com a disciplina jurídico-processual do art. 259 do Código de Processo Civil Brasileiro, poderá ser igual ao valor da relação jurídica de que se queira ver declarada a inconstitucionalidade. Este pensamento tem guarida no Superior Tribunal de Justiça, como se percebe do julgamento do Resp. 190.008-SP³⁸: “Na ação declaratória, ainda que sem conteúdo econômico imediato, o valor da causa deve corresponder à relação jurídica cuja existência ou inexistência pretende-se ver declarada”.

Possível também é o raciocínio daqueles que entendam que o valor da causa, em se tratando de ação declaratória incidental de inconstitucionalidade é inestimável, pois afeto a um julgamento de inconstitucionalidade que não tem valor juridicamente estimável.

Este raciocínio também possui acolhida no Superior Tribunal de Justiça³⁹:

“O valor da causa, inclusive em ações declaratórias, deve corresponder, em princípio, ao seu conteúdo econômico, considerado como tal o valor do benefício econômico que o autor pretende obter com a demanda. A impossibilidade de avaliar a dimensão integral desse benefício não justifica a fixação do valor da causa em quantia meramente simbólica, muito inferior ao de um valor mínimo desde logo estimável”.

“Data venia” dos seguidores da segunda corrente de pensadores entendemos estar com a razão aqueles que sustentam que na ação declaratória o valor da causa equivale ao valor da relação jurídica que será objeto de declaração.

O objeto da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade é a relação jurídica de direito civil, penal, do trabalho, controvertida, ou seja, a lei ordinária ou ato normativo equivalente que se tem por inconstitucional, cuja aplicação poderá trazer prejuízos ao titular do pólo ativo da relação jurídica processual.

Confirmando nosso entendimento, James Goldschmidt (1936, p.104), doutrina: “La acción declarativa tiene por objeto obtener la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica...”.

Na festejada visão de Carnellutti (1936, p.25), relação jurídica é:

“In quanto composto da un comando giuridico, un conflitto di interessi diventa un rapporto giuridico. Questo non è altro se non la espressione della composizione di un conflitto mediante il diritto; o in altri termini, un conflitto di interessi regolato dal diritto”.⁴⁰

³⁸ Relator Ministro Peçanha Martins, julgamento publicado no DJU de 05.02.01.

³⁹ Relator Ministro Teori Zavascki, julgamento publicado no DJU de 09.05.05.

⁴⁰ “Enquanto composto de um comando jurídico, um conflito de interesses contém uma relação jurídica. Isto não é outra coisa se não a expressão da composição de um conflito segundo o direito; ou em outros termos, um conflito de interesses regulado pelo direito”. (CARNELLUTTI, 1936, p.25, tradução nossa).

Segundo pensamos, relação jurídica é a ligação imaginária fixada pela lei, entre pessoas, físicas ou jurídicas, entre si, bem assim, a união fictícia, ditada pela ordem jurídica, entre aquelas pessoas e bens corpóreos ou incorpóreos.

Logo, pode ser objeto da demanda em estudo, a declaração de inconstitucionalidade pelo método judicial, no modelo difuso: as leis ordinárias, federais, estaduais, municipais, medidas provisórias, decretos, leis complementares, decretos legislativos, resoluções, decretos-leis, normas constitucionais federais e estaduais, normas integrantes de leis orgânicas municipais, tratados internacionais.

A ação declaratória incidental é originária de princípio do direito francês (BARBI, 1977, p.201), que não foi incorporado à sua legislação processual, tendo sido a primazia de codificá-la do direito processual alemão.

No Brasil, foi introduzida primeiro pela doutrina, depois materializada pelo direito processual, através do Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 5º e 325.

O objeto da ação declaratória incidental, no direito processual brasileiro é a existência ou inexistência de uma relação jurídica, surgida no bojo de uma demanda em trâmite judicial, cujo objeto, seja de direito civil, direito penal, direito do trabalho, de direito constitucional.

Note-se que se o ordenamento processual brasileiro admite a propositura de ação declaratória principal, disciplinada pelo art. 4º do Código de Processo Civil Brasileiro, cujo objeto pode ser uma relação jurídica de direito público, como por exemplo de direito constitucional.

Neste sentido leciona com propriedade Adolph Schonke (1946, p.155): “Respecto de relaciones jurídicas de derecho público es admisible la demanda declarativa en cuanto se conceda la via civil para esta clase de demandas”.

