

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE*

Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio
Mestrando em Direito do Estado pela USP

Resumo:

A ação declaratória de constitucionalidade é instrumento inconstitucional de nosso controle abstrato de normas. O caráter objetivo de seu processo, conforme desenhado pelo STF é inexistente, pois é ela meio paralisante de debates judiciais em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo. Sendo seu pressuposto a existência de decisões de inconstitucionalidade em processos concretos, contrárias à posição governamental, mostra-se patente a necessidade de observância do devido processo legal e seus apanágios, esquecidos quando de sua criação. Ademais, seus efeitos vinculantes têm o condão de afastar do Judiciário, no controle difuso, a apreciação posterior de possível lesão ou ameaça a direito.

Abstract:

The legal action for the statement of constitutionality is a void instrument of our abstract rule control. The objective character of its procedure, according to the Federal Supreme Court, is non-existent, for such an action does paralyze debates relating fundamental legal matters of collective interest. Since such an action presupposes the existence of concrete court decisions recognizing unconstitutionality opposite to the governmental position, the need for the accordance with the due process of law and its attributes, forgotten when that action was created, is clear. Furthermore, its entailing effects take away from the Judiciary Power, in the diffused rule control, the later analysis of real or potential break of rights.

A ação declaratória de constitucionalidade é o mais novo instituto de nosso sistema constitucional de controle abstrato de normas. Positivada pela emenda n. 3/93, a ADC, tal como se apresenta, é fruto de desnaturação de proposta inicial feita por Ives Gandra da Silva Martins, a fim de que se evitasse a volta da tão famigerada advocatória do Regime Militar. De fato, vendo com propriedade males na avocação de causas pelo Supremo Tribunal Federal, a cuja reintrodução visava o então Governo Collor, propôs o citado jurista que se adotasse o que chamava de

* O presente artigo é fruto de trabalhos realizados durante a bolsa de iniciação científica concedida pela FAPESP, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, sob orientação do Prof. Enrique Ricardo Lewandowski.

"*uma ação de contrapartida, isto é, uma ação declaratória de constitucionalidade, cuja titularidade para a proposição seria de todas as pessoas elencadas no art. 103 da Constituição Federal, que cuida das ações diretas de inconstitucionalidade.*"¹

Com algumas modificações, resultantes dos vários substitutivos apresentados à proposta inicial encaminhada ao Congresso pelo deputado Roberto Campos e pela Comissão de Reforma Tributária do então Governo Collor, instituía-se, enfim, a ADC. O novo instituto de controle de constitucionalidade (cuja competência para a propositura ficava estranhamente nas mãos tão-só do presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados e do procurador-geral da República) trazia um *plus* em relação à ação direta de inconstitucionalidade, qual fosse o efeito vinculante de sua decisão.

A discussão da emenda n. 3, como é sabido, limitou-se praticamente ao IPMF. Quase nenhuma atenção foi dedicada ao instituto de controle de constitucionalidade que se introduzia na Constituição. Prova disso é o fato de o parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, emitido pelo senador José Fogaça, não ter dedicado palavra alguma à ADC na parte referente às considerações. Ademais, houve redução do prazo para a apresentação de emendas, o que, sem dúvida, impediu uma análise mais acurada da proposta, terminando a tramitação da emenda n. 3 em pouco mais de um mês.

Sendo adepta da corrente que nela via inconstitucionalidades, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou no STF ação direta de inconstitucionalidade, que não foi conhecida por julgar o Tribunal carecer a AMB de legitimidade *ad causam*.

No julgamento, porém, da ADC n. 1-1, levou incidentalmente a plenário o relator Ministro Moreira Alves a prejudicial de inconstitucionalidade da emenda n. 3, no tocante ao novo instituto. Julgando constitucional a ADC, firmada, conforme entendimento do STF, em processo objetivo (onde não se cogita de lide ou partes), determinou o tribunal, como pressuposto fático de instalação do processo, a demonstração comprovada na inicial de controvérsia judicial já estabelecida nos juízos e tribunais superiores a respeito do ato normativo que se quer declarado constitucional.

