

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE — SUA CONSTITUCIONALIDADE

Sacha Calmon Navarro Coêlho (*)

O controle da constitucionalidade e seus efeitos. A ação declaratória de constitucionalidade no Direito Brasileiro. A Emenda Constitucional n. 3 da CF 88.

Noções Introdutórias

1 — O controle de constitucionalidade das leis possui duas matrizes. A norte-americana, fundamento do *controle difuso* e a européia-continental, a partir da experimentação austríaca, sob o patrocínio de *Hans Kelsen*, fundamento do *controle concentrado*. No controle difuso todos os juízes e, com definitividade, o tribunal que for supremo, possuem o poder de fiscalizar as leis em face da Constituição. No controle concentrado um só órgão concentra dito poder, quase sempre uma corte constitucional, não vitalícia, