



3

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

O PARADOXO DA INCONSTITUCIONALIDADE

JAUBERT CARNEIRO JAQUES

Juiz de Direito Titular da 4ª Vara Cível de Belo Horizonte.
Juiz Titular da 3ª Turma Recursal do Juizado Cível de Belo Horizonte.
Professor do Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas.
Mestre e Doutorando em Direito Processual pela PUC-Minas.
e-mail: jaubertjaques@ig.com.br



ERON GERALDO DE SOUZA

Mestrando em Direito – PUC-Minas.
e-mail: eronsouzza@hotmail.com

ERNANI PEDRO DO COUTO

Graduando em Direito – PUC-Minas.
e-mail: ernanijuridico@yahoo.com.br

MARCOS ANTÔNIO DO COUTO

Graduado em Direito – PUC-Minas.
e-mail: marco.juridico@ig.com.br

Resumo

Situação de manifesta inconstitucionalidade ocorre quando, no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade, é possível



vetar o acesso do cidadão ao serviço jurisdicional, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira. A medida, preconizada pelo art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868, de 10/11/1999, não encontra embasamento também na melhor doutrina do Processo Coletivo, na qual é perfeitamente viável a convivência entre a proteção jurídica dos direitos metaindividuais com aqueles singulares do jurisdicionado.

Abstract

It is blatantly unconstitutional, in a Lawsuit for Declaration of Constitutionality, a denial of the citizen's right to full access to justice insured by art. 5, XXXV of the Brazilian Constitution. The measure, which is set forth in art. 28 – sole paragraph, of Law 9.868, of nov 10, 1999, finds no support on the best legal authority on the theme of Class Action procedure, in which is absolutely possible for a party to seek legal redress of non-individual rights and individual rights simultaneously.

Sumário

1. Introdução – 2. O controle de constitucionalidade no Direito comparado: 2.1 Da evolução histórica no Direito alienígena; 2.2 Inglaterra; 2.3 França; 2.4 Estados Unidos; 2.5 Áustria; 2.6 Itália; 2.7 Alemanha – 3. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: 3.1 Alguns enfoques sobre o processo de desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil; 3.2 Constituição Imperial de 1824; 3.3 Constituição Republicana de 1891; 3.4 Constituição de 1934; 3.5 Constituição de 1937; 3.6 Constituição de 1946; 3.7 Emenda Constitucional de 1965 e Constituição de 1967 – 4. O controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988: 4.1 Da ordem democrática; 4.2 Processo legislativo e controle de constitucionalidade; 4.3 Processo jurisdicional e controle de constitucionalidade – 5. Da Ação Declaratória de Constitucionalidade: 5.1 Aspectos gerais e natureza jurídica – 6. Do paradoxo da inconstitucionalidade: 6.1 Questões de ordem; 6.2 Do processo como garantia; 6.3 Das soluções previstas no processo coletivo – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

Palavras-chave

Ação Declaratória de Constitucionalidade – Inconstitucionalidade – Direito Comparado.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade das leis é uma exigência e uma das características imprescindíveis do Estado Democrático de Direito, tanto para a preservação da soberania e da uniformização da interpretação do texto constitucional como para a garantia de participação da comunidade na formação e na validação do ordenamento jurídico.

Na verdade, tal controle encontra-se contextualizado na necessidade da implementação de um regime democrático mais direto, em face da crescente insatisfação popular pela chamada democracia representativa. Aliás, é bastante oportuna esta questão porquanto faz trazer à discussão a indagação sempre presente sobre se realmente existe democracia, que não a direta (França, 2003).

No Brasil, o tema é sobremaneira pertinente, partindo-se do confronto do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, com o pensamento de que a soberania não pode ser representada, conforme Rousseau (1977). O filósofo francês adiantou-se em sentenciar que jamais verificar-se-ia uma democracia plena em decorrência da inconciliável convivência da assembléia de cidadãos da Atenas do século IV com a complexa sociedade pós-moderna. Vislumbra-se, assim, uma estrutura sempre por construir, por ser patrulhada e rediscutida pelo povo (Quintão Soares, 2001).

E foi, aliás, a partir do advento da Constituição Federal de 1988 que tivemos no Brasil o incremento mais completo do controle de constitucionalidade, cujo crescimento denota-se, timidamente, desde a Constituição Imperial de 1824 até a inserção, atualmente, dos controles difuso e concentrado.

De qualquer maneira, a maior ou menor participação popular, quer na formulação das leis, quer na manifestação ou possibilidade de influir *a posteriori*, pode ser analisada com mais evidência, em se tomando como objeto de estudo as características principais, ênfases e experiências observadas nos Estados Liberal e Social, e confrontando-as com as do Estado Democrático de Direito, que se propõe catalisador e conciliador dos excessos daqueles (França, 2003).

Assim é que, no Estado Liberal, de manifesto caráter burguês, os ideais perseguem a quase que irrestrita expansão da personalidade, com o mínimo de interferência do Estado; ou seja, a liberdade é a tônica obtida mediante formulação legislativa exacerbada (fetichismo legal), com ínfima participação popular e quase que completa neutralização jurisdicional. Prevalencia a máxima

do movimento revolucionário francês de 1789, *laisser-faire*, *laisser-passer*, e o juiz era *la bouche de la loi*. A lei era preceptiva.

Não é preciso muita análise para se chegar à conclusão de que um Estado sob esta configuração sociopolítica é um campo fértil para o aumento das desigualdades sociais, com exclusão dos menos aquinhoados, em todos os sentidos, quanto ao acesso aos direitos e garantias fundamentais, notadamente educação, saúde, justiça, relação digna de trabalho e participação legislativa.

Foi justamente este aspecto que mais contribuiu para o gradual surgimento do Estado Social, em que o conceito de liberdade, embora ainda presente, dá lugar para a prevalência do ideal de igualdade, que, no Estado Liberal, era formal, ou seja, somente perante a lei, e que, no Estado Democrático de Direito, passou a ser material.

Com efeito, a igualdade passou a ser um bem a ser criado sob a orientação de normas constitucionais programáticas. Entretanto, a questão democrática ainda assim não se verificou satisfatoriamente equacionada, já que o centro de interpretação da lei foi transferido do legislador para o julgador, cabendo ao pensamento judicial ditar qual era o alcance objetivado pela norma.

Mais uma vez, o povo restou excluído, operando-se a transformação do campo da parlamentária para o do governo de juízes, com reduzidas oportunidades de efetiva participação popular na discussão quer da formação e interpretação da lei, quer da possibilidade de extirpar a lei ruim do ordenamento jurídico.