Malgrado entendimento do STF em outro sentido, o novo instituto de controle de constitucionalidade é inconstitucional. E o é, por violação de núcleos

1. *Ação Declaratória de Constitucionalidade, O Estado de S. Paulo, 25/01/92, p. 8.*

imodificáveis que, por isso mesmo, não podem ser alterados nem por emenda constitucional. Foram violados, pela adoção da ADC com sua falsa noção de processo objetivo e seus efeitos vinculantes, apanágios do devido processo legal, mais especificamente o contraditório, a ampla defesa e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Senão, vejamos:

Primeiramente, frise-se não ser objetivo o processo de ADC, onde *necessariamente* inexisteriam partes que atuassem através de afirmações contrárias, bem como lide, sob qualquer aspecto que fosse, não-somente o *carnelettiano*. Tal é a lição de José Afonso da Silva ao escrever que a ADC é "*ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo*"² Ora, tendo como pressuposto fático a existência de decisões de inconstitucionalidade em processos concretos, contrárias à posição governamental, seu exercício "*gera um processo constitucional contencioso, de fato, porque visa a desfazer decisões proferidas entre partes, mediante sua propositura por uma delas. Nesse sentido, ela tem verdadeira natureza de meio de impugnação antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal e sem as contrarrazões das partes contrárias. Então, a rigor, não se trata de processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação.*"³ A negação de existência de pretensão ou lide é negação mesmo desses pressupostos de fato.

Ora, sendo, pois, processo com causa, onde são defendidos direitos subjetivos da União, interesses governamentais contrários aos interesses dos cidadãos, faz-se necessária a verificação do contraditório. Ligado que é ao exercício do poder, o contraditório é o meio idôneo para a legitimação de uma decisão que traga conseqüências às esferas jurídicas várias. Assim, se ouve uma parte que deduz seus interesses, deve o órgão judicante ouvir a outra de interesse contrário e que teria sua esfera jurídica atingida pela decisão. O que se criou, porém, foi uma ação sem contraditório, onde a bilateralidade que caracteriza a relação processual não é verificada.

2. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 59.

3. *Idem*, p. 59 e 60.

Ouvindo-se somente o Ministério Público como fiscal da lei, sem que nenhum elemento da sociedade possa participar do processo, ainda que discutindo a matéria em instâncias inferiores, não se verifica o direito à adequada resistência às pretensões adversárias, visto que não se pode defender posição contrária à do postulante no processo, se nele não se pode pronunciar. Tal direito caracteriza um outro apanágio do devido processo legal, qual seja o da ampla defesa. Resta, assim, de todo violado o inciso LV ao art. 5º da CF, referente aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outro princípio compreendido no devido processo legal é o da inafastabilidade do Poder Judiciário. Aqui, parte da doutrina afirmou também haver inconstitucionalidade da emenda n. 3 no tocante à ADC, dados seus efeitos vinculantes na decisão definitiva de mérito. A questão é intrincada, devendo-se, antes, ter em mente o que realmente significam tais efeitos vinculantes.

Sendo o verdadeiro *plus* da ADC em relação à ADIn, tais efeitos não se confundem, pois, com a eficácia *erga omnes*. Esta, típica de pronunciamentos em controle abstrato de normas, significa que a decisão vale para todos, que por todos deve ser observada, aqui se incluindo o Poder Judiciário. É ela que confere às decisões do STF a dita “*força de lei*” Limita-se, ela, à parte dispositiva da decisão.

Já os efeitos vinculantes visam a conferir à decisão eficácia adicional, outorgando-se-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. *"Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação - e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional - é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservada ou eliminada"*⁴

Ora, se a eficácia contra todos confere à decisão a “*força de lei*”, não se vincula diretamente o Poder Judiciário. O juiz deve sempre observar a lei, mas, quando achá-la inconstitucional, pode não aplicá-la ao caso concreto. Apesar de fazer com que a decisão valha para todos, dá a eficácia *erga omnes* liberdade no sentido de não-vincular diretamente a interpretação. Destarte, não se concordando com o teor do julgado e havendo essa possibilidade fática, dada a não-vinculação direta, a saída para a reafirmação de sua autoridade é o recurso extraordinário. Por

4. Gilmar Ferreira Mendes, *Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n. 3, de 1993*, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, p. 104 (grifos nossos).

isso é que, no caso de decisões com tal "*força de lei*" somente, não admite o STF a reclamação, instituto previsto e regulamentado pelos arts. 156 e seguintes do RISTF. que serve para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões. Tal autoridade, repita-se, não é violada, pois a eficácia *erga omnes* isolada dá liberdade a que se tenha interpretação diversa.

A vinculação direta do Poder Judiciário à decisão do Supremo Tribunal Federal se verifica com os efeitos vinculantes. De fato, trazendo estes o trânsito em julgado não-só da parte dispositiva, mas também dos fundamentos determinantes da decisão, extrai-se dela norma abstrata que vai além de seu teor. Aqui, além do dever de observância e aplicação geral de decisão com força de lei, há também o dever de interpretá-la, conforme norma abstrata extraída de decisão do STF. A vinculação, aqui, é direta. Se não se seguir agora a interpretação dada pelo STF, é possível a reclamação, pois, dados os efeitos vinculantes, interpretação diversa da já proferida em ADC é desrespeito à autoridade de sua decisão.