No mesmo patamar é a doutrina de Prieto Castro (1932, p.108): “La relación es, generalmente, de carácter jurídico privado, pero puede también pertenecer al derecho procesal y al público”.

Conseqüentemente, não há impedimento legal ou doutrinário ao manejo da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade no direito processual brasileiro.

Se a ação declaratória incidental disciplinada pelo artigo. 5º e artigo. 325 do Código de Processo Civil Brasileiro pode ter como objeto as mesmas relações jurídicas que seriam objeto da ação declaratória principal, e se esta admite como objeto uma relação jurídica de direito público, de direito constitucional, em conseqüência, cabível é, em tese, como as evidências estão indicando, a propositura da ação declaratória incidental de

inconstitucionalidade no Direito Processual Civil Brasileiro.

A procedência do pedido de ação declaratória incidental de inconstitucionalidade levará à exclusão do feito da norma jurídica ou ato normativo equivalente tido como inconstitucional, com influência no julgamento da ação principal, seja ela de direito civil, penal ou do trabalho, constante da demanda.

Aplicando-se aqui as lições de Chiovenda (1947, p.352): “Sono condizioni particolari dell’azione d’accertamento incidentale: a) Anzitutto che l’oggetto della domanda sia tale che avrebbe potuto formare oggetto d’una azione autonoma d’accertamento”.

Note-se que no ordenamento processual brasileiro, pela leitura que se faz dos artigos 5º e 325 do Código de Processo Civil, não há impedimento jurídico à utilização da ação declaratória incidental, como instrumento de controle de constitucionalidade, visto que seu objeto é a existência ou inexistência de uma relação jurídica de direito constitucional.

Principalmente, se a ação declaratória incidental de inconstitucionalidade tem o propósito de disciplinar relação jurídica diversa, cujo julgamento influa no resultado da demanda principal, exclui a aplicação de texto de lei tido como inconstitucional do julgamento do pedido e evita assim que se cause prejuízo ao interessado.

Lapidar é o ensinamento de James Goldschmidt (1936, p.107), quando obtempera: “Existe tal interés cuando el actor se halla ante una inseguridad jurídica y la formulada en un fallo judicial constituye el único medio legal para evitarla”.

Bem assim, para tentar suprir lacuna do direito processual brasileiro, na disciplina do controle de constitucionalidade difuso, em primeiro grau de jurisdição, atribuindo ao cidadão brasileiro meio autêntico de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos equivalentes no Brasil.

Isto porque, mais de cento e cinquenta anos depois de instalada a República Federativa do Brasil, o cidadão brasileiro ainda continua sem instrumento processual adequado para realização do controle de constitucionalidade difuso em primeiro grau de jurisdição.

Em virtude da atual unanimidade quanto ao cabimento da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade, no Brasil, como também em outros países da América, como demonstramos alhures, confirma nosso entendimento a prestigiada doutrina de James Goldschmidt (1936, p.103): “Sin embargo, también puede constituir motivo de acción declarativa una relación jurídica de derecho público”.

Ademais, deve ser sopesado o fato de que a ação declaratória incidental poderá ter como objeto as mesmas relações jurídicas que podem ser objeto da ação declaratória principal. E ponderada também, à percepção e à comprovação de que existe uma lacuna no

ordenamento processual brasileiro, desde o Regulamento 737 de 1850 até os nossos dias, para tratamento processual do controle de constitucionalidade difuso, em primeiro grau de jurisdição.

Tal situação denota o flagrante descompasso entre o tratamento processual do controle de constitucionalidade difuso no Brasil e os direitos constitucionais de terceira geração concedidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988 ao cidadão pátrio, ante a circunstância irrefutável de que tem ocorrido uma à evolução avassaladora do direito material frente a posição estática do direito processual para tutelá-lo.

A situação foi percebida por Eduardo Couture (1948, p.274), quando leciona:

“En este orden de cosas, el fenómeno se plantea en los siguientes términos: mientras el derecho material, por su parte, fué creando todo um sistema jurídico de excepción, el derecho procesal permaneció estacionário sobre las bases y fundamentos del sistema individualista del derecho común”.