Observa-se, pois, que foi o desenvolvimento histórico, sob o aspecto do anseio popular de efetiva participação nas abordagens e equacionamento das principais questões sociais, que ensejou e mesmo impôs a implementação do Estado Democrático de Direito, no qual a liberdade e a igualdade conviveriam sem qualquer tensão que inviabiliza-se o governo do povo pelo povo, muito pelo contrário, principalmente pelo fato de que agora a legitimação das leis decorreria do próprio fato de as mesmas emanarem do diálogo comunitário, ou, pelo menos, da ampla possibilidade de refutação *a posteriori*.

Bastante ilustradores quanto ao advento do Estado Democrático de Direito, são os ensinamentos de Marcelo Cunha de Araújo (2003), quando faz sustentação da Teoria do Direito como *integridade*, e, parafraseando Dworkin (1999),

“supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurar, entre os cidadãos, um tipo de

igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce”.

Hodiernamente, e como bem vislumbrou Rousseau (1977), não temos qualquer exemplo de democracia pura, e uma das grandes dificuldades que a humanidade tem a solucionar é justamente dar outra feição ao mecanismo da representação política, já que a comunidade só é chamada a participar por ocasião de processos eleitorais, permanecendo inteiramente à margem do governo.

Esta realidade, por si só, já é de todo preocupante, mas trata-se apenas de um aspecto deturpador da democracia. Entendemos que a falha maior encontra-se na reduzida possibilidade que o processo político-eleitoral oferece para uma ampla participação eleitoral passiva, em um contexto em que os candidatos aos cargos eletivos não conseguem visibilidade na propaganda eleitoral, pública ou privada, senão mediante conchavos com grandes e comprometidos partidos políticos ou mediante disponibilidade de quantitativos monetários inteiramente fora do alcance do cidadão comum, ou seja, nosso patamar de participação política popular é ínfimo.

Nem por isso, contudo, pode-se dizer que avanços não são observados, e, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 alargou as possibilidades de efetiva participação do povo no processo constitucional de controle das leis. Portanto, o objeto desta monografia é justamente discutir, no restrito âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a subtração de garantias processuais fundamentais.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

2.1 Da evolução histórica no Direito alienígena

No estudo do controle de constitucionalidade, é fundamental buscar no direito alienígena referências legislativas e doutrinárias daquelas nações que, de uma forma ou de outra, têm influenciado o legislador pátrio, para daí melhor compreender os fundamentos dos institutos aqui adotados.

Embora o processo comparativo nem sempre encontre correspondência com as opções constitucionalistas do Brasil, mormente no que se refere às estruturas estatais e ao apelo, ora político, ora jurisdicional, de que se reveste

o controle nos mais diversos países, nem por isso subtrai do plano de pesquisa qualquer caráter objetivo relevante. É justamente o conhecimento complexo, coordenado, comparado e complementado por informações ecléticas que propicia a abordagem exauriente de um tema.

É verdade que neste trabalho não temos e nem é necessário que se tenha pretensão tão ampla, mas, nem por isso, algumas constatações poderiam deixar de ser aludidas.

Assim é que da pesquisa doutrinária depreendem-se vários sistemas de Controle de Constitucionalidade das leis, às vezes sob a incumbência jurisdicional, como é o caso dos Estados Unidos, outras vezes através de Conselho Constitucional, cujo exemplo mais citado é o da França, e ainda mediante órgãos especificamente criados e fora do âmbito do legislativo, executivo e judiciário, como é o caso da Itália.

No entanto, os sistemas não são limitados aos anteriormente arrolados. A Inglaterra e a maioria dos países que integravam a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, bem como outros de linha marxista, apresentam controle exclusivo e eminentemente político.

O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), tratando do desenvolvimento histórico do Controle de Constitucionalidade, adverte, inicialmente, sobre a sua origem mais rescente, e em maior amplitude, na Constituição dos Estados Unidos, de 1776, que antes de qualquer outra tratou diretamente do tema, mas demonstra especial preocupação em buscar as origens do instituto na Grécia Antiga, para, norteando-se em Battaglini (1962), afirmar que não havia Corte Constitucional em Esparta e Atenas, mas procedimentos em face dos quais poder-se-iam vislumbrar propostas de controle, que, na verdade, não era dirigido diretamente contra a norma ou outro ato de Estado, mas sim contra o seu proponente.

Na Idade Média, aponta, no Direito Romano, a possibilidade de os *avogadori* suspender a validade de uma lei, ainda parafraseando Battaglini (1962), *verbis*: “*Egli, infatti, sempre nelle lettere a Vincenzo Russo, parlando degli Efori, ricorda, accanto ai nomofilaci ateniensi, gli avogadori veneziani*”.

2.2 Inglaterra

No Direito inglês, o Direito Constitucional teve como fases históricas fundamentais pelo menos quatro períodos, arrolados com bastante clareza

por Oswaldo Luiz Palu (2001), no caso, o anterior à conquista da Normandia, em 1066; o iniciado neste ano até a dinastia dos Tudors, cujo marco foi 1485, passando este segundo período pela concessão da Magna Charta (1215), e no qual observou-se a formação da *common law*; o terceiro período deu-se entre os anos de 1485 até o de 1832, cujo evento histórico mais importante foi a luta entre o rei e o parlamento resultando na Petição de Direitos de 1628, na Revolução de 1648 e no advento da República Britânica, quando Cromwell, provavelmente elaborou a primeira Constituição escrita do mundo, em 1653, de vigência sobremaneira breve e, ainda, a Revolução de 1688 (*Glorious Revolution*) e a declaração de direitos de 1689, tendo como marca mais expressiva a criação do Sistema das Regras de Equidade.

Iniciado em 1832 até os dias atuais, o período contemporâneo tem como principais acontecimentos a maior abrangência do direito de sufrágio e a sensível subtração de poderes até então concentrados na Câmara dos Lordes, transferindo-os para a Câmara dos Comuns.

De qualquer forma, a Constituição Inglesa consiste, em sua essência, na Magna Charta de 1215 e posteriores acréscimos, descansando sobre o que se indigita de soberania ilimitada do Parlamento, no que não se fala em leis fundamentais ou *cláusulas pétreas*. Até as regras de sucessão do trono inglês podem ser alteradas pelo parlamento e naquele país fala-se mesmo que somente o impossível não pode ser objeto de modificação.

Vê-se, pois, a inequívoca supremacia da vontade política, no que o controle de constitucionalidade, na Inglaterra, não possui contornos legislativos nem jurisdicionais específicos, embora continue fortíssima a tradição de manifesto e inalienável respeito aos direitos individuais, no que quaisquer leis ou outros atos de Estado que os afrontar certamente serão qualificados de inconstitucionais.

2.3 França

Mais uma vez nos socorrendo aos ensinamentos do Professor Baracho (1984), o ilustrado mestre mineiro enfatiza que as preocupações com o controle de constitucionalidade na França foram mais intensas por ocasião do período revolucionário, que tinha no senado uma referência de poder moderador, protegendo o indivíduo dos abusos de autoridades e concedendo-lhe igualdade de proteção por parte da ordem social.

