

342.4.03 (81)

Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*)
Advogado — SP

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle político da constitucionalidade da lei. 3. Controle jurisdicional da constitucionalidade da lei. 4. Estrutura processual da ação declaratória de constitucionalidade. 5. Ação declaratória de constitucionalidade e devido processo legal. 6. Conclusão.

1. Introdução

A comunidade jurídico-científica brasileira, uma vez mais, encontra-se perplexa diante da aprovação da Emenda Constitucional n.º 3, em vigor desde 18 de março p. passado.

Acolhendo sugestão do Deputado Benito Gama, referido texto legal, além de inúmeras modificações na ordem tributária, introduziu, no artigo 102, I, da Constituição Federal, a denominada ação declaratória de constitucionalidade, passando, então, a ter a seguinte redação: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I — processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Determinou, ainda, a aludida reforma, no § 2.º do artigo 102, que: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. E, por fim, elencando os legítimos ativos para a propositura daquela, estabelece agora o § 4.º do mencionado dispositivo da Carta Magna que: “A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo

(*) Professor Associado do Departamento de Direito Processual da FADUSP e Diretor Cultural da AASP.

Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

Nota-se, assim, que a primordial razão inspiradora de nosso Legislativo federal foi a de instituir um mecanismo destinado a subordinar o desfecho de demandas em curso perante juízes inferiores — monocráticos e colegiados — à decisão do Excelso Pretório pátrio. A primeira vista, seria lícito vislumbrar notável vantagem nesse novel meio de tutela jurisdicional. Afinal — como aduz Marcelo Figueiredo —, “todos conhecemos o congestionamento e as agruras dos foros brasileiros (em especial, dos federais), proporcionado, em grande parte, por medidas inconstitucionais que, amiúde vêm à tona. Seria, no mínimo, útil que a Suprema Corte em curto espaço de tempo pudesse dizer que tal norma federal é constitucional, evitando, assim, milhares de ações individuais ou coletivas”.⁽¹⁾

Escrevendo em janeiro de 1992, Ives Gandra da Silva Martins preconizava, em idêntico sentido, que se já tivéssemos um adequado remédio para tal fim, o Supremo Tribunal Federal, “certamente, teria se manifestado, e o drama gerado pelas variadas decisões sobre os 147% dos aposentados já teria, de uma forma ou de outra, sido resolvido.”⁽²⁾

Contudo, dada a estrutura procedimental da recém-criada ação declaratória, o Supremo, nessa nova tarefa que lhe foi outorgada pela Emenda n.º 3, equipara-se, em derradeira reflexão, a um órgão certificador da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não sendo esse, à evidência, mister que lhe toca. Tal controle, em nosso País, é, em princípio, do Legislativo, sendo certo afirmar-se que “a nova previsão desfigura a idéia e função do Poder Legislativo, órgão naturalmente vocacionado a apreciar previamente a constitucionalidade. Em uma palavra, tal como vazada a ação declaratória, é autorizado o intérprete a obter a seguinte leitura global da ação: declarar a constitucionalidade, nos moldes previstos na ação é, em última análise, legislar. Instaura-se uma espécie de ‘dependência’ entre Legislativo e Judiciário, pois o mesmo fará a lei sob condição; aguarda-se a chancela, o crivo do Judiciário”.⁽³⁾

Seja como for, o questionamento acerca desse último enfoque deverá, por certo, ser efetuado pelos especialistas. Cabe-nos, por outro lado, no âmbito do presente ensaio, examinar os aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade.

Antes, porém, delinea-se aconselhável, para ter-se uma visão, tanto quanto possível, abrangente do tema, analisar os sistemas de controle político e jurisdicional da constitucionalidade das leis.

2. Controle político da constitucionalidade da lei

O controle de índole política da adequação das leis ao diploma constitucional é atribuído a órgãos postados fora do âmbito do Poder Judiciário, *strictu sensu* considerado.

Normalmente, o controle político da constitucionalidade da lei é efetivado de modo preventivo — isto é, antes que o texto legal examinado produza efeitos

(1) — “A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz”, texto inédito cedido pelo Autor, pág. 18.

(2) — Ação declaratória de constitucionalidade, O Estado de S. Paulo, ed. 25-1-92, Caderno de Justiça, pág. 8.

(3) — Cf. Marcelo Figueiredo, “A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz”, cit., pág. 18.

(controle a priori) —, destinando-se a vedar a vigência de normas reputadas afrontosas aos preceitos constitucionais.

Assim é que, em França, o **Conseil Constitutionnel**, composto pelos ex-Presidentes da República e por mais nove membros, é o órgão competente para fiscalizar a adequação da lei à Constituição. Antes mesmo da promulgação desta, o Presidente da República, o Primeiro Ministro, os Presidentes da Assembléia Nacional ou do Senado, sessenta Deputados ou sessenta Senadores, podem submeter o texto legislativo à apreciação do **Conseil**, visando à declaração da constitucionalidade daquele.

Saliente-se que para as denominadas **lois organiques**, atinentes à organização dos poderes públicos, o controle do Conselho Constitucional é obrigatório.⁽⁴⁾

No lapso de um mês ou, se requerido pelo governo, no prazo de oito dias, o **Conseil** deverá proferir sua decisão, por maioria de votos, após um procedimento que se desenrola sob o regime da mais restrita publicidade, desprovido de audiências e de contraditório, “um procedimento em que, na verdade, não existem partes” em senso processual.⁽⁵⁾

Releva ainda notar, nessa ordem de idéias, que, no sistema francês, cuja natureza é mais política do que jurisdicional, não incide, pelo menos quanto ao controle das chamadas “leis orgânicas”, a regra da demanda (**ubi non est actio, ibi non est iusdictio**), uma vez que a fiscalização necessária da conformidade daquelas com a Constituição insere-se no próprio processo de formação da lei.⁽⁶⁾

Em Portugal, a revisão constitucional de 1982, após acesa polémica, instituiu o Tribunal Constitucional como órgão fiscalizador da constitucionalidade das leis, e que atua sob quatro diversificadas modalidades de procedimentos, a saber: a) controle concreto; b) controle abstrato preventivo; c) controle abstrato sucessivo; d) controle da inconstitucionalidade por omissão.⁽⁷⁾

Dada a composição do aludido Tribunal Constitucional⁽⁸⁾ não há como se negar a natureza política da fiscalização da constitucionalidade das leis por ele efetivada.

Verifica-se, no entanto, que as normas disciplinadoras dos respectivos procedimentos de controle, desenrolados perante tal Tribunal, asseguram as mais amplas garantias aos seus participantes.

(4) — Cf. artigo 61 da Constituição francesa: “As leis orgânicas, antes da promulgação, e os regimentos das duas Câmaras do Parlamento, antes de começarem a ser aplicados, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional a fim deste se pronunciar sobre a sua conformidade com a Constituição. Para o mesmo efeito, as leis podem, antes da promulgação, ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta Senadores”.

(5) — V., a propósito, Mauro Cappelletti, “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”, Milano, Giuffrè, 1979, pág. 7.

(6) — Cf., também, Cappelletti, “Il controllo giudiziario”, cit., pág. 8.

(7) — Consulte-se, a respeito, Jorge Miranda, “Manual de direito constitucional”, t. 2, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra ed., 1991, pág. 433.

(8) — A teor do artigo 284 da Constituição portuguesa, “1. O Tribunal Constitucional é composto por treze Juízes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes. 2. Três dos Juízes designados pela Assembléia da República e os três Juízes cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre Juízes dos restantes tribunais, e os demais entre juristas. 3. Os Juízes do Tribunal Constitucional são designados por seis anos. 4. O presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos Juízes”. Como afirmam, Isaltino Moraes, José Mário Ferreira de Almeida e Ricardo L. Leite Pinto (“Constituição da República Portuguesa anotada e comentada”, Lisboa, Rei dos Livros, 1983, pág. 547): em decorrência “da profusão de forças políticas que compõem o nosso sistema de partidos, a escolha pode ser — e é, quase sempre — tida pelos parlamentares como uma questão política. No mínimo corre-se o risco da minoria e oposição pretenderem colocar representantes seus em funções que, pela sua natureza, exigem a maior imparcialidade”.

Desse modo, é possível afirmar-se que o Tribunal Constitucional português é político na sua conformação e jurisdicional em sua atuação.