O estudioso italiano Norberto Bobbio (1992, p.75), com sua argúcia, também percebeu a disparidade entre a evolução do Direito Material e a capacidade de oferecimento de tutela concedida pelo Direito Processual, ao lecionar:

“Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva [...] [e conclui sua exposição dizendo:] Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade”.

Permita-se-nos a ousadia de discordar do mencionado jus-filósofo, pois o cidadão brasileiro, guiado pelo Estado Democrático de Direito, pela pós-modernidade processual, não pode ficar parado, aguardando o “poder discricionário do juiz” para suprir uma lacuna no direito processual constitucional que lhe propicie meios de fiscalização e impugnação das leis que entender inconstitucionais.

Nesta situação, as evidências indicam e as circunstâncias avalizam o surgimento de novos institutos de direito processual capazes de tutelar direitos novos e abranger situações até então impensadas, advindos dos direitos constitucionais de terceira geração, tal como a ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, que propomos, para suprir a lacuna encontrada no direito processual civil brasileiro no tratamento do controle de constitucionalidade, pelo método difuso em primeiro grau de jurisdição.

Acresça-se a isto a necessidade de se combater a flagrante e injustificada quebra do

princípio da igualdade, quando se concedem amplas possibilidades de controle de constitucionalidade, pelo método concentrado, à União e, em contra-partida não se outorga, não se dá, ação específica para o cidadão impugnar as leis que entende inconstitucionais, através do método difuso, em primeiro grau de jurisdição. Razão pela qual é possível sustentar o cabimento da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade no Direito Processual brasileiro.

CONCLUSÃO

A Constituição é o estabelecimento das regras para aquisição, manutenção e transferência do poder, disciplina das instituições estatais e dos direitos fundamentais do homem.

A norma constitucional tem o condão de girar a produção, a eficácia e a validade da norma ordinária.

A inconstitucionalidade é o descumprimento das normas de produção, conteúdo e finalidade das normas ordinárias em confronto com as normas constitucionais, somado aos casos em que a Lei Maior impõe obrigação de agir ao legislador ordinário e este se mantém inerte e ainda à hipótese de infringência direta da norma ordinária ao texto da norma constitucional.

A discussão das origens do controle de constitucionalidade tem várias vertentes, sustentando alguns que surgiu na Grécia, outros em Roma e, outra corrente, na Inglaterra.

O controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, pelo modelo difuso, surgiu nos Estados Unidos em 1803, no julgamento do caso Marbury X Madison e se espalhou pela América.

O Controle judicial de constitucionalidade das leis pelo método concentrado teve origem, com o advento da Constituição Austríaca de 1920.

O controle legislativo da constitucionalidade teve sua criação na França, que, por influência da Revolução Francesa, pregava a impossibilidade de intervenção de um dos poderes constituídos na esfera de atribuições do outro, logo a tarefa de verificar a constitucionalidade das leis seria tarefa do Legislativo e não do Judiciário.

O controle de constitucionalidade brasileiro é eclético e combina o sistema legislativo, com previsão no art. 66, § único da Constituição Federal e o sistema judicial, com fins no art. 96, art. 102 e art. 125 da Constituição Federal, combinando os modelos difuso e concentrado.

A ação declaratória tem origem multifária e seus precedentes existiram no direito germânico, no direito francês, no direito romano e no direito canônico, entre outros.

A primeira legislação a codificar a ação declaratória foi a legislação alemã.

O objeto da ação declaratória no direito processual brasileiro e no direito processual alemão é a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica.

Já no direito processual português seu objeto é uma relação de fato ou de direito, e no direito processual italiano é uma relação de direito.

A relação jurídica que é objeto da ação declaratória pode ser de direito privado ou de direito público, como por exemplo, de direito civil, direito processual ou direito constitucional.

A ação declaratória pode ser instrumento de controle de constitucionalidade, e, com este objetivo a primeira legislação a utilizá-la foi a norte-americana em 1918, seguida por diversos países da América.

A ação declaratória incidental é oriunda de princípio do direito francês, sendo que a primeira legislação a discipliná-la de forma processual foi a alemã. E consiste no desenvolvimento de uma questão prejudicial, que poderia ser objeto de julgamento autônomo e que passa a consistir em objeto do pedido constante da demanda, ampliando-o e fazendo que sobre ele incida a qualidade da coisa julgada.