Já naquela época chegou-se a falar na França da necessidade da criação de uma Corte Constitucional.

Atualmente, o dogma da soberania da lei encontra-se sepultado, tendo a França optado por um controle de respeito à Constituição inequivocamente político, a partir da Constituição de 1958. Assim é que, mediante controle quase sempre preventivo, o Conselho Constitucional é composto de nove membros, todos nomeados, sendo três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além desses, há também a previsão de membros vitalícios, que seriam os ex-Presidentes da República, mas que não têm participado das atividades do Conselho.

Neste contexto, tanto o legislativo como o judiciário franceses tiveram parcelas de poder decotadas, o primeiro diante da possibilidade, em muitos casos, do *referendum* por parte do Conselho Constitucional e o segundo por não ter atribuição relacionada ao controle de constitucionalidade das leis.

2.4 Estados Unidos

Conforme já assinalamos anteriormente, o Professor Alfredo Baracho (1984) é bastante incisivo em lecionar que foi a Constituição americana de 1776 a primeira a estabelecer regras específicas de controle de constitucionalidade.

Da mesma forma, Oswaldo Luiz Palu (2001) acrescenta,

“Os precedentes do controle da constitucionalidade das leis existiam, difusos, mesmo na História da Inglaterra ou antes; entretanto, a afirmação dessa doutrina deveu-se, sem dúvida, ao direito norte-americano. A técnica de atribuir à Constituição um valor normativo superior, imune às leis ordinárias, foi a mais importante criação, juntamente com o sistema federal, do constitucionalismo norte-americano e sua grande inovação (*the higher law*) frente à tradição inglesa da soberania do parlamento”.

Aliás, já no período colonial os americanos se defrontavam com a questão do controle de constitucionalidade, posto que podiam elaborar leis, desde que não violassem o texto da Constituição inglesa.

Atualmente, observam-se nos Estados Unidos os sistemas: *por via de exceção*, por meio do qual qualquer juiz pode afastar a aplicação de uma lei ou ato

normativo inconstitucional e pela Suprema Corte, quando decidirá com efeito vinculante e *erga omnes*; por meio de *injunção*, instrumento mediante o qual o cidadão antecipa-se à aplicação, em seu desfavor, da norma inconstitucional; e, por *procedimento declaratório*, utilizado pelo cidadão que requer ao judiciário declaração em que sejam fixados os limites de seus direitos e deveres diante de uma dada norma, quando aquele contesta sua constitucionalidade.

Observa-se, pois, que trata-se de um sistema concreto-difuso e, na manifestação da inconstitucionalidade por parte da Suprema Corte, o Congresso Nacional americano não se manifesta, sendo como se aquela lei nunca fora votada.

2.5 Áustria

No exame das questões pertinentes ao Controle de Constitucionalidade austríaco, denota-se, desde logo, a primordial colaboração de Kelsen, que influenciou sobremaneira os trabalhos constituintes que resultaram na carta de 1920.

É que Kelsen idealizou e efetivamente viu adotado o modelo de Tribunal Judicial Especial com função exclusiva de tratar da Justiça Constitucional e garantir a supremacia da Constituição. Mas não é só. O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), ao abordar o sistema de Controle de Constitucionalidade na Áustria, afirma que “a Corte Constitucional é um mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos de autoridade, que por sua vez, acarreta a limitação dos órgãos do Estado”.

Com esta abrangência detinha a Corte Constitucional, até o regime autocrático de 1933, poderes não só para decidir quanto à constitucionalidade ou não das leis, mas também dos atos de toda a administração, conhecendo de processo eleitoral e de *impeachment*. Ou seja, era a suprema jurisdição política.

Com a restauração do Estado de Direito, a Corte Constitucional teve, em parte, limitada sua atuação, decidindo tão-somente sobre matéria de inconstitucionalidade. Contudo, o sistema austríaco ainda é referência e, atualmente, faz contraponto nas defesas doutrinárias, com o sistema concreto-difuso observado nos Estados Unidos.

2.6 Itália

Baseando-se na doutrina de Vezio Crisafulli (1967), o Professor Baracho (1984) explica que a instituição de uma Corte Constitucional na Itália, em 1948, não teria ocorrido exclusivamente em face do princípio da rigidez constitucional, mas também diante da necessidade nascida no pós-guerra da adoção e preservação do princípio da primazia da Constituição, que deveria se confrontar com todo o ordenamento infraconstitucional.

E mais,

“Ao haver atribuído à Corte Constitucional a competência judiciária, no que toca ao conflito de atribuições entre os ‘três poderes do Estado’, ocorreu a extensão do princípio da legalidade à área tipicamente política das relações entre os órgãos do Estado (Baracho, 1984)”.

Foi dentro deste propósito que a Itália seguiu o caminho da superlegalidade, dotando sua Corte Constitucional de poderes para conhecer do controle de constitucionalidade das leis; dos conflitos de atribuição dos poderes do Estado, bem como julgar as acusações do parlamento em face do Presidente da República e Ministros.

Para tanto, a Corte Constitucional italiana é composta por 15 juízes de inquestionável notoriedade e conhecer jurídico e com mandato de 12 anos, entre os quais professores universitários e advogados com militância comprovada e superior a 20 anos.

2.7 Alemanha

O sistema de controle de constitucionalidade na Alemanha tem como origem a efêmera mas sempre prestigiada Constituição de Weimar, que estabeleceu sobre a formação de uma comissão para tratar das questões afins até que lei federal criasse o Tribunal de Justiça Constitucional.

E assim ocorreu, tendo como modelo o sistema austríaco, por meio da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, com a denominação Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e com atribuição de defesa da Constituição, e tem-se revelado também de grande importância nas gestões de conciliação entre a norma constitucional e a realidade política do país e mundial.

Sua competência é irrestrita em face do Poder Público, aí incluindo-se o legislativo, o judiciário e o executivo, sendo os recursos constitucionais instrumentos de impugnação de leis, de sentenças judiciais e de atos administrativos, desde que ocorrendo lesão a direito fundamental (Baracho, 1984).

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Alguns enfoques sobre o processo de desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, foi promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte especialmente eleita para sua formulação, e que, segundo seu preâmbulo, instituiu

“um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

A situação sociopolítica do País naquela época exigia mudanças e a preparação da Nação para uma nova ordem mundial que já se formava. O Brasil saía de um regime autocrata, imposto pelo Golpe de Estado de 31 de março de 1964, cujos governos ocasionaram lamentável retrocesso institucional, principalmente no que se refere à efetiva e irrestrita participação política, assim como quanto à salvaguarda dos direitos e das garantias individuais.

