



Fernando Rabello

100

DIREITO FUNDAMENTAL À CONSTITUCIONALIDADE: difusão e objetividade

BASIC RIGHT TO CONSTITUTIONALITY: dissemination and objectivity

Lucas Catib de Laurentiis

RESUMO

Expõe argumentos que sustentam a inclusão das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade no rol dos instrumentos brasileiros de tutela coletiva.

Analisa alguns conceitos fundamentais do controle de constitucionalidade, envolvendo o objeto, efeitos e legitimidade do sistema de controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; ação direta de constitucionalidade; ação direta de inconstitucionalidade; controle de constitucionalidade; tutela coletiva.

ABSTRACT

The author defends that direct actions of unconstitutionality and of constitutionality be considered as one of the Brazilian instruments for collective rights protection.

He analyzes some basic concepts of constitutionality control, involving object, effects and validity of the constitutionality control system.

KEYWORDS

Constitutional Law; direct action of constitutionality; direct action of unconstitutionality; constitutionality control; collective rights protection.

1 INTRODUÇÃO

Há uma expansão dos direitos fundamentais. A asserção é conhecida e fundamentada pela doutrina e por documentos históricos – os direitos fundamentais surgiram para garantir posições e direitos individuais, sobretudo dos estamentos superiores da sociedade¹. Mas aos clássicos direito de liberdade, manifestação de pensamento, propriedade, juntaram-se então os direitos econômicos e sociais e os direitos intangíveis. Especificamente acerca desse último desenvolvimento dos direitos humanos, um estudioso da área afirmou que *a nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção*. (SARLET, 2007, p. 58)

Este texto analisará um dos aspectos de tal proteção. É uma problemática processual, que ainda não foi observada pelos especialistas do direito constitucional: a tutela jurídica dos direitos coletivos, sobretudo os difusos, tem alguns reflexos no campo do controle de constitucionalidade. Essa influência tem duas vias.

A primeira delas gerou um debate doutrinário e jurisprudencial considerável: discutiu-se intensamente a admissibilidade da declaração incidental e difusa de inconstitucionalidade em sede de ações civis públicas. Importante corrente de pensamento contestou tal possibilidade por identificar, nas ações civis públicas em que fosse contestada a constitucionalidade de normas, a possibilidade de usurpação da competência do Supremo². Na jurisprudência prevaleceu, contudo, a posição contrária que admitia o controle incidental de constitucionalidade em ações civis públicas³. Não é esse o tema aqui discutido.

Há um segundo aspecto de aproximação, ou, na linguagem dos processualistas brasileiros, ponto de estrangu-

lamento (DINAMARCO, 2005a, p. 222) entre a tutela coletiva e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Ao contrário da primeira discussão, essa tem relação com o controle de constitucionalidade realizado na via principal, ou abstrata. (RAMOS, 2010, p. 74). É uma questão doutrinária, mas dela decorrem, como se observará neste artigo, diversas consequências práticas. Em síntese, o problema aqui discutido parte da seguinte indagação: as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade são ações coletivas? Mas o pressuposto, pouco mais que óbvio, para resolver tal questionamento, encontra-se em outra questão: será que constitucionalidade pode ser considerada um direito fundamental difuso?

Esse artigo se debruçará sobre essas questões. A estratégia da análise será bastante simples e clara. Em um primeiro momento, serão expostos entendimentos que defendem respostas afirmativas às questões acima. Ou seja, a primeira passagem deste estudo será dedicada à exposição dos argumentos que sustentam a inclusão das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade no rol dos instrumentos brasileiros de tutela coletiva. O pressuposto que fundamenta essa ideia é pouco mais que evidente: para tanto, considera-se a constitucionalidade como um direito fundamental difuso. Como será exposto, essa ideia é defendida, sobretudo, por especialistas em direito processual civil.

A legitimidade para propor demandas que visem à declaração abstrata de inconstitucionalidade é sabidamente limitada. Essa regra foi adotada por praticamente todos os sistemas de controle de constitucionalidade.

O segundo momento dessa exposição será dedicado à análise de alguns conceitos fundamentais do controle de constitucionalidade. São conceitos que, penso, podem subsidiar a construção de uma análise mais aprofundada e, por

isso, segura do tema. Fundamentalmente, serão analisados aqui, de forma breve, aspectos ligados ao objeto, aos efeitos e à legitimidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Por fim, a terceira passagem deste estudo é dedicada a uma análise comparativa e crítica. Com base nos conceitos apresentados na segunda parte do estudo, espera-se comprovar que, a despeito do que sustenta a doutrina processual, a constitucionalidade não é um direito fundamental e, portanto, as ações diretas não são um instrumento de tutela coletiva.

2 A CONSTITUCIONALIDADE COMO DIREITO DIFUSO

Gregório Assagra de Almeida é um dos doutrinadores que assentaram: a tutela coletiva brasileira abarca as ações diretas de controle de constitucionalidade. Ao menos três argumentos são por ele lançados para subsidiar tal conclusão. O primeiro deles é uma compreensão ampliada dos direitos fundamentais. Com base na comparação dos textos da Constituição brasileira de 1988 e de Constituições estrangeiras – dentre outras, são citadas as Constituições portuguesa de 1976, italiana de 1948 e alemã de 1949 – diz o autor que nossa Constituição aderiu a uma compreensão ampliada dos direitos coletivos. O argumento tem fundo em uma interpretação literal da expressão utilizada para nomear o Capítulo I, do Título II, da atual Constituição brasileira: “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. A conclusão que extrai da leitura desse texto é a

seguinte: *a Constituição brasileira vale-se do termo direitos coletivos no plural, de forma a abranger, em uma dimensão constitucional objetiva, todas as espécies de direitos ou interesses coletivos*. (ALMEIDA, 2010, p. 256)

A essa conclusão o autor soma a referência à norma que consta do § 2º, do art. 5º, do texto constitucional, para concluir que, além dos direitos fundamentais coletivos especificamente alojados no interior desse artigo, há outros espalhados no decorrer da Constituição. Ademais, diz Gregório Assagra, no plano constitucional há uma divisão elementar das tutelas jurídicas: ou bem elas se enquadram no gênero tutela individual, ou no gênero tutela coletiva⁴. Dessa forma, mesmo ramos do direito público devem ser, segundo esse pressuposto, novamente contextualizados.

A partir da promulgação da nova Constituição brasileira, essas disciplinas passaram a pertencer ao Direito Constitucional Coletivo. Esse também é o destino do controle abstrato de constitucionalidade. Por obviamente não pertencer ao ramo dos direitos individuais, por ser regido pelos mesmos princípios da tutela coletiva⁵, enfim, por tutelar um dos elementos fundamentais do Estado democrático de Direito, as ações diretas de controle de constitucionalidade são classificadas por esse autor como espécie de tutela coletiva. Com isso, tal gênero de tutela jurídica teve de ser subdividida em tutelas coletivas especiais e comuns. Aquelas abarcam as ações diretas de declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade e também a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Essas, os demais instrumentos de tutela coletiva – dentre eles, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública. (ALMEIDA, 2010, p. 262)

As considerações desse autor exerceram grande influência no meio doutrinário. Teori Albino Zavascki, por exemplo, cita-o expressamente, para chegar à mesma conclusão: o sistema brasileiro de controle principal e concentrado⁶ de constitucionalidade é “modo de prestar tutela coletiva” (ZAVASCKI, 2008, p. 279). Essa constatação também é fundamentada pelas seguintes constatações desse autor: os efeitos desses instrumentos são idênticos, quer sob o prisma temporal (*ex tunc*), quer na perspectiva dos sujeitos a que essas tutelas se dirigem (*erga omnes*), e ainda que de forma indireta, as ações constitucionais tutelam, em seu entender, direitos subjetivos⁷.

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal [...] admitiu que alguns dos legitimados pela Constituição à propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade devem comprovar a “pertinência temática” de seu pedido.

Contudo, a defesa mais incisiva e fundamentada da inclusão das ações diretas de controle de constitucionalidade sob a rubrica da tutela coletiva parte de Fredie Didier, que lançou os seguintes argumentos para sustentar essa tese: *As ações de controle concentrado se enquadram como coletivas, pois: a) têm legitimidade extraordinária exclusiva concorrente para ajuizá-las, tão somente, os entes elencados no rol legal; b) pre-dispõem-se à defesa de um direito coletivamente considerado, a saber, direito à defesa da ordem constitucional; c) transcorrem por meio de procedimento especialmente criado para tanto; d) por fim, a imutabilidade do comando da decisão atingirá a coletividade.* (DIDIER; BRAGA, 2006, p. 255)

De tais constatações seguem-se duas conseqüências práticas no que concerne ao processo coletivo. Primeiro, segundo esse autor, um dos fatores que indicam a possibilidade de ações coletivas serem propostas contra coletividades ou entes despersonalizados – modalidade de substituição processual que não tem previsão legal – é o caráter dúplice das ações de constitucionalidade. Como, segundo essa premissa, as demandas de controle concentrado são ações coletivas dúplices, não pode haver razão a impedir que as demais ações coletivas compartilhem essa característica. Sendo assim, como entes despersonalizados podem propor ações civis públicas (art. 82, III, do CDC), eles também poderão ser réus nessas demandas. (DIDIER; ZANETI, 2008, v. 4, p. 223). Essa conclusão antecipa outro aspecto prático relevante: a despeito de aparente contrariedade ao disposto no parágrafo único do art. 315 do Código de Processo Civil, é possível sustentar, com base em tais constatações, ser admissível reconvenção em processos coletivos. (DIDIER; ZANETI, 2008, p. 323). Essas constatações demonstram que, para além dos interessantes questionamentos teóricos, o tema aqui analisado tem comprovada importância para a prática do processo coletivo.