Podem ser objeto da ação declaratória incidental as mesmas relações jurídicas que poderiam ser objeto da ação declaratória dita principal.

O julgamento do pedido constante da ação declaratória incidental, se de procedência, influi no julgamento do pedido constante da ação principal, podendo levar à sua improcedência total ou parcial.

Se as relações jurídicas que podem ser objeto da ação declaratória principal podem ser objeto da ação declaratória incidental; se a relação jurídica de direito público, de direito constitucional, pode ser objeto da ação declaratória, por consequência direta da interpretação da lei processual poderão ser objeto da ação declaratória incidental: daí, que é possível processualmente o ajuizamento, trâmite e procedência da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade no direito processual brasileiro.

O requisito que a doutrina ortodoxa instituiu para o processamento e julgamento do pedido de inconstitucionalidade, pelo método difuso, por via de demanda, qual seja que não fosse o pedido autônomo, principal do processo, foi ultrapassado.

A evolução do tempo e a ampliação do conhecimento dos cientistas processuais com influência na atuação do legislador fizeram surgir o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei em tese, a ação declaratória de constitucionalidade: passaram a ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade, sendo que as primeiras pelo método incidental e as últimas pelo método concentrado.

E não é só. A doutrina brasileira e a doutrina estrangeira passaram a admitir a ação

declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade, fato que culminou com a proteção legislativa da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade em diversos países, como os Estados Unidos, a Argentina e o Uruguai e, depois, o Brasil.

A competência para julgamento da ação declaratória incidental de inconstitucionalidade é a mesma competência para julgamento da ação principal.

Se houver incompatibilidade de procedimento entre a ação tida como principal e a ação declaratória incidental poder-se-á propor a ação declaratória, propriamente dita (art. 4º do CPC) conexa àquela. Caso em que o julgamento da ação declaratória, igualmente, influirá no julgamento da principal.

Se a ação principal for de competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça Penal poderá aí ser ajuizada uma ação declaratória propriamente dita (art. 4º do CPC), conexa à demanda principal, cujo objeto seja a relação jurídica de direito constitucional.

O juiz do feito, por onde tramita a demanda de competência da Justiça do trabalho e da Justiça Penal, por adoção do controle de constitucionalidade judicial, pelo método difuso, adotado pela Constituição Federal Brasileira (art. 97), será competente para julgá-la, de forma conexa à principal e o julgamento do pedido contido na ação declaratória influirá no julgamento da ação principal.

A procedência do pedido constante da ação declaratória de inconstitucionalidade, em primeiro grau de jurisdição, implicará na não aplicação da lei ou do artigo de lei tido como inconstitucional.

Em segundo grau de jurisdição, o julgamento do recurso de apelação, cujo objeto seja a declaração de inconstitucionalidade, deverá ocorrer pelo Pleno do Tribunal competente (art. 97 da CF/88) e a inobservância deste requisito importará na nulidade do dispositivo do Acórdão.

A conclusão inafastável é a de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pelo modelo difuso, não possui medida jurídica adequada para exercício do controle de constitucionalidade incidental, em primeiro grau de jurisdição (salvante a ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, que ora apresentamos ao mundo jurídico).

Inarredável é a conclusão de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pelo modelo difuso, está tratando a questão prejudicial constitucional com menosprezo, não como verdadeira questão prejudicial constitucional, mas como simples questão preliminar.

No sistema recursal o prejuízo ao cidadão brasileiro permanece, pois a repercussão geral, que deveria ser implícita em matéria constitucional, impõe agora sutilezas para impedir

o acesso aos tribunais superiores.

Note-se, sem medo de ofender o Estado Democrático de Direito Brasileiro, que o sistema de súmulas vinculantes impeditivas de recurso e a possibilidade de se exarar sentenças em demandas que se julguem repetitivas, com substância no art. 285 “a” do CPC, incumbem de truncar, na versão brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade pelo método difuso.

A discussão da matéria constitucional, outra vez jungida a pressuposto processual recursal ou segundo outra corrente de estudiosos em condição de admissibilidade de recursos ou meio transformador da questão prejudicial constitucional em questão preliminar, se dáem prejuízo do cidadão brasileiro e do bom nome do Estado Democrático de Direito que impera hoje no Brasil.

Mais uma vez, justificado o surgimento da Ação Declaratória Incidental de Inconstitucionalidade, no sistema processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALLORIO, Enrico. **El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial**. Buenos Aires: EJE, 1958.

ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: CAE, 1941. Tomo I

AQUINO, Tomás de. **Suma Teleológica**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956. Tomo VI (1-2 q. 91.a.2. e 91a3).

ARECHAGA, Eduardo Jimenez. A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade na Constituição Uruguaia de 1934. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 86, 1941.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Lisboa: Almedina, 1994.

BAEUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehor. **Archiv fur die civilistiche**, [S.l.], Praxis, 1955.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originalmente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, Renovar, n. 215, p. 85-100, jan. 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARBOSA, Ruy, **A constituição e os actos inconstitucionaes**. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1928.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 22, p. 78-106, dez. 1972.

BIDART CAMPOS, German. **La interpretacion y el control constitucionales em la jurisdiccion constitucional.** Buenos Aires: Ediar, 1987.

BITTENCOURT, Lúcio. **Do controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1958.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 1928. (Col. V, Parte I)

CALAMANDREI, Piero. **Estúdios sobre el processo civil.** Buenos Aires: EJEJA, 1943. v. I, II e III.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale nel processo civile.** Milano: Giuffrè, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile.** Padova: Cedam, 1936. v. I
CASTRO NUNES, José. **Teoria e prática do poder judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: E. Jovene, 1947. v. I

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princippi di diritto processuale civile**. Napoli: E. Jovene, 1980. v. I

COSTA, José Rubens. Controle difuso e concentrado de inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 799, 2002.

COSTA, Moacyr Lobo da. **A intervenção Iussu Iudicis no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1961.

COUTURE, Eduardo Juan. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Deplama, 1948.

CUENCA, Humberto. **Derecho procesal civil**. 3.ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1976.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade dos atos normativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 754, p. 99-122, ago. 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENDERLE, Guillermo J. **La pretensión meramente declarativa**. 2.ed. Buenos Aires: Platense, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GHIGLIANI, Alejandro E. **Del control jurisdiccional de constitucionalidad**. Buenos Aires: Deplama, 1952.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Pós-modernismo jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Madrid: Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, Juergen. **Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso**. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

JAFFIN, George H. Evolução do controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 86, p. 280-291, maio 1941.

KELSEN, Hans. **Teoría general del Derecho del Estado**. México: Imprensa Universitária, 1950.

KELSEN, Hans. **Teoria geral da norma**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. São Paulo: Francisco Alves, 1915.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1968.

LIMA, Alcides Mendonça. Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 123, 1949.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Konfino, 1947. v. I

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. 10.ed. Torino: Giappichelli, 1995.

MARTIN, Carlos de Cabo. **Sobre el concepto de ley**. Madrid: Trotta, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MICHELI, Gian Antonio. **Corso di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1957. v. II

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo II

MIRANDA, Vicente Chermont. Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 92, p. 582-598, jun. 1942.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. (Sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997a.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997b.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, n. 199, p. 21-57, mar. 1995.

PAGEO, Encarnación Marin. **La cuestion de inconstitucionalidad en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1990.

PALU, Oswaldo Luiz. O controle coletivo de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 765, p. 34-47, jul. 1999.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PRATA, Edson. **História do processo civil e sua projeção no direito moderno.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PRIETO CASTRO, Leonardo. **La acción declarativa.** Madrid: Editorial Réus, 1932.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O controle de constitucionalidade por via de ação.** São Paulo: Angelotti, 1994.

RÁO, Vicente. **O direito a e vida dos direitos.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. I

REIMUNDÍN, Ricardo. **Derecho procesal civil.** Buenos Aires: Viracocha, 1954. Tomo I

REPETTO, Raúl Bertelsen. **Control de constitucionalidad de la ley.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos: Canadá e América Latina, numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, 2004.

SALIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 94, p. 109-129, jun. 1999.

SCHONKE, Adolph. **Derecho Procesal Civil.** Barcelona: Bosch, 1946.

SILVA, Adailson Lima e. **Ação Declaratória.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, José Afonso. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3.ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, Notadez, n. 25, p. 13-20, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 795, p. 22-35, set. 2002.

VARELA, Antunes. **Manual de processo civil**. Coimbra: Coimbra, 1984.

WACH, Adolph. **La pretensión de declaración**. Buenos Aires: EJE, 1952.