Atendendo aos fins sociais e políticos do processo, o controle preventivo da constitucionalidade das leis pode ser provocado tanto pelo Presidente da República como por qualquer Ministro, e, uma vez admitido o pedido, o Presidente do Tribunal Constitucional determina a citação do órgão que tiver emanado o texto legal impugnado para, querendo, pronunciar-se no prazo de três dias. Como ressalta Jorge Miranda, esse procedimento constitui “um elemento de contraditório que se justifica, não em virtude de qualquer subjetivação do processo, mas em nome da procura objetiva da garantia da constitucionalidade e da legalidade e em paralelo com o pluralismo presente no processo legislativo.”⁽⁹⁾

O controle preventivo da constitucionalidade das leis, por outro lado, também é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa fiscalização, aliás, integra o próprio iter de formação da lei.

Com efeito, dentre as atribuições da Comissão de Constituição e Justiça, pela qual, em ambas as Casas do Congresso Nacional, passa o texto legal projetado, está aquela de examinar a sua adequação aos postulados ditados pela Carta Magna.

O veto, igualmente, constitui inegável mecanismo de controle preventivo da constitucionalidade. É a própria Constituição Federal que assim dispõe: “Art. 66... § 1.º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional..., vetá-lo-á total ou parcialmente...”

É por isso que, de há muito, tem-se afirmado “que milita sempre em favor dos atos do Congresso a presunção de constitucionalidade. É que ao Parlamento... cabe a interpretação do texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada”⁽¹⁰⁾

3. Controle jurisdicional da constitucionalidade da lei

Todavia, de todos os meios utilizados para o controle de constitucionalidade ocupa lugar de franco relevo a fiscalização feita pelo Poder Judiciário. Realmente, “o controle mais importante e mais eficaz é o que se efetiva por ato jurisdicional, pois neste caso se tem, quando menos, a autoridade de uma coisa julgada, podendo ainda ocorrer a hipótese de suspensão da aplicação de uma lei julgada inconstitucional”⁽¹¹⁾

Como já tivemos oportunidade de escrever⁽¹²⁾, vários são os sistemas de controle atribuídos ao Poder Judiciário, diferenciados pelo critério **subjetivo** ou **orgânico**, ou pelo critério **formal**.

Quanto ao primeiro deles, temos o sistema difuso, segundo o qual incumbe, indiscriminadamente, a todos os órgãos jurisdicionais, aludido controle; e o concentrado, em que este é exercido por um só, único, organismo judicial.

(9) — “Manual de direito constitucional”, cit., pág. 463.

(10) — Cf. C. A. Lúcio Bittencourt, “O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis”, Rio de Janeiro, Forense, 1949, pág. 91, apud Marcelo Figueiredo, “A ação declaratória de constitucionalidade”, cit., pág. 18-9.

(11) — Cf. Dalmo de Abreu Dallari, “O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”, O Poder Judiciário e a Constituição (obra coletiva), Porto Alegre, Ajuris, 1977, pág. 159.

(12) — Reproduzimos, nesse tópico, alguns trechos de obra anterior, escrita em co-autoria e intitulada “Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo”, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 102 segs.

Exemplo típico do sistema difuso, denominado também americano, encontra-se no direito dos Estados Unidos da América, em que, desde o famoso caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, o controle da constitucionalidade da lei é efetivado por via incidental.⁽¹³⁾

Interessante e recente orientação da Suprema Corte argentina tem permitido a fiscalização da constitucionalidade, por via incidental, mediante advocatória provocada pelas partes interessadas.⁽¹⁴⁾

No tocante, já agora, ao outro critério — o formal —, há, de um lado, o controle incidental (*konkrete Normenkontrolle*), em que a questão da constitucionalidade da lei é apreciada *incidenter tantum*, prejudicialmente à composição da lide; e, de outro, o controle por via principal (*abstrakte Normenkontrolle*), quando tal questão se apresenta como exclusivo objeto do litígio, em determinado processo.