Nesse contexto, muito havia a se fazer para a restauração democrática, bem como o País encontrava-se despreparado para o processo de estreitamento das relações sociais e culturais e do abrandamento das barreiras fronteiriças e alfandegárias, já em curso em todo o mundo.

Verifica-se, pois, que tanto motivos passados como futuros orientaram a opinião pública e o constituinte nos trabalhos de formulação da nova Carta Magna Nacional. Além disso, quanto aos dois aspectos, notória foi a preocupação com a preservação e supremacia da Constituição, apelidada de Cidadã, em razão do forte caráter sociocultural imprimido a suas disposições.

Neste ponto, o Constituinte foi realmente pródigo, estabelecendo um sistema de Controle de Constitucionalidade bastante sofisticado sob o aspecto jurídico-processual, com alcance e abrangência sobre toda a atividade estatal e assemelhada, e, principalmente, com acesso satisfatoriamente facilitado à população.

3.2 Constituição Imperial de 1824

A Constituição de 1824, denominada Constituição Política do Império do Brasil, foi elaborada sob forte influência do Direito Constitucional francês e inglês, nos quais a opção foi pelo controle político, no que, desde logo, foi descartada qualquer possibilidade de controle constitucional por parte do judiciário, tal como já se verificava nos Estados Unidos.

Aliás, a rigor, não se pode falar que esta Constituição Imperial estabeleceu qualquer controle de constitucionalidade, posto que é bastante tímida a referência que fez neste sentido, no caso, no Título 4º, Capítulo I, que tratava “Dos Ramos do Poder Legislativo, e suas Atribuições”, que dispunha, no art. 15, IX: “velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”.

Não bastasse, na mesma Carta ficou também instituído o Poder Moderador, concentrado exclusivamente nas mãos do Imperador, e com ascensão sobre os demais. Ou seja, não se objetivava a supremacia da Constituição, circunstância de todo incompatível com qualquer controle de constitucionalidade.

3.3 Constituição Republicana de 1891

Situação totalmente diferente observou-se na Constituição da República de 1891. Aliás, mesmo a Constituição Provisória de 1890 já estabelecia controle de constitucionalidade, por meio da interposição de recurso. Versava o seu art. 58, § 1º, que:

“Das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar a validade ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) *quando se contestar a validade das leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados*”. [grifamos]

O texto definitivo de 1891 manteve esta redação, e logo após verificou-se avanço, com a instituição do controle difuso, por meio da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que, em seu art. 13, § 10, dispunha:

“Os juízes e Tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”.

Já era, pois, indisfarçável a influência do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade sobre o Constituinte Republicano.

3.4 Constituição de 1934

Esta Carta trouxe como grande inovação o Controle Direto e Abstrato de Constitucionalidade, ao estabelecer que, por maioria absoluta de votos, os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, recepcionando, assim, por seu art. 179, reforma observada em 1926.

Nem por isso se podia falar em Estado Democrático de Direito, porquanto a mesma Carta, em seu art. 68, vedava ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, quando também não tínhamos um tribunal com esta incumbência.

No entanto, não se pode negar ênfase desta Carta ao princípio da Constituição, porquanto previa a “representação interventiva”, em face dos Estados, quando do descumprimento de norma constitucional que o justificasse, além de outorgar poderes ao Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Judiciário.

3.5 Constituição de 1937

Aqui, observou-se retrocesso, quando se estabeleceu no parágrafo único do art. 96 que:

“No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Verifica-se a sobreposição do casuísmo e mesmo do personalismo, bem em voga na época, mas cuja justificativa foi a de atenuar a supremacia do Judiciário, que se alegava ter ocorrido com a Carta de 1934, em razão do que dever-se-ia aplicar o sistema de freios e contrapesos.

3.6 Constituição de 1946

Esta Constituição não trouxe qualquer modificação relevante no Sistema de Controle de Constitucionalidade.

3.7 Emenda Constitucional de 1965 e Constituição de 1967

No exame destas Cartas, é imprescindível de antemão esclarecer que foram elaboradas no regime ditatorial imposto à Nação a partir de 31 de março de 1964, na qual, entre outros poderes conferidos ao Presidente da República, estava o recesso compulsório do Congresso Nacional e a legislatura irrestrita por meio de decretos-leis.

Não bastasse isso, estavam fora do âmbito da apreciação jurisdicional as questões políticas examinadas e decididas pelo Conselho de Segurança Nacional, órgão intimamente relacionado, ou melhor, que se confundia com o próprio regime autocrático.

Dessa forma, não se falaria em Constituição enquanto emanção da soberania popular e muito menos em qualquer Controle de Constitucionalidade que sequer era previsto. O mesmo tem-se a falar sobre a Constituição de 1967 e posterior Emenda n. 1/69, frutos do mesmo regime político.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.1 Da ordem democrática

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, viu-se retomada a ordem democrática e, como não poderia deixar de ser, novamente incrementado, na sua inteireza, o Sistema de Controle de Constitucionalidade das Leis e demais Atos Adminis-

trativos, quer ainda no trâmite do Processo Legislativo, quer jurisdicionalmente, pelo controle *direto* ou *abstrato*, quer *indireto* ou *difuso*, também denominado *concreto*.

4.2 Processo legislativo e controle de constitucionalidade

O Processo Legislativo, cujo objeto precípua é a formação das leis, tem como incumbência, no quadro das propostas maiores do Estado Democrático de Direito, absorver ao máximo possível os anseios populares para, mediante o debate assemblear, chegar-se à melhor tradução daqueles, convertendo-os em normas de conduta geral.

O art. 61 da Constituição Federal delimita os trabalhos legislativos na forma e nos casos previstos no seu texto, daí a necessidade e mesmo a obrigatoriedade de todo o procedimento legislativo, mesmo o constitucional derivado, de atender e mesmo revestir-se dos princípios eleitos pelo Constituinte Primitivo.

Assim é que, na iniciativa deflagrada para o trâmite legislativo, exige-se que a proposta e o objetivo não venham confrontar com a Carta Magna e, tanto no nascedouro como no *iter* procedimental legislativo, os sistemas de auto-controle parlamentar devem ser acionados, por meio das mesas e comissões respectivas, sempre com a preocupação, entre outras, quanto aos aspectos constitucionais.

Premente também se faz ressaltar que o controle é exigido não só quanto à inconstitucionalidade formal, ou seja, quando a lei é elaborada em desobediência às normas estabelecidas para a sua criação, mas também, e à evidência, no que se refere à inconstitucionalidade material, consistente na divergência ou incompatibilidade das disposições da norma em formação com o texto constitucional. É o chamado controle preventivo, de natureza exclusivamente político.