3 A OBJETIVIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Reitere-se a proposta deste trabalho: o que se intenta aqui não é esboçar traços gerais e esparsos do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. O objetivo e a intenção aqui são outros. Dados elementares, mas que devem ser considerados, são a limitação deste espaço e do objeto em questão. Mais do que desaconselhada, a análise ampla de nosso sistema de controle de constitucionalidade não é desejada. Não o é justamente em função da finalidade deste texto.

Por isso, o corte da análise a seguir desenvolvida será o seguinte: serão analisados três conceitos elementares e pontuais da disciplina do controle de constitucionalidade. O primeiro deles relaciona-se com a legitimidade para acionar esse mecanismo de garantia da Constituição⁸. O segundo ponto, que tem alguma relação com o primeiro, diz respeito ao objeto e à finalidade do controle de constitucionalidade da via principal. Finalmente, o terceiro passo dessa análise discutirá os efeitos do controle de constitucionalidade nessa via processual – essa discussão será desenvolvida no próximo item do trabalho. Repise-se que, obviamente, a análise que se segue não pode, nem pretende, ser exaustiva. Mas ela será suficiente para a finalidade deste artigo: analisar criticamente os entendimentos doutrinários expostos no item anterior.

A legitimidade para propor demandas que visem à declaração abstrata de inconstitucionalidade é sabidamente limitada. Essa regra foi adotada por praticamente todos os sistemas de controle de constitucionalidade⁹. Sua defesa teórica foi concebida por Hans Kelsen, para quem a possibilidade de todo e qualquer cidadão formular demandas dessa natureza não é aconselhável, *porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias.* (KELSEN, 2007, p. 174).

Mas a restrição à legitimidade para propor ações diretas de controle de constitucionalidade tem outros fundamentos. Como apontam inúmeros estudos, o modo de controle de constitucionalidade principal e abstrato é realizado em um processo desprovido de partes no sentido processual, pois *trata-se de um processo que visa sobretudo a defesa da constituição e do princí-*

pio da constitucionalidade¹⁰. Dessa forma, os sujeitos que atuam em tal modalidade de processo não defendem direito próprio, quanto menos alheio. Não se trata, assim, quer de legitimação ordinária, quer extraordinária, pois nesses processos não ocorre a defesa de interesse subjetivo. O que neles ocorre é a defesa da integridade e unidade do sistema jurídico, não do interesse de classes, grupos ou pessoas. Todavia, essa afirmação deve ser ponderada teoricamente e reavaliada em função da jurisprudência consolidada.

Muitas vezes, o entendimento do Judiciário é justificado pelos fatos. Essa constatação é fundamental para a determinação precisa dos legitimados a contestar a constitucionalidade de leis na via principal. A doutrina e a jurisprudência alemãs, de onde provém o conceito de processo objetivo (*objektives Verfahren*), admitem, em larga medida, a existência de restrições à admissibilidade irrestrita de demandas de declaração de inconstitucionalidade. Nesses termos, admite-se que a dúvida e a impugnação da constitucionalidade deverá recair sobre normas que tenham uma relação mínima com seus proponentes.

Aponta-se, nesse sentido, que, se assim não fosse, todas as regiões federadas poderiam impugnar a constitucionalidade de quaisquer leis, em qualquer situação, mesmo que elas não lhe digam respeito e não tenham qualquer relação com seu território. Essa é a justificativa do condicionamento da legitimidade ativa nas ações diretas do sistema de controle alemão¹¹. No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal, construída após a promulgação da nova ordem constitucional, seguiu caminho similar – admitiu que alguns dos legitimados pela Constituição à propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade devem comprovar a “pertinência temática”¹² de seu pedido. Outros legitimados estão isentos desse ônus¹³.

Tais constatações impõem a reavaliação de alguns conceitos. O processo de controle de constitucionalidade realizado na principal é objetivo, mas isso não quer dizer que nele inexistam partes que devam cumprir deveres e arcar com alguns ônus processuais¹⁴. O que, realmente, não há no processo objetivo são sujeitos processuais materialmente interessados. Em ou-

tros termos, os processos de controle concentrado de constitucionalidade são incompatíveis com o sentido substancial de parte processual¹⁵. Essa conclusão tem uma razão de ser bastante simples: considerada em si mesma, a declaração de inconstitucionalidade não é um bem jurídico e, por isso, seria paradoxal admitir a existência de um interesse jurídico, ainda que difuso, em que tal declaração ocorra. Em um estudo antigo, mas fundamental para a compreensão dos sistemas de controle de constitucionalidade, Jorge Miranda foi inequívoco ao sustentar essa conclusão: *Devemos afirmar que não há partes em sentido material no processo constitucional, principal ou incidental, mesmo que possua tendência subjetivista. Não se encontra aqui esse conceito assim como não se pode topar em processo administrativo contencioso. Quando se alude a parte e a pretensões processuais, é numa acepção genérica; no caso de exceção e de recurso contencioso, têm as partes, recorrente e recorrido, um interesse a arguir ou sustentar o vício da lei o do acto, mas a constitucionalidade não se converte em interesse seu, donde resulta que não existe legitimidade material em relação a ela.* (MIRANDA, 2007, p. 276).

[...] a inconstitucionalidade é definida como a desconformidade, dinâmica ou estática, mas sempre inter-normativa, pois envolve a relação de duas normas jurídicas de hierarquias diversas.

As razões que sustentam essas constatações são as seguintes. Há interesse processual, sempre que um sujeito requisite ao Judiciário a tutela de um bem. Em sentido *lato*, que não segue a tradição do Direito Civil, segundo a qual, bens são coisas ou utilidades passíveis de apropriação pelo homem¹⁶, parece ser possível dizer que bens são *ações, características ou situações, ou posições de direito ordinário, que não podem ser embaraçadas, afetadas ou eliminadas.* (ALEXY, 2008, p. 303). Nesse sentido, normas, constitucionais ou infraconstitucionais, podem constituir um âmbito de proteção de direitos ou garantias fundamentais, que obviamente são bens. Mas, em si mesmas, as normas, ainda

que constitucionais, não são bens. Ora, sabe-se, com certa tranquilidade, que a inconstitucionalidade é definida como a desconformidade, dinâmica ou estática¹⁷, mas sempre inter-normativa, pois envolve a relação de duas normas jurídicas de hierarquias diversas. A aferição desse vício legislativo acarreta a reação da ordem jurídica, que pode ser manifestada sob diversas formas de juízo de desvalor. É isso o que a doutrina especializada denomina sanção de inconstitucionalidade. Carlos Blanco de Morais desenvolveu esses conceitos da seguinte maneira: *Se a conformidade dos pressupostos e elementos do acto com a Constituição predica o valor positivo do mesmo e a sua virtual perfeição jurídica para, como acto existente e válido, produzir os efeitos que lhe correspondem, já o valor negativo, ou desvalor, implica que um acto, em razão da sua desconformidade com a Constituição, se pode ver inibido de produzir a totalidade das suas consequências jurídicas típicas. Podemos, assim, definir desvalor do acto inconstitucional, na linha da doutrina referenciada, como a depreciação, mais ou menos intensa, sofrida por um acto desconforme com a Constituição, susceptível de obstar à produção dos efeitos jurídicos que ordinária e tipicamente lhe corresponderiam.* (MORAIS, 2006, t.1, p. 187).

Basta conjugar as definições acima para perceber que, por envolver uma colisão de normas, não de bens, a declaração de inconstitucionalidade também não poderá ser considerada um bem. Por não ser um bem, sua tutela não constitui interesse jurídico de quem quer que seja – conclusão que simplesmente confirma tudo o que antes foi exposto: o processo de controle de constitucionalidade pela via principal não é forma de tutelar interesses ou direitos, sejam eles individuais ou coletivos.

Com base nessas constatações, bastante sintéticas, acerca de conceitos fundamentais e, por isso mesmo, um tanto polêmicos da jurisdição constitucional, é possível discorrer de forma crítica e fun-

damentada a respeito do tema proposto nesse trabalho. Essa é a tarefa do próximo item do texto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CRÍTICAS

A comparação e a aproximação de conceitos é cada vez mais frequente no Direito. Interpretar o Direito Civil, o Direito Processual Civil ou Penal, com base em conceitos e técnicas do Direito Constitucional é uma operação salutar. Essas inferências estimulam o censo crítico e alinham conceitos, muitas vezes ultrapassados, a valores e parâmetros constitucionais. Contudo, para que seja preservado o rigor conceitual e científico, essa tendência tem de ter limites claros.

[...] por envolver uma colisão de normas, não de bens, a declaração de inconstitucionalidade também não poderá ser considerada um bem. Por não ser um bem, sua tutela não constitui interesse jurídico de quem quer que seja [...]

Ao que me parece, a doutrina exposta na primeira parte deste estudo ultrapassou esse limite. Com efeito, tal qual foi comprovado no item anterior dessa exposição, as ações de declaração de inconstitucionalidade, ou constitucionalidade, na via principal não tutelam direitos, sejam eles difusos, coletivos ou individuais. Por isso, não me parece correto sustentar que tais ações sejam espécies de ações coletivas – essas sim visam tutelar direitos daquelas espécies. Mas para esclarecer e fundamentar essa conclusão com alguma precisão, examinarei cada um dos pontos e argumentos desenvolvidos no primeiro item dessa exposição.

As primeiras observações de Gregório Assagra de Almeida são corretas. Efetivamente, há algum tempo, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que o rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal não é exaustivo¹⁸. Todavia, essa constatação não influi nos conceitos e instrumentos do controle de constitucionalidade da via principal. Afinal, o que dita jurisprudência admite é a existência de direitos fundamentais, inclusive coletivos, não relacionados naquele artigo, mas não que todos os direitos e deveres do restante do texto constitucional compartilhem essa característica. Já a segunda conclusão desse autor parte de uma petição de princípio. As tutelas jurídicas admitidas pela Constituição são divididas em três, não duas categorias: elas são individuais, coletivas e objetivas. Tudo quanto foi exposto no item precedente comprova essa conclusão. Sendo assim, não é necessário admitir que as ações diretas declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade sejam espécies do gênero tutela coletiva. Elas pertencem a uma categoria diversa de tutela: o processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Por fim, todas as espécies de tutela jurídica, inclusive as estritamente individuais, são regidas pelos valores inerentes ao Estado democrático de Direito. Essa conclusão decorre da seguinte constatação: como esse conceito é um elemento central ao regime republicano criado pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, CF/1988), toda demanda, seja de que natureza for, em que tal valor não seja respeitado, não será admitida pela ordem

constitucional. Portanto, a vinculação ou realização do conceito de Estado democrático de Direito é uma característica comum a todas as tutelas jurídicas admitidas pela Constituição. Por isso, o fato de um instrumento processual ser a ele atrelado não o diferencia em relação a outras técnicas processuais também previstas na Constituição. É justamente esse o caso das ações diretas de controle de constitucionalidade: tais instrumentos processuais estão, como todos os outros, vinculados ao conceito de Estado democrático de Direito. Por isso mesmo, tal atributo não os torna peculiares, quanto menos altera sua natureza – eles são, como sempre foram, instrumentos do sistema de controle objetivo de constitucionalidade.

Afigura-se-me que os argumentos de Teori Albino Zavascki também não são convincentes. Primeiro, porque nem todas as ações coletivas têm eficácia geral (*erga omnes*). As decisões de procedência ou improcedência, salvo por insuficiência de provas, do pedido em ações coletivas em sentido estrito, por exemplo, tem efeitos *ultra partes* – ou seja, abarca todos os membros do grupo, classe ou categoria interessado. Essa constatação indica que a eficácia geral, que é própria das ações diretas de declaração de inconstitucionalidade, não é um atributo comum a todas as tutelas coletivas. Disso decorrem as seguintes conclusões lógicas.

Dois conceitos pertencerão ao mesmo gênero quando um atributo que lhes é essencial for também comum. Dado que o julgamento de algumas ações coletivas não tem efeito geral, esse não é um atributo diferenciador e essencial dessa modalidade de tutela¹⁹. Dessa forma, mesmo que as tutelas objetivas realizadas em ações declaratórias de inconstitucionalidade ou constitucionalidade tenham, efetivamente, efeitos gerais, essa característica não as torna espécies do gênero tutela coletiva.

Ainda a esse respeito é preciso observar que ações individuais também podem ter efeitos gerais. É conhecida a regra do Código de Processo Civil: quando todos os interessados forem citados, o julgamento que tenha como objeto o estado de pessoas fará coisa julgada oponível a terceiros (art. 472, CPC). Trata-se, aqui também, de coisa julgada com efeitos gerais. Contudo, esse não é um exemplo de tutela coletiva.

É patente que o julgamento de ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pode sim acarretar benesses ou prejuízos ao interesse dos jurisdicionados. Esse é, afinal, o sentido dos efeitos gerais da decisão dessas ações. Mas tal característica não altera a substância desses instrumentos de controle de constitucionalidade. Assim, a tutela indireta dos interesses individuais, a que se refere Teori Albino Zavascki, é um elemento acidental ao sistema de controle principal e abstrato de constitucionalidade. O que se objetiva nessa via de controle é, como foi observado no item precedente, fazer valer a força normativa da Constituição, não proteger os interesses de quem quer que seja.

Por fim, analiso duas das ponderações de Fredie Didier. A primeira delas diz respeito à legitimidade restrita das ações diretas de controle de constitucionalidade. Efetivamente, esse aspecto aproxima essa técnica de controle da sistemática brasileira de tutela coletiva. Todavia, também há pontos de distanciamento. O mais evidente deles é o seguinte: enquanto na tutela coletiva os legitimados agem em nome de outrem²⁰, nas ações diretas de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade,

nalidade não há substituição processual.

Ademais, aponta a doutrina especializada que a legitimação para a propositura de demandas coletivas não é determinada pelo critério estritamente legal (*ope legis*), mas combina esse critério com a necessidade de comprovação de representatividade adequada (*adequacy of representation*) do litigante. (GRINOVER, 2005, p. 825-826). Trata-se, portanto, de critério de representação misto, no qual mesmo o Ministério Público deve comprovar a correlação da demanda coletiva por ele proposta com suas finalidades institucionais²¹. Não é o que ocorre nas ações diretas de controle de constitucionalidade: sabe-se que a jurisprudência consagrada pela Suprema Corte brasileira classifica os legitimados para a propositura dessas ações em duas classes – há os legitimados universais e os legitimados especiais²². E mesmo que se pense que tal critério de distinção é incoerente e deveria ser revisto – o que defendo – é inconcebível admitir que todos os legitimados para a propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade devam comprovar a pertinência temática de sua pretensão. Tudo isso parece comprovar que, apesar de semelhantes, os critérios de legitimação ativa para propor ações diretas declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade são bem distintos dos que regem as ações do sistema brasileiro de tutela coletiva.

Finalmente, no que tange à correlação das ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade e constitucionalidade, cabe considerar o seguinte. Apesar de previsão legal (art. 24, da Lei 9.868/99), de considerável jurisprudência do Supremo Tribunal brasileiro e de respeitáveis entendimentos doutrinários²³, a relação de reversibilidade das demandas diretas de declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade é um tema que deve ser melhor discutido. Antes de mais nada, é preciso observar que, se tal correlação realmente existe, tratar-se-á de hipótese única no Direito Comparado. No Direito italiano e português esta regra é admitida com bastante tranquilidade: as decisões de improcedência de demandas de declaração de inconstitucionalidade não são equivalentes às decisões de declaração de constitucionalidade²⁴. Mesmo na Alemanha,

de onde foi tirada a tese da equivalência dos efeitos das decisões das ações de controle principal de constitucionalidade, grande parte da doutrina diverge de tal orientação²⁵.

No Direito brasileiro, há também vozes discordantes da posição majoritária. José Ignácio Botelho de Mesquita é um desses exemplos. Tal autor apontou os efeitos deletérios da tese da ambivalência das ações diretas de controle de constitucionalidade ao afirmar que o *risco de, ao demandar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, provocar a declaração de sua constitucionalidade com eficácia erga omnes, constitui fator do mais alto grau de desestímulo à iniciativa de propor uma ADIN*²⁶.

Efetivamente, ao que me parece²⁷, quer sob o prisma dos efeitos das decisões, quer sob a ótica da regulamentação dos processos, as ações diretas de declaração de inconstitucionalidade e constitucionalidade são distintas. Apesar de, após a promulgação da EC 45/2004, os legitimados a propor essas demandas serem os mesmos, seus objetos não são equivalentes (enquanto na ação de declaração de inconstitucionalidade é admissível a impugnação de leis federais e estaduais, na declaratória de constitucionalidade só leis federais podem ser objeto de discussão).

Ainda na perspectiva processual, a medida cautelar de tais ações têm conteúdos e natureza substancialmente diversos: enquanto a cautelar da ação declaratória de constitucionalidade antecipa os efeitos da tutela final, suspendendo, com eficácia futura ou retroativa, a norma impugnada (arts. 10 e 11 da Lei n. 9.868/99), a medida de urgência da ação declaratória tem a função estrita de salvaguardar a possibilidade de fruição (*fruttuosità*) dos efeitos finais da tutela final – trata-se, assim de medida acatelaratória²⁸. Para chegar a essa conclusão, basta comparar os efeitos da decisão final da demanda de declaração em tese de constitucionalidade com a finalidade de sua medida cautelar: essa medida suspende a eficácia da lei analisada (art. 21 da Lei n. 9.868/99), e o julgamento final visa atingir justamente o efeito contrário – a preservação da vigência e da eficácia da norma frente a impugnações incidentais.

Por fim, há mais um requisito pro-

cedimental que aparta definitivamente as demandas de declaração em tese de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Exige-se que a demanda de declaração pela via principal de constitucionalidade seja acompanhada de comprovação da existência de controvérsia judicial fundada a respeito da constitucionalidade da norma discutida (art. 14, III, da Lei n. 9.868). Ora, se a tese da ambivalência fosse realmente correta, essa condição não teria nenhum valor, pois, para que uma lei fosse declarada constitucional, com efeitos gerais, bastaria ao autor propor uma ação direta de inconstitucionalidade, mesmo sabendo que sua pretensão não tem qualquer fundamento – afinal, o efeito da improcedência de tal demanda seria idêntico à procedência de eventual ação de declaração de constitucionalidade.

Com base no exposto, é possível concluir que as ações diretas declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade não são equivalentes, ou, como se convencionou falar, “faces da mesma moeda”. Por outro lado, e voltando agora à comparação das ações diretas de controle de constitucionalidade e os instrumentos do sistema brasileiro de tutela coletiva, se como argumenta a doutrina especializada *o ordenamento brasileiro permite considerar a classe na posição de legitimada passiva – desde que observada escrupulosamente a aferição da representatividade adequada dos entes indicados como réus na demanda* (GRINOVER, 2005, p. 830), tal característica é mais um elemento de diferenciação dos instrumentos de tutela coletiva e objetiva. Em outras palavras, essa característica comprova, mais uma vez, a tese defendida neste artigo: as ações diretas de declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade não são espécies do gênero tutela coletiva e a constitucionalidade não é – na verdade, não pode ser considerada – um direito fundamental com características coletivas ou difusas.