De origem austríaca é, a seu turno, esse sistema concentrado e realizado por via principal: “il controllo di legittimità delle leggi veniva a essere in Austria, diversamente che negli Stati Uniti d’America, sempre ‘in via principale’ ossia ‘in via di azione’, mediante un apposito autonomo ricorso e con l’instaurazione di un apposito autonomo processo *ad hoc*, davanti alla Corte costituzionale (*Verfassungsgesichtshof*)”⁽¹⁵⁾

Na Suíça e, atualmente, também na Iugoslávia, o controle de constitucionalidade é, igualmente, da competência exclusiva do Tribunal Constitucional, por via principal.⁽¹⁶⁾

Inúmeras outras legislações, de resto, perfilham sistema misto ou eclético, como ocorre, em época contemporânea, em Portugal,⁽¹⁷⁾ na Espanha,⁽¹⁸⁾ na Itália⁽¹⁹⁾ e na Alemanha;⁽²⁰⁾ sendo de anotar-se que, nele, o sistema concentrado se desenvolve, quer por via principal, quer por via incidental no âmbito de um caso concreto.

Misto ou eclético, sempre se evidenciou, também, o modelo brasileiro tal como continua acontecendo sob a égide da atual Constituição Federal.

Mantida, com efeito, tradicional orientação no supratranscrito artigo 102, I, a, com a ampliação conferida pela regra contida no artigo 125, § 2.º, bem como com a preceituação do artigo 97, todos da Constituição Federal, pode ser afirmado, sem receio de equívoco, que continuam vigorando, concomitantemente, em nosso

(13) — V., a propósito da origem do controle de constitucionalidade nos EUA, Robert G. McCloskey, “The American Supreme Court”, Chicago, University of Chicago, 1960, pág. 44 segs.

(14) — V., sobre o tema, Alejandro D. Carrió e Alberto F. Garay, “La jurisdicción ‘per saltum’ de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

(15) — Cf. Cappelletti, “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”, cit., pág. 93.

(16) — V., sobre o sistema suíço, Héctor Fix Zamudio, “La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales”, Madrid, Civitas, 1982, pág. 193-4. Quanto às atribuições da Corte Constitucional iugoslava, que foi o primeiro tribunal do leste europeu a adotar a *judicial review*, consultem-se Vuko Gozic, “Le Tribunal Fédéral yougoslave”, La Cour Judiciaire Suprême — une enquête comparative (obra coletiva), Paris, Economica, 1978, pág. 425 seg.; Vincenzo Vigoriti, “La giurisdizione costituzionale in Jugoslavia”, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1966(1): 300-2.

(17) — V., a respeito, José Manuel M. Cardoso da Costa, “A jurisdição constitucional em Portugal”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (separata), 1987; Jorge Miranda, “A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal”. As garantias do cidadão na justiça, obra coletiva coord. por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1933, pág. 55 segs...

(18) — Consulte-se José Almagro Nosete, “El derecho procesal en la nueva Constitución”, Revista de derecho procesal iberoamericana, 1978(4):887.

(19) — V. Cappelletti, “La pregiudizialità costituzionale nel processo civile”, Milano, Giuffrè, 1972, pág. 4 segs.

(20) — V., por todos, Jean-Claude Béguin, “Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne”, Paris, Economica, 1982.

ordenamento jurídico, os sistemas de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do Poder Público.

Este, aliás, por força do disposto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, exercitável por qualquer órgão jurisdicional, especialmente de segundo grau, sempre por via incidental, e quando haja necessidade de resolver questão constitucional, prejudicialmente ao julgamento da causa ou do recurso.

Aquele, por sua vez, direta e exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, com referência à "inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual", e, ainda, pelos Tribunais de Justiça estaduais, no tocante à "inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual".

É bem de ver que, no plano federal, a competência para o controle jurisdicional de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual continua especificada, com exclusividade, à Excelsa Corte de Justiça pátria.⁽²¹⁾

Compete-lhe, igualmente, processar e julgar, originariamente, a ação direta da inconstitucionalidade por omissão, preconizada no artigo 103, § 2.º⁽²²⁾, quando o preceito que deveria ter sido regulamentado pelo legislador ordinário, e não o foi, estiver contido na Constituição Federal.

Do mesmo modo, e como não poderia deixar de ser, por força do disposto no artigo 102, I, p, ao Supremo Tribunal Federal é atribuída competência originária para processar e julgar "o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade", cuja finalidade, como se faz curial, é a de efetivar-se, imediatamente, a suspensão, até o pronunciamento do ato decisório final nos autos principais, da aplicação da norma impugnada.

Em todas essas hipóteses, de acordo com o disposto no artigo 97, a competência interna corporis para julgamento continua sendo do Plenário da nossa Suprema Corte de Justiça, e a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pela maioria absoluta de seus integrantes.