André Del Negri (2003), discorrendo sobre controle de constitucionalidade do processo legislativo, assevera quanto à inconstitucionalidade das leis aprovadas sem o devido processo legislativo, e complementando,

“Parece não restar dúvida de que a legitimação deve ocorrer na fonte de produção do Direito, e para que as normas possam ser elaboradas de forma legítima há de ter a participação popular mesmo que indireta-

mente, pelos representantes debatendo e votando os projetos normativos, mas com rigorosa observação ao devido processo constitucional como fator determinante de atendimento aos direitos fundamentais que objetivam a legitimação do Estado Democrático de Direito”.

Também Marcelo Cattoni (2000), quanto ao tema e sobre especificamente à possibilidade do controle judicial no processo de formação da lei, é bastante enfático, *verbis*:

“... o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma expressão utilizada para se referir a uma série de controles judiciais que não se reduzem a um controle judicial de constitucionalidade “da lei”, ou a um controle judicial de constitucionalidade “de emenda ou de revisão constitucionais”, ou ainda, a um controle “de atos normativos”, nem sempre equiparáveis à lei, quanto à sua validade jurídica ou ao seu âmbito normativo de incidência. E, mais que isso, o controle judicial de constitucionalidade das leis deve ser fundamentalmente considerado como controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei”.

4.3 Processo jurisdicional e controle de constitucionalidade

Por meio do processo jurisdicional, o controle de constitucionalidade é levado a efeito tanto pelo controle difuso como pelo direto, no qual decorre a possibilidade ampla de as pessoas, mesmo individualmente consideradas, participarem, de maneira efetiva, do processo de interpretação da Constituição.

Isto é extremamente louvável e mesmo raro, levando-se em consideração tratar-se o Brasil de um país ainda em fase de reestruturação democrática. Aliás, ainda fazendo abordagem do tema, Marcelo Cattoni (2001) remete-nos ao Professor José Luiz Quadros Magalhães (2000), que ressaltou:

“É necessário que tenhamos consciência da riqueza de nosso sistema para que possamos preservá-lo e protegê-lo das constantes tentativas autoritárias representadas, para nós, pelo fortalecimento do controle concentrado até a eliminação do controle difuso, além de outras tentativas extremamente autoritárias como a súmula vinculante, que representa o fim do Judiciário e a desumanização do processo”.

4.3.1 Do controle de constitucionalidade difuso

O controle difuso de constitucionalidade consiste na possibilidade de, em face de um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal poder afastar a aplicação da norma que entender ser inconstitucional, viabilizando, assim, pleno acesso à interpretação do Texto Maior a todos aqueles que, eventualmente, estejam demandando em juízo.

O instituto possui caráter ímpar não só enquanto instrumento de defesa dos direitos fundamentais, mas também de integração social. Fernando Luís França (2003), no artigo *A integração social democrática pelo controle processual difuso de constitucionalidade*, elege os direitos fundamentais como substrato do controle de constitucionalidade e faz uma análise bastante didática desses direitos sob a ótica dos Estados Burguês, Social e Democrático de Direito, concluindo que, somente neste último, podem se observar as premissas do processo como meio para a passagem do princípio do discurso para o princípio da democracia, porquanto, justamente por meio do controle difuso de constitucionalidade é possível não só aos hermenutas jurídicos da Constituição, mas também a todos aqueles que a vivem interpretá-la e fazer valer seus direitos e suas garantias constitucionais.

4.3.2 Do controle de constitucionalidade concentrado

Já o controle concentrado, também denominado direto, só é possível pela legitimação extraordinária previamente outorgada pela legislação atinente e mediante o manuseio das Ações Constitucionais Típicas, que objetivam, *in abstracto*, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

O texto constitucional deu guarida à Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*, primeira parte), para os casos de lei ou ato normativo federal ou estadual que atentem contra o texto da Carta Magna e à Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, *a*, segunda parte), tendo como objeto a antecipação de declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal cujo teor seja passível de dúvida ou controvérsia judicial relevante.

Do teor do § 2º do art. 103, também da Constituição Federal, depreende-se a possibilidade do manuseio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que tem como objeto medida para tornar efetiva a norma constitucional, por meio de ciência ao Legislativo, ou ainda, imposição de obrigação de

fazer quando a omissão partir de órgão administrativo. A doutrina as considerou “ações sem face” ou com partes formais porquanto tratam de interesses transindividuais, metaindividuais ou ainda coletivos e cujo *decisum* possui vinculação *erga omnes*.

5. DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Aspectos gerais e natureza jurídica

Após estas abordagens genéricas quanto ao sistema de controle de constitucionalidade, suas origens, modelos, alcance e forma de manuseio, promoveremos, a partir de agora, o estreitamento do enfoque, de maneira a viabilizar o enfeixo proposto para o estudo, ou seja, o paradoxo da inconstitucionalidade observada na extensão *erga omnes* dos efeitos da liminar ou sentença de procedência na Ação Declaratória de Constitucionalidade, conforme sustentaremos.

Inserida no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade tem natureza jurídica de processo objetivo, a despeito do que ocorre com todas as Ações Coletivas, no que, enquanto tal, tem como finalidade a defesa da ordem jurídica, e não, ao menos diretamente, a defesa de direitos subjetivos.

A pretensão formulada por ela é a declaração, antecipada, da conformidade da lei ou do ato normativo federais com a Constituição da República Federativa do Brasil, desde que objeto de dúvida ou controvérsia judicial relevante.

Na mesma trilha adotada nas demais Ações Coletivas, a legitimação ativa é extraordinária, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, cujos legitimados a exercem de forma concorrente, disjuntiva e com exclusividade.

Em face do seu caráter objetivo, alguns autores, como é o caso de Nagib Slaibi Filho (1995), afirmam tratar-se de procedimento de jurisdição voluntária, em que não se observa oposição na relação processual. Entretanto, parece-nos não ser o entendimento mais acertado, porquanto o próprio Supremo Tribunal Federal, não obstante os termos da Lei n. 9.868/99, que veda a intervenção de terceiros, já decidiu pela possibilidade de admissão da figura do *amicus curiae*, no caso, órgãos ou entidades cuja finalidade social esteja vinculada à defesa dos interesses em discussão na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Ora, não vislumbramos, no âmbito desta ação, outra função do *amicus curiae*, senão ou aderir ao pedido exordial ou oferecer-lhe resistência, verificando-se, aí, o contraditório. Do contrário, tratar-se-ia de personagem processual meramente contemplativo, com afronta aos princípios da economia processual e da eficiência.

5.1.1 Da finalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade teria sido criada com a justificativa de evitar o prolongamento de discussões judiciais a respeito de dúvida ou controvérsia relevante, antecipando a pacificação sobre a matéria.

A esta justificativa somar-se-ia também, sustentam outros, o “desafogamento” das estruturas do Judiciário, ocupadas, em grande proporção, com os julgamentos reiterados de uma mesma questão, não raramente contraditórios entre si.