NOTAS

1 A observação dessa característica é comum na literatura constitucional. Por todos, vale conferir a seguinte passagem de conhecida obra de Fábio Konder Comparato: *No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a*

- liberdade geral em benefício de todos, sem distinção de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade* (COMPARATO, 2007, p. 46).
- 2 Nesse sentido, confira-se: Meireles (2004, p. 240) e Mendes (2007a, p. 288).
 - 3 O Supremo Tribunal Federal enfrentou essa problemática na Reclamação 600/SP. Na ementa de tal julgamento, relatado pelo Ministro Nery da Silveira, lê-se que: *Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.* (BRASIL, STF, 2003).
 - 4 É o que o autor denomina “nova summa divisio”, que teria sido implantada pela nova Constituição em substituição à divisão dos ramos de direito público e privado. Cf. Almeida (2010, p. 257 e ss).
 - 5 Dentre outros ‘princípios’, referido autor cita os princípios comuns do máximo benefício da tutela jurisdicional, o princípio da interpretação aberta da causa de pedir e do pedido e, por fim, o princípio da legitimidade ativa concorrente ou pluralista. Cf. Almeida (2010, p. 265).
 - 6 Há diversas classificações e subclassificações no estudo dos sistemas do controle de constitucionalidade. É preciso lembrar, por isso, que as categorias “controle principal” e “concentrado” não se equivalem, apesar de se aproximarem. O controle principal é aquele que se opõe ao controle incidental. Como a nomenclatura indica, nessa modalidade de controle, a constitucionalidade é uma questão incidental ao processo. No controle principal, por outro lado, a constitucionalidade é o tema central, ou o pedido, da demanda. Já o controle concentrado é aquele exercido por um único órgão, muitas vezes jurisdicional, outras vezes político. Essa categoria se opõe, como é fácil perceber, não ao controle incidental, mas ao difuso, que é aquele em que todos os órgãos que compõem o Poder incumbido de declarar a inconstitucionalidade estão legitimados a exercer essa faculdade. Para uma exposição dessas categorias, vale consultar: Ramos (2010, p. 67 e ss).
 - 7 Em sentido semelhante, consulte-se Mancuso (2007, p. 275).
 - 8 O termo “garantia” é utilizado pela doutrina brasileira de forma diversa e menos abrangente. Ele abarca, em regra, unicamente as ações, ou remédios, constitucionais cuja finalidade seja assegurar direitos fundamentais. Nesse sentido, mas admitindo também a categoria das garantias constitucionais gerais, cf. Silva (2005, p. 186-189). Contudo, respeitado autor do Direito português emprega, já há algum tempo, o termo garantia em sentido deveras mais lato. Segundo esse entendimento, o termo abarcaria não só os instrumentos de controle de constitucionalidade, mas também as garantias da efetividade das normas e contra o estado de exceção constitucional. É o que se depreende da leitura da obra de Miranda (2008, p. 47-49).
 - 9 Há notícia de alguns ordenamentos em que o regime de legitimação geral e popular para propor ações diretas de inconstitucionalidade foi adotado. Isso ocorreu na República de Monaco (Constituição de 1946) e no Estado (Länder) da Baviera (Constituição de 1947). A declaração de inconstitucionalidade, nessas hipóteses, tinha eficácia *erga omnes* e aparentemente retroativa (*ex tunc*). A esse respeito, vale conferir, na doutrina estrangeira: Cappelletti (1957, p. 140).
 - 10 Canotilho (2003, p. 900). Na doutrina brasileira, há profusão de manifestações nesse sentido. Por todos, vale consultar Clève (2000, p. 159).
 - 11 Nesse sentido, confira-se, na literatura jurídica alemã: Löwer (2005, p. 1.401). Há, também, na doutrina brasileira, estudo que aponta para essa questão. Contudo, nele, o autor sustenta a inexistência de tais filtros à legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade no direito alemão, pois *a admissibilidade de processo de controle abstrato de normas está apenas vinculada a um interesse público de esclarecimento ou a uma necessidade pública de controle* (MENDES, 2007b, p. 112).
 - 12 É o que se observa em farta jurisprudência da Suprema Corte brasileira. Por todos, as ponderações do Ministro Sepúlveda Pertence acerca da distinção desse conceito e do interesse de agir na ADI 913-3/DF (Rel. Min. Moreira Alves, RT 718/283).
 - 13 Como observado, a criação de condições à legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade tem um pressuposto empírico razoável. Tratam-se, efetivamente, de condições que resguardam a operacionalidade das Cortes Constitucionais. O que não é devidamente justificada é a distinção, criada pela jurisprudência brasileira e aceita, sem grande crítica, pela doutrina nacional entre os órgãos a que se atribui a legitimidade para contestar a constitucionalidade de toda e qualquer lei (legitimados universais) e aqueles que devem comprovar a correlação da lei avaliada e suas peculiaridades institucionais (legitimados especiais). Nessa distinção há, ao que me parece, evidente desconsideração de características fundamentais do pacto federativo. Afinal, por que o Presidente da República e as Mesas diretoras do Senado e da Câmara federal são legitimados a propor toda e qualquer ação direta de