Por outro lado, sensível às ponderações dos especialistas e às novas exigências do direito processual, o legislador constituinte alargou consideravelmente a legitimação ativa para a ação em tela.

Consoante o artigo 103, I a IX, podem ajuizá-la, além do Procurador-Geral da República (inc. VI), único legitimado no regime constitucional anterior, o Presidente da República (inc. I); a Mesa do Senado Federal (inc. II); a Mesa da Câmara dos Deputados (inc. III); a Mesa de Assembléia Legislativa (inc. IV); o Governador de Estado (inc. V); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inc. VII); partido político com representação no Congresso Nacional (inc. VIII); e, ainda, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional⁽²³⁾ (inc. IX).

(21) — Tenha-se presente que em voto da lavra do Min. Moreira Alves ficou patenteado o seguinte: "... a ação direta de declaração de inconstitucionalidade é um meio de controle político da Constituição, que é deferido, em caráter excepcionalíssimo, a esta Suprema Corte..." (RTJ 94:58).

(22) — Com a seguinte redação: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

(23) — O STF já firmou a orientação de que, "das entidades sindicais, só as confederações têm essa legitimidade; e se tem exigido, com referência às ações diretas por elas propostas, que haja relação de pertinência entre a norma impugnada e o interesse da classe"; cf. Moreira Alves, "A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil", As garantias do cidadão na justiça, obra coletiva, cit., pág. 12.

Isso significa que, enquanto não editada lei ordinária para regulamentar a ação direta de inconstitucionalidade, a de n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964, encontra-se revogada no tocante à exclusividade outorgada ao Procurador-Geral da República.

Note-se, ainda, que todos esses legitimados podem agir de modo espontâneo ou provocado, tendo, em ambas as hipóteses, plena disponibilidade quanto a propositura da ação.⁽²⁴⁾

E saliente-se, por outro lado, que, consoante o § 1.º do artigo 103 da Constituição Federal, a intervenção do Procurador-Geral da República, como fiscal da lei, faz-se necessária na ação direta de inconstitucionalidade, exceto, obviamente, quando tenha sido ajuizada pelo Chefe do Ministério Público Federal, posto que, então, parte em sentido processual, cuja atuação, à evidência, não pode ser fiscalizada por ela mesma.⁽²⁵⁾

Ademais, já a teor do disposto no subsequente § 3.º, o Advogado-Geral da União deverá, igualmente, participar da demanda, "defendendo" o ato legislativo impugnado.

Perplexo diante dos termos dessa preceituação, Moreira Alves formula as seguintes indagações: a) terá o Advogado-Geral da União "de defender a constitucionalidade de uma lei estadual ainda quando argüida sua inconstitucionalidade por haver invadido o âmbito de competência legislativa da União Federal?"; b) "Como explicar esse dever, em hipóteses como essa, daquele que, por definição, é defensor dos interesses da União"; c) "E, em qualquer caso, para que essa defesa técnica necessária, se ela já é feita pelo Poder Legislativo ou pelo Chefe do Poder Executivo, ou por ambos, que editaram a lei ou o ato normativo?"⁽²⁶⁾

Na realidade, e conferindo-se a indispensável interpretação sistemática, bem é de ver que o Advogado-Geral da União não se encontra, em princípio, obrigado a opinar favoravelmente à constitucionalidade questionada, quando entender que o ato realmente ofende norma inserida na Carta Magna. Caso contrário, estaria afrontando sua consciência jurídica e, sobretudo, a própria Constituição.

Por outro lado, não deverá intervir na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porquanto não há nesta, à evidência também, ato ou texto impugnado a defender.

Tem-se, assim, que, na esfera federal (a exemplo do que ocorre em âmbito estadual) o controle abstrato da lei outorgado aos órgãos jurisdicionais é realizado mediante um instrumento que, certamente, ostenta a natureza de ação, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, assegurando-se aos mais variados estamentos sociais, por meio de seus representantes, o acesso àquele, e em cujo processo garante-se a bilateralidade da audiência, o tratamento paritário dos sujeitos parciais, a publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios, ou seja, o devido processo legal.