Em artigo publicado na Revista dos Tribunais, Luiz Cláudio Portinho Dias (RT 754/111 e Carvalho Neto, 2003) rejeita todos estes argumentos, e sustenta tratar-se de artifício enxertado no texto constitucional com a finalidade exclusiva de inverter os julgamentos desfavoráveis à União.

Contudo, a crítica mais contundente ainda é outra. A constitucionalidade não seria a regra presumida quanto aos atos de Estado? Assim, não seria tão somente a exceção (a inconstitucionalidade) objeto de acertamento por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade? Parafraseando Ana Maria Scartezzini (1996), Inácio de Carvalho Neto (2003) descreve,

“... somente após o exame substancial acurado, mediante técnicas previstas no bojo da Constituição, é possível retirar-se do mundo jurídico norma que lhe é contrária, sustando-se sua eficácia.

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

5.1.2 Dos efeitos da decisão que declara a constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem efeito dúplice, de maneira que, em sendo julgada improcedente, declara-se, desde logo, a inconstitucionalidade, a teor do art. 24 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Interessa-nos, entretanto, a declaração da constitucionalidade e os efeitos da decisão respectiva.

Duas das principais características das Ações Constitucionais Coletivas no Brasil são a legitimação ativa extraordinária, sem a possibilidade de o juiz promover a *adequacy of representation*, como ocorre nas *class actions* do Direito norte-americano e os efeitos *erga omnes* e vinculante das sentenças nelas prolatadas.

Barbosa Moreira (*RePro*: 61:186) enfatiza que é fundamental nas ações coletivas o fato de o litígio ser apresentado em juízo por um único ente. Para Antônio Gidi (1995), “... ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo, em defesa de um direito coletivamente considerado, cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade”.

No que se refere particularmente à Ação Declaratória de Constitucionalidade, temos a disposição do art. 21 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, *in verbis*:

“O Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”.

Já o parágrafo único do art. 28 estabelece:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Observa-se, pois, destas disposições, que não só o julgamento definitivo, mas também a mera concessão liminar, no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade, podem produzir efeitos diretos em ações individuais, inclusive com suspensão do próprio julgamento.

6. DO PARADOXO DA INCONSTITUCIONALIDADE

6.1 Questões de ordem

O art. 21 da Lei n. 9.868/99, mais que uma inovação, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro duas questões de alta indagação.

A primeira, trata-se da possibilidade de que atos praticados em uma Ação Coletiva venham ocasionar efeitos compulsórios no âmbito das Ações Individuais, o que não se vislumbra em nenhuma outra categoria de feitos destinados à apreciação e julgamento de interesses metaindividuais, mormente para prejudicar o litigante solitário.

Aliás, esta possibilidade também não se verifica, com tanta largueza e eficácia, nas *Class Actions* do Direito norte-americano, fonte principal do nosso Processo Coletivo.

A segunda e principal questão, decorrente da primeira, é a inequívoca subtração, em face das partes da Ação Individual, do amplo acesso à prestação jurisdicional, isto implicando não somente o recebimento da petição inicial, mas no trâmite de instrução exauriente e posterior sentença, assegurado o contraditório.

6.2 Do processo como garantia

A Constituição Federal é clara ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

O mesmo artigo, agora no inc. LV, impõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Aliás, trata-se de uma garantia presente em praticamente toda a legislação constitucional dos países de índole democrática, e podemos citar o caso da Itália, cuja redação do art. 111 de sua Constituição, após a promulgação da Lei Constitucional n. 2, de 23 de novembro de 1999, passou a ter a seguinte redação (Tarzia, 2001):

“Art. 111. *A jurisdição se pratica* mediante o justo processo regulado pela lei. Todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condição de igualdade, perante o juiz terceiro e imparcial. A lei assegura sua razoável duração.” [grifamos]

Na doutrina, podemos colacionar os ensinamentos sempre muito lúcidos e permeados de relevante crítica científica do Professor Rosemiro Pereira Leal (2002), *in verbis*:

“É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre cidadania como conteúdo de processualização ensejadora de legitimidade decisória, o que

se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estabilidade constitucionalizada.

Em direito democrático, o processo abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço jurídico-discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na comunidade jurídica para construção conjunta da sociedade jurídico-política. Tem-se, assim, no legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício e auto entrega de sua pessoal cidadania no Estado democrático de direito”.

Também Luigi Paolo Comoglio (1998), discorrendo a respeito de garantia constitucional e justo processo, arrola como invioláveis determinadas garantias, tais como: *il principio di legalità; l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario; il diritto di accesso alle corti e di azione in giudizio; attribuito a "tutti" per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi; il diritto inviolabile di difesa in ogni stato e grado del procedimento; il diritto alla pronuncia di provvedimenti giurisdizionali "motivati"*, entre outros.

Ora, a partir do momento que o fato externo ao processo venha colidir com estas garantias, mesmo que decorrente de lei, parece-nos que não estamos diante de outra situação senão a de manifesta inconstitucionalidade. Quando o Constituinte criou a norma prevendo a Ação Declaratória de Constitucionalidade, certamente objetivou instrumento de espancamento de dúvidas e controvérsias, e que apresentasse solução breve e antecipada para o impasse.

Neste aspecto, parece-nos não de todo censurável a proposta da Carta Magna, não obstante já termos asseverado a estranheza de um dispositivo constitucional para declarar constitucional aquilo que possui a prévia presunção de ser constitucional, desculpem-nos a redundância.

Contudo, não se depreende do texto constitucional qualquer autorização ou mesmo dedução que autorizasse a imposição contida no art. 21 da Lei n. 9.868/99, no caso, a drástica suspensão dos feitos nos quais, de forma concre-

ta, discute-se direitos individuais nas infinitas hipóteses de demandas que a relação humana pode ensejar.

É verdade que o legislador ordinário, ao regulamentar os dispositivos constitucionais, tem autonomia para fazê-lo conforme lhe pareça o mais eficiente e adequado, mas jamais de forma a criar conflito com disposições outras da própria Constituição Federal. Verifica-se aí não conflito de fatos, mas conflito mesmo de normas, se é que podemos falar em conflito de normas em face do princípio da supremacia da Constituição.

Mais uma vez tendo em vista a doutrina de Luigi Paolo Comoglio (1998), que enfatiza a necessidade de reformulação:

“le inadeguate forme di tutela degli interessi “diffusi”, “collettivi” o “frammentati”, al cui promovimento sono legittimati soggetti esponenziali o rappresentativi di ampie categorie di individui contitolari”.