inconstitucionalidade enquanto dos Governadores dos Estados Federados e das respectivas Mesas das Assembleias legislativas exige-se a comprovação da pertinência temática? A situação de desequilíbrio é ainda mais flagrante no que diz respeito à legitimação de associações de caráter nacional: ao não se exigir a comprovação da pertinência temática unicamente da Ordem dos Advogados do Brasil, a jurisprudência do Supremo criou um privilégio infundado e claramente desarrazoado. A solução dessa discrepância não está na negação da exigibilidade desse filtro, mas em seu alargamento. O único legitimado que consta do elenco do art. 103 da Constituição Federal de 1988 que se pode, com boas razões, admitir a legitimação geral é o Procurador-Geral da República, pois no Direito brasileiro esse órgão assume a feição de um advogado e guardião da Constituição (*Verfassungsanwalt*).
 - 14 Um exemplo de ônus processual é o de alegar e demandar a declaração de inconstitucionalidade, pois, como se sabe, a jurisprudência constitucional, ao menos no que diz respeito ao controle pela via principal, não pode ter início *de officio*. Cf. Clève (2000, p. 155).
 - 15 Para uma distinção dos sentidos formal e material de parte processual, cf. Dinamarco (2005b, p. 246, 247).
 - 16 A esse respeito, cf. Tepedino (2007, p. 154).
 - 17 Utilizo esses termos, pois me parecem ser mais precisos. O primeiro deles – desconformidade estática – diz respeito ao que comumente se denomina inconstitucionalidade material, o segundo termo – desconformidade dinâmica – em geral é chamado inconstitucionalidade formal. Para uma exposição a esse respeito, na doutrina nacional, veja-se Ramos (1994, p. 63).
 - 18 O primeiro julgamento em que esse entendimento foi admitido ocorreu na ADI 939/DF, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 18 de março de 1994.
 - 19 A respeito da distinção lógica entre atributos essenciais, acidentais e predicativos, vale cf.: Aristóteles (1973, p. 14); Kneale (1980, p. 39); e Isagoge (1994, p. 83).
 - 20 O próprio Fredie Didier defendeu que, nas ações coletivas, *o autor é substituto processual, agindo sem necessidade de autorização, em nome do direito subjetivo de outrem* (DIDIER; ZANETI, 2008, p. 214).
 - 21 Essa conclusão também foi defendida por Fredie Didier (DIDIER; ZANETI 2008, p. 234).
 - 22 Sobre o tema, vale também cf. Barroso (2007, p. 141).
 - 23 Nesse sentido, cf. Zavascki (2001, p. 46); Mendes (2007b, p. 93).
 - 24 A esse respeito, em conhecida obra, Paolo Biscaretti di Ruffia foi preciso ao afirmar que, na sistemática de controle incidental e abstrata de constitucionalidade italiana, as decisões *nas quais se declare não fundada a questão de legitimidade constitucional levantada (sentenças de rejeição) valem apenas com os efeitos da preclusão para o caso decidido* (RUFFIA, 1984, p. 471). No mesmo sentido e com terminologia semelhante, cf. Zagrebelsky (1988, p. 256).
 - 25 Para uma crítica da equivalência dos efeitos dessas decisões no Direito alemão vale consultar, por todos, Gusy (1985, p. 223).
 - 26 Mesquita (2002, p. 92). Para conferir doutrina nacional em sentido semelhante, ver Ramos (2010, p. 281).
 - 27 Já tive a oportunidade de defender esse entendimento em artigo acadêmico: Cf. Laurenttiis (2010, p. 184 e ss).
 - 28 Acerca desses conceitos, na doutrina nacional, cf. Bedaque (2009).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *Tópicos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- BARROSO, Luis Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 600/SP, Rel. Min. Nery da Silveira, Pleito, DJ 5 dez. 2003.
- CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1957.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata*

da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 4.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005a.

_____. *Instituições de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005b.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Dunkler und Humboldt, 1985.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KNEALE, William; KNEALE, Marta. *O desenvolvimento da lógica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Efeitos do julgamento e coisa julgada em Ações Declaratórias de Constitucionalidade: ativismo judicial não declarado. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LÖWER, Wolfgang. Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Herausgegeben von Josef Insee et al., Band III, Heidelberg: Müller Verlag, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 240.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

MESQUITA José Ignácio Botelho. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de Constitucionalidade. *Revista do Advogado*, Brasília, a. 22, n. 67, ago. 2002.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. t. 1.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di Ruffia. *Direito constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TIRO, Porfírio de. *Isagore: introdução às categorias de Aristóteles*. Lisboa: Guimarães Editores, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mullino, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Artigo recebido em 12/5/2011.

Artigo aprovado em 9/6/2011.