4. Estrutura processual da ação declaratória de constitucionalidade

Afastando-se, à evidência, dos tradicionais instrumentos de controle (político e jurisdicional) da conformidade das leis à Constituição, a denominada ação declara-

(24) — V., a propósito, Celso Agrícola Barbi, "Ação declaratória principal e incidente", 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 196.

(25) — V., em senso contrário, Moreira Alves, "A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil", cit., pág. 8.

(26) — "O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição — questões e perspectivas", texto inédito, pág. 10.

tória de constitucionalidade, do modo como foi concebida, ostenta uma estrutura definitivamente anômala.

Com efeito, a relação jurídica deduzida no processo judicial reclama, como é notório, a participação de um órgão jurisdicional e de duas partes contrapostas: *iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*.

Ora, a despeito de ser tida como "ação", a relação emergente do exercício desse novel mecanismo constitucional afigura-se linear, ou seja, o processo se constitui apenas com o pedido formulado por um dos legitimados e se encerra com o pronunciamento do Poder Judiciário.

Ademais, diante do prévio exame político da constitucionalidade do texto legal, deve ser questionado o interesse público de agir do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal e da Mesa da Câmara dos Deputados, para o exercício da ora analisada ação declaratória.

Corresponde o interesse de agir à necessidade de obter o autor aquilo que pleiteia, para satisfação de sua pretensão, de seu interesse material; vale dizer, à indispensabilidade de sua atuação junto ao órgão jurisdicional, a fim de obter o bem jurídico almejado.⁽²⁷⁾

É — na lição de Liebman — o conflito de interesses fora do processo que faz nascer para o autor o interesse de pedir ao Juiz uma providência capaz de resolvê-lo, sendo que o órgão jurisdicional deverá recusar o exame do pedido quando inexistir lide, ou, ainda, por não ter ocorrido qualquer motivo que autorize o ajuizamento da ação.⁽²⁸⁾

Feita a devida ressalva quanto à extensão do conceito de lide para a espécie de demanda aqui examinada, é bem de ver que apenas o Procurador-Geral da República, exatamente por não ter tido oportunidade para fiscalizar, em seu *iter* de formação, a constitucionalidade de determinada lei, é que, em tese, possuiria interesse processual para a propositura da denominada ação declaratória. Os demais legitimados, em razão das já apontadas características do procedimento legislativo brasileiro, por não terem interesse (interesse objetivo e público, veja-se bem!), seriam, em princípio, carecedores da ação declaratória.

E tal situação não se confunde obviamente com aquela da ação direta de inconstitucionalidade, na qual, pelo contrário, há, no mínimo, "forte presunção" de que certo dispositivo legal ou mesmo de que determinada lei atrita com o texto da Constituição, sendo, *in casu*, imprescindível ao requerente apontar, na delimitação do *thema decidendum*, a norma infraconstitucional impugnada e a norma constitucional que se reputa violada. É daí, sem dúvida, que aflora o interesse público para os legitimados à propositura da tradicional ação direta.

Ressalte-se, por outro lado, que a eficácia *erga omnes* de coisa julgada, inclusive "aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo", não constitui novidade entre nós⁽²⁹⁾, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade, "segundo a doutrina mais assente, como meio de controle abstrato da constituciona-

(27) — V. Moacyr Amaral Santos, "As condições da ação no despacho saneador", São Paulo, Saraiva, 1946, pág. 108; José Frederico Marques, "Manual de direito processual civil", v. 1, São Paulo, Saraiva, 1974, pág. 157-8.

(28) — "O despacho saneador e o julgamento do mérito", Estudos sobre o processo civil brasileiro, 2.ª ed., São Paulo, JB, 1976, págs. 125-6.

(29) — V., e. g. artigo 16 da Lei n.º 7.347/85 (Ação Civil Pública); artigo 103 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

lidade das leis, se julgada procedente já tem eficácia geral e efeito vinculante, pois implica inclusive em retirada da norma viciada do ordenamento jurídico em vigor"⁽³⁰⁾

Todavia, como não se fez qualquer ressalva no texto da Emenda n.º 3, se o pedido deduzido na ação declaratória for reputado improcedente, a respectiva decisão, transitada em julgado, gozará igualmente de eficácia *erga omnes*, não mais podendo ser argüida, perante qualquer Tribunal, inclusive a Excelsa Corte, a inconstitucionalidade da lei antes examinada.