Em notas de rodapé, quanto a este posicionamento, Comoglio (1998), cita Cappelletti (1988), que também demonstra preocupação com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em casos de concomitância de Ação Coletiva e Ação Individual, nos seguintes termos:

“In argomento, avuto riguardo alla necessità di disciplinare apposite class actions, nonchè all’esigenza di adeguarvi i concetti tradizionali del contraddittorio, della legittimazione ad agire e dei limiti soggettivi del giudicato”.

6.3 Das soluções previstas no processo coletivo

Com o posicionamento que exaramos anteriormente, não pretendemos, de forma alguma, sustentar a impossibilidade jurídica, processual e mesmo constitucional da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ao contrário, entendemos ser a mesma viável, como outra Ação Coletiva qualquer.

No entanto, depreendemos que o caráter da inconstitucionalidade do referido art. 21 da Lei n. 9.868/99 consiste justamente em ter o legislador ordinário se afastado da norma procedimental das Ações Coletivas, cujo princípio supremo é jamais cercear o irrestrito acesso individual à justiça, na sua mais ampla concepção, quer antes, durante ou após o advento do processo coletivo. Ou seja, há uma enorme preocupação não só quanto à possibilidade de subtração de uma garantia constitucional – o processo – mas também em resguardar a oportu-

nidade de articulação das exceções pessoais, nem sempre atendidas a contento nos genéricos e abstratos objetos dos feitos coletivos, principalmente em se tratando das Ações Constitucionais típicas.

É que, o Direito, enquanto criação racional, só se justifica para e somente para a promoção humana, em um contexto em que o homem, na sua individualidade inusitada e irrepetível, deve ser a medida de todas as coisas. Eis o grande desafio do jurista, eis a resposta àqueles que vêm no Direito disciplina sem cunho científico. Do contrário, seria admitir, acriticamente, a formulação de normas insuperavelmente rígidas e de indistinta aplicação massificada, característica esta que denotamos, à evidência, no já referido art. 21 da Lei n. 9.868/99.

Justamente para enfrentar estas questões é que a legislação atinente ao Processo Coletivo formatou sistemas procedimentais hábeis à defesa das garantias e dos direitos individuais, sem qualquer prejuízo para a discussão coletivamente considerada.

6.3.1 O processo coletivo enquanto instrumento hábil ao controle de constitucionalidade

Gregório Assagra de Almeida (2003), aludindo sobre as Ações Constitucionais típicas enquanto Ações Coletivas, discorre:

“A Constituição de 1988, além de ter mantido as conquistas anteriores sobre o Controle de Constitucionalidade, muito o aperfeiçoou, especialmente quanto ao Controle Concentrado da Constitucionalidade, objeto material do Direito Processual Coletivo Especial. A instituição, v. g., da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição reforça essa afirmação.

É certo que o legislador constituinte de 1988 poderia ter ido mais longe, instituindo uma verdadeira Corte Constitucional no Brasil nos moldes dos sistemas europeus, a fim de que pudesse exercer com mais legitimidade e autonomia o controle concentrado da constitucionalidade no País. Essa Circunstância, contudo, não nega, por si só, a tese do Direito Processual Coletivo Especial como um novo ramo do Direito Processual Brasileiro, tendo em vista a amplitude como esse controle pode ser exercido (arts. 5º, XXXV, e 102, caput, da CF), especialmente pelo fato de ter sido consagrado no Brasil, na Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito (art. 1º)”.

É justamente a figura do Estado Democrático de Direito que justifica e impõe a necessidade do desenvolvimento da idéia em torno do Direito Processual Coletivo Especial como novo ramo do Direito Processual Brasileiro. Ele deve ser concebido como instrumento processual constitucional fundamental de proteção dessa nova forma de Estado da Justiça material consagrada logo no art. 1º da Lei Pátria Magna, seja quanto às suas instituições, seja quanto aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais ou coletivos consagrados.

6.3.2 Da inexistência de litispendência entre ação coletiva e ação individual

Restando assim enfatizada a propriedade da aplicação de norma processual coletiva, em especial para o trâmite da Ação Declaratória de Constitucionalidade, apontaremos agora os mecanismos que podem e devem evitar a conduta inconstitucional depreendida do art. 21 da Lei n. 9.868/99. Com efeito, o primeiro aplicativo é o entendimento de que, entre ações coletivas para defesa de interesses difusos e coletivos e ações individuais, não existe litispendência.

É que, nos feitos coletivos, o pedido destina à proteção de direitos indivisíveis, impessoais, cuja titularidade pertence a toda uma coletividade ou comunidade. Já nas ações individuais, a pretensão é restrita à esfera jurídica dos interesses do autor, exclusivamente, e nem sempre, como já ressaltamos, a sentença de uma Ação Coletiva será apta ou mesmo específica o suficiente para atender às exceções pessoais de cada jurisdicionado.

Se o fato da existência de uma lei ou ato normativo inconstitucional deve levar à procedência do pedido formulado em uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, nem sempre é fundamento eficiente para que o cidadão, na Ação Individual, não tenha sua pretensão acolhida, posto restar-lhe a aplicação de outros dispositivos legais, da equidade e mesmo dos princípios gerais do Direito, se assim permitir e justificar o caso concreto.

O que não pode, voltamos a asseverar, é ter o cidadão arrebatada a garantia constitucional de levar a termo o procedimento que aviou, ao pretexto único de que seu pedido, ou parte dele, encontre-se embasado em lei ou ato objeto de dúvida em Ação Declaratória de Constitucionalidade, mormente

em um ordenamento jurídico no qual o controle difuso de constitucionalidade é aplicável irrestritamente.

Colacionaremos a seguir algumas ilustrações doutrinárias nesse sentido, a iniciar pelas abordagens de Antônio Gidi (1995), segundo o qual:

“Quanto às ações coletivas propostas em defesa dos direitos coletivos ou difusos, já procuramos haver demonstrado não induzir litispendência ou coisa julgada em relação às ações individuais, porque se trata de ações diversas, por possuírem partes, causa de pedir e pedido absolutamente diferentes”.

Idêntico é o posicionamento de Ricardo de Barros Leonel (2002), para quem,

“O próprio legislador, cuidando do problema, determina taxativamente que as ações coletivas aforadas em defesa de interesses difusos ou coletivos não induzem litispendência com relação às ações individuais, quando aforadas em virtude do mesmo evento”.

Finalmente, o ilustrado mestre mineiro Humberto Theodoro Júnior (2001), também ensinando sobre a matéria, é, como sempre, bastante convincente:

“Como observa Ada Pellegrini Grinover, não há o risco temido por Barbosa Moreira de contradição propriamente entre duas coisas julgadas, ou seja, entre a coletiva e a individual, visto que, na sistemática implantada a partir do Código de Defesa do Consumidor para todas as ações relativas a interesses difusos ou coletivos, a coisa julgada desfavorável está limitada aos entes e pessoas legitimadas às ações coletivas, ‘deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais, os quais (em suas ações individuais) alcançarão uma coisa julgada normalmente restrita às partes’”.

6.3.3 Da opção do autor individual

A segunda possibilidade de se evitar o cerceamento do acesso à Justiça, conforme pretende-se com a norma do art. 21 da Lei n. 9.868/99, é a seguinte: com a interposição de uma Ação Coletiva, cujo objeto esteja também sob apreciação judicial em Ações Individuais, os autores destas deverão promover a suspensão do trâmite de suas ações, no prazo de 30 dias a contar da data que tomaram conhecimento, nos autos, da Ação Coletiva, caso vislumbrem possibilidade de usufruir da sentença coletiva.

Caso contrário, deixarão transcorrer *in albis* aquele prazo, presumindo-se que abriram mão do feito coletivo, no que deverão contentar-se com o veredito da Ação Individual, favorável ou não aos autores.

Com efeito, dispõe o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, cujo microsistema da coisa julgada aplica-se a todos os Processos Coletivos (art. 90):

“As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

6.3.4 Da ampla aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor às demais Ações Coletivas

Este mesmo procedimento é aplicado na Ação Civil Pública para defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, da ordem urbanística, dos idosos, deficientes físicos, minorias, da livre iniciativa e do mercado de valores mobiliários, ou seja, de todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 21 da Lei n. 7.347/85).

Mais uma vez nos valem da doutrina de Antônio Gidi (1995), que afirma:

“Em outras palavras, não somente o microsistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

Esta sustentação repete-se em Hugo Nigro Mazzilli (1999):

“Dessa forma, o CDC – que é de aplicação subsidiária em qualquer ação civil pública ou coletiva, para qualquer interesse metaindividual, mesmo que não se refira exclusivamente à defesa dos consumidores –, o CDC disciplinou a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse objetivado”.

Conclui-se, pois, não haver qualquer justificativa plausível para ter o legislador ordinário lançado mão do art. 21 da Lei n. 9.868/99, que possibilita

ocasionar manifesta inconstitucionalidade quando o mesmo legislador, no tratamento das Ações Coletivas, já laborou em equacionar as questões relacionadas à matéria.

7. CONCLUSÃO

Não são poucas as conclusões que se pode abstrair. Inicialmente, denota-se que é indisfarçável a ausência, no nosso ordenamento jurídico, de uma unidade de desígnio na elaboração das leis, observando-se mensagens incompatíveis entre si e com o contexto do ordenamento jurídico, sem falar na elaboração de leis com dispositivos adrede articulados para atender às necessidades momentâneas de cada programa de governo, ou da ausência de programa.

O art. 21 da Lei n. 9.868/99 é um exemplo categórico desta situação, certamente formulado para cercear, por via oblíqua, o amplo acesso à justiça por parte daqueles que se vêem na contingência de demandar contra a União, o que é, a despeito do que se fundamentou no Capítulo V, manifestamente inconstitucional, consistindo, assim, em um lamentável retrocesso quanto às conquistas obtidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Aliás, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria absoluta pode deferir a medida cautelar prevista naquele artigo, devem ter prudência redobrada no seu exame e eventual aplicação, primeiro porque, a rigor, não se trata de uma medida cautelar, muito pelo contrário. Consiste, na verdade, em inegável atentado ao processo; depois, em função do grave prejuízo que tal procedimento pode ocasionar a milhares ou mesmo milhões de pessoas, resultando, assim, para o Estado, o dever de indenizar.

A respeito, são bastante elucidativas as lições do Professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), quando trata da responsabilidade do Estado pela função jurisdicional, conforme segue:

“Escudados nessas meditações doutrinárias, podemos sustentar que o erro nos atos jurisdicionais praticados pelo Estado (decisão interlocutória, sentença e acórdão) passíveis de ensejar a responsabilidade do Estado pode ocorrer em qualquer processo (civil, penal, trabalhista, exemplificando), já que a função jurisdicional nele exercida é una e indivisível, já o dissemos, não comportando fracionamentos em razão do ramos do Direito cujas normas estão sendo aplicadas no julgamento do caso concreto (ver Capítulo II,

item 2.2), abrangendo o erro de fato ou o erro de direito, o erro em relação ao encaminhamento do procedimento (*error in procedendo*) ou o erro relativo ao julgamento de mérito (*error in iudicando*)". [grifamos]

Outra conclusão que também abstraímos deste estudo, não sem razão, é com relação à resistência quanto à aplicação da doutrina do Processo Coletivo. É bastante recente a implementação das Ações Coletivas no nosso ordenamento jurídico, não tendo encontrado ainda guarida quer em uma sociedade marcada pelo individualismo, com pouca articulação político-comunitária, quer diante de uma praxe forense arcaica, estática e viciosa.

Também a inexistência de uma codificação processual coletiva mais concentrada e melhor ordenada é motivo que não só dificulta o manuseio, mas também mantém fora do alcance da classe jurídica – pouco afeita à reciclagem e aperfeiçoamento – a novel doutrina.

Uma das conseqüências mais lamentáveis desta realidade é que a cada dia aumenta as possibilidades de implantação, na ordem jurídica pátria, de sistemas de vinculação da atividade de juízes e tribunais intermediários em face das decisões da terceira instância, ocasionando, assim, o fim do Direito enquanto possibilidade de reformulação da ordem social, haja vista a emenda que fez introduzir no Texto Constitucional a denominada Súmula Vinculante (art. 103-A, *caput*).

Contudo, nem mesmo esta realidade justifica o deslize do legislador ordinário, ao formular o art. 21 da Lei n. 9.868/99, que deve ser afastado da aplicação processual, quer por meio do controle direto, quer pelo difuso.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

_____. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1. e 2. sem. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *RePro* 61:186.

BATTAGLINI, Mário. *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle legge*. Milão: Giuffrè, 1962.

BRAGA, Renato Rocha. *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: RT, 1996.

CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello de; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Ação declaratória de constitucionalidade à luz da Lei n. 9.868/99*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

CRISAFULLI, Vezio. *Appunti di diritto costituzionale*. La corte costituzionale. Roma: Mario Bulzoni Editore, 1967.

CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor – Tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo. Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- DIAS, Ronaldo Brêtas C. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- FRANÇA, Fernando Luís. A integração social democrática pelo controle processual difuso de constitucionalidade. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, v. III.
- GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Reforma do Judiciário. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, p. 4, maio 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Ação civil pública*. 6. ed. rev., e atual. São Paulo: RT, 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NASCIMENTO FILHO, Firly. *Da ação direta de inconstitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.
- PORTINHO DIAS, Luiz Cláudio. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade dos atos normativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 754, p. 111, 1998.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Éditions du Seuil, 1977.

SCARTEZZINI, Ana Maria. A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Tradução de Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 156-174, jul./set. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I.