A consequência prática de tais efeitos vinculantes é a impossibilidade de se levar a juízo inconstitucionalidade posterior à decisão afirmativa da constitucionalidade da norma já tomada pelo STF. Fecham-se as portas do Judiciário para um eventual controle posterior difuso.

*"O controle de constitucionalidade pelo critério difuso tem inúmeros defeitos, incluindo efeitos desiguais a litigantes em processos diferentes, mas certamente a aferição da constitucionalidade em face de um caso concreto possibilita um confronto de sentidos, de conteúdos normativos. É tal a importância disso que hoje se reconhece a existência de iter de inconstitucionalização, que consiste no fato de uma lei existente adquirir inconstitucionalidade em face das mudanças constitucionais semânticas"*⁵ Ora, se tal inconstitucionalização ocorrida principalmente em virtude de mudanças econômicas ou sociais. for posterior à decisão afirmativa da constitucionalidade em ADC, como fica a possibilidade de se levar ao Judiciário ameaça ou lesão a direito somente perceptível no caso concreto, no contraste da norma com a Constituição, embasado no mundo fático? É inadmitida, morrendo garantia de *status* constitucional, qual seja o acesso ao Poder Judiciário, sua inafastabilidade, prevista no inciso XXV ao art. 5 da CF

É, pois, inconstitucional a ADC, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o da inafastabilidade do Poder

5. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 61.

Judiciário, todos corolários do devido processo legal. A despeito de se argumentar que a segurança e certeza foram os fins colimados, buscou-se a criação de "arma" de que se pudesse utilizar o Governo contra contestações possíveis a normas que suscitassem dúvidas quanto à sua constitucionalidade, criando-se instituto que põe em dúvida até mesmo a presunção de constitucionalidade das leis. De fato, houve a inversão de tal princípio, fazendo valer o princípio de inconstitucionalidade da lei: pede-se ao STF que declare a constitucionalidade de norma legitimamente produzida. Ora, se sua produção é legítima, deve valer até que o Judiciário diga ser inconstitucional. Pleiteia-se declaração de que a norma seja o que já é por presunção! Criou-se absurdo tão grande, que é cabível a pergunta feita por José Rogério Cruz e Tucci: "*diante da participação no processo legislativo, devendo tanto o Congresso Nacional quanto o presidente da República, no ato de sanção, analisar a constitucionalidade da norma que nasce, têm eles a necessidade de ir a juízo para verem afirmada a sua legitimidade? Não teria tal interesse de agir somente o procurador-geral da República?*"⁶

Tal como se mostra hoje, a ADC é pior que a tão criticada avocatória, prevista no "pacote de abril", em pleno regime ditatorial. Como disse o ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto pela inconstitucionalidade do instituto, "*ao menos naquela época ficava a critério do Supremo Tribunal Federal o exercício do crivo sobre a conveniência e oportunidade da avocação, sendo certo ainda que, positiva a deliberação, o processo era deslocado para essa Corte, mantendo-se íntegra a relação processual subjetiva, ficando preservado, destarte, o devido processo legal e ocorrendo, ao final, o julgamento da lide pelo critério da persuasão. Os envolvidos continuavam a desenvolver defesa com a expectativa de um verdadeiro julgamento.*"⁷

Por todo o exposto, é inconstitucional a emenda n. 3, no que tange à ADC, sendo que a declaração de sua constitucionalidade pelo STF trouxe impasse de difícil, senão impossível, resolução.

6. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., p. 147.

7. Voto na ADC 1-1.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL, Congresso Nacional. *Apresentação, discussão e tramitação da proposta da emenda constitucional 03/93. Diário do Congresso Nacional*, 19/02/93, v. I e II.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Votos dos srs. ministros na ADC 1-1*. Brasília, 1993.
- CENEVIVA, Walter. *Avocatória e democracia são compatíveis*, in *Folha de S. Paulo*, ed. de 16/12/91.
- CENEVIVA, Walter. *Povo não entende sentenças diferentes para casos iguais*, in *Folha de São Paulo*, ed. de 16/02/92.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed.. São Paulo, Malheiros, 1992.
- JACQUES, Paulino. *As emendas constitucionais n. 7, 8 e 9 explicadas*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- JOBIM, Nelson. *Parecer n. 27, de 1994-RCF (arts.101 a 103)*. Brasília, Congresso Nacional, 1994.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, in *O Estado de S. Paulo*, ed. de 25/01/1992.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Emenda viola direitos do cidadão*, in *O Estado de S. Paulo*, 01/06/93.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira, coordenadores. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- REIS, Carlos David S. Aarão. *A avocação de causas pelo STF*, in *Revista de Processo*, n. 62. São Paulo.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed.. São Paulo, Malheiros, 1995.
- ___ *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1964.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 1994.