5. Ação declaratória de constitucionalidade e devido processo legal

Examinando, já agora, a ação declaratória sob à luz do devido processo legal, é bem de ver que, a partir da concepção formulada por Häberle, de um *status activus processualis*, passou-se a reconhecer nos direitos fundamentais um "prisma processual", cuja realização prática é condição de efetividade da respectiva proteção constitucional à tutela jurisdicional.⁽³¹⁾

O processo, como é curial, presta-se à concreção do direito à jurisdição, sendo que seu desenrolar, com estrita observância dos regramentos insitos ao denominado *due process of law*, importa a possibilidade de inarredável tutela de direito subjetivo material objeto de reconhecimento, satisfação ou assecuração, em juízo.

Não basta, pois, que se tenha direito ao processo, delineando-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias asseguradas ao usuário da justiça, num breve prazo de tempo, para o atingimento do escopo que lhe é destinado.

Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todas as etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.⁽³²⁾

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

Observa-se, de logo, que no procedimento presumidamente reservado à ação declaratória não se encontram preservadas todas estas relevantes garantias.

Realmente, em primeiro lugar, a restrição imposta pela Emenda n.º 3 à legitimação *ad causam* exsurge como inegável cerceamento ao acesso à justiça. Tal aspecto, com efeito, constitui um verdadeiro retrocesso à socialização da legitimação para agir que plasma todo o texto da Carta Constitucional de 1988.

E, por outro lado, afronta, à toda evidência, o regramento da igualdade de todos perante a lei, ou da isonomia, insculpida no artigo 5.º, I, da Constituição Federal, e dirigida, indistintamente, a todos os poderes do Estado.

(30) — Cf. Leonardo Greco, "A revisão constitucional e o processo civil", Revista de processo, 67(192):112.

(31) — *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pág. 59 segs.

(32) — Cf. Lauria Tucci e Cruz e Tucci, "Constituição de 1988 e processo", cit., pág. 17, com referência, é claro, ao *due process of law* em senso processual.

Como, veementizando-o, expressa Pontes de Miranda, é ele "cogente para legislatura, para a administração, e para a justiça".⁽³³⁾

Por via de consequência, a qualquer dessas funções estatais não é dado estabelecer privilégios, nem discriminações, sejam quais forem as circunstâncias, devendo tratar equitativamente todos os cidadãos: "este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes".⁽³⁴⁾

A todos os membros da comunidade, pois, devem ser assegurados os meios judiciais para a proteção dos respectivos direitos subjetivos materiais, com o máximo de igualdade que, inclusive, se faz ínsita à consecução do bem comum, pelo Estado.

Ora, na ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público federal, decidirá "sem que nenhum elemento da sociedade, que esteja discutindo a matéria em instâncias inferiores, possa participar do processo. Se, na ação direta de inconstitucionalidade, pode o Estado defender-se, com amplo respeito ao contraditório, na declaratória de constitucionalidade, a sociedade não terá como se defender, visto que não poderá, constitucionalmente, integrar a lide, sobre ter, esta ação, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*...".⁽³⁵⁾

Ademais, resta, igualmente, suprimida a garantia da plenitude da defesa, visto que "o contraditório inexistente pela retirada da legitimidade processual das entidades elencadas no artigo 103 da Constituição". Instituiu-se, pois, "um tipo de ação sem contraditório, em que a decisão que vier a ser tomada pela Excelsa Corte, por carecer de instrumental que permita a devida sedimentação da divergência, atingirá diretamente a garantia do devido processo legal".⁽³⁶⁾

Como anota Marcelo Figueiredo, "a questão relativa ao contraditório é sumamente importante na ação direta e, agora, na ação declaratória. Conquanto seja possível aceitar-se que a ação direta veicula um interesse público de natureza 'política', quer nos parecer que isso em absoluto não significa afastar o contraditório, imperativo constitucional (art. 5.º, LV). A advertência é importante na medida em que se tem procurado de todas as formas estabelecer restrições processuais e procedimentais na ação direta, como, por exemplo, inadmitindo assistência".⁽³⁷⁾

6. Conclusão

Nada mais será preciso aduzir para pronta verificação do inominado absurdo contido na Emenda n. 3, gritantemente afrontosa, pelo menos no que se refere à ação declaratória, da letra e do espírito da própria Constituição.

E isto, ainda, porque, a teor de seu artigo 60, IV, § 4.º: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais".

(33) — "Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)", 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, t. 4, pág. 698.

(34) — Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, "O conteúdo jurídico do princípio da igualdade", 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pág. 14.

(35) — Cf. Ives Gandra da Silva Martins, "Emenda viola direito dos cidadãos", O Estado de S. Paulo, ed. 1.º-6-93.

(36) — Cf., ainda, Silva Martins, "Emenda viola direito dos cidadãos", cit.

(37) — "A ação declaratória de constitucionalidade", cit., pág. 27. V., ainda, sobre a bilateralidade da audiência na ação direta de inconstitucionalidade, Gilmar F. Mendes, "Controle da constitucionalidade", São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 260-1.

Note-se que o § 2.º do artigo 169 do Regimento Interno do STF, acrescentado pela Em. Reg. de 4-12-85, tem a seguinte redação: "Não se admitirá assistência a qualquer das partes".

Ora, como acima visto, várias das garantias constitucionais, ínsitas ao devido processo legal, não serão observadas no procedimento judicial do apontado mecanismo de controle instituído pela referida emenda. Assim, evidencia-se esta irremediavelmente inconstitucional.

Daí porque, invocando-se o magistério de Alfredo Buzaid, arrimado no de constitucionalistas norte-americanos, é lícito concluir no sentido de que "toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade".⁽³⁸⁾

Têm toda razão, pois, aqueles que já tiveram oportunidade de manifestar o seu repúdio à Emenda n.º 3, a qual, no concernente ao aspecto aqui focado, consubstancia-se, por certo, em mais uma flagrante violação aos direitos e garantias individuais do cidadão!

Bibliografia

ALMAGRO NOSETE, José. *El derecho procesal en la nueva Constitución*, Revista de derecho procesal iberoamericana, 1978(4).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

BÉGUIN, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois em République Fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982.

BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1949.

BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1979.

La pregiudizibilità costituzionale nel processo civile, Milano, Giuffrè, 1972.

CARRIÓ, Alejandro D. e GARAY, Alberto F. *La jurisdicción "per saltum" de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (separata), 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, O Poder Judiciário e a Constituição* (obra coletiva), Porto Alegre, Ajuris, 1977.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz*, texto inédito.

(38) — "Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro", São Paulo, Saraiva, 1958, pág. 128-9. V., quanto à maior plausibilidade de ofensa à Constituição advinda de revisão ou emenda ao texto constitucional originário, Jorge Miranda, "Manual de direito constitucional", cit., pág. 316. V., também, Barbosa Moreira, "Comentários ao Código de Processo Civil", 6.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, pág. 33, afirmando a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade, inclusive, de emenda à Constituição.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982.

GRECO, Leonardo. *A revisão constitucional e o processo civil*, Revista de processo, 67, 1992.

GUCETIC, Vuko Gozze. *Le Tribunal Fédéral yougoslave, La Cour Judiciaire Suprême — une enquête comparative* (obra coletiva), Paris, Econômica, 1978.

HÄBERLE, P. *Verfassung als "öffentlicher Prozess"*, Berlin, 1978.

LIEBMAN, Enrico T. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, Estudos sobre o processo civil brasileiro, 2.^a ed., São Paulo, JB, 1976.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1974.

MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago, 1960.

MENDES, Gilmar F. *Controle da constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal*, As garantias do cidadão na justiça, obra coletiva coord. por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1993.

Manual de direito constitucional, t. 2, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra ed., 1991.

MORAIS, Isaltino, ALMEIDA, José Mário Ferreira de e PINTO, Ricardo L. Leite. *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil*, As garantias do cidadão na justiça, obra coletiva coord. por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1993.

O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição — questões e perspectivas, texto inédito.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)*, t. 4, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

SANTOS, Moacyr Amaral. *As condições da ação no despacho saneador*, São Paulo, Saraiva, 1946.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Ação declaratória de constitucionalidade*, O Estado de S. Paulo, ed. 25-1-92, Caderno de Justiça.

Emenda viola direito dos cidadãos, O Estado de S. Paulo, ed. 1.º-6-93.

TUCCI, Rogério L. e CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.

VIGORITI, Vincenzo. *La giurisdizione costituzionale in Jugoslavia*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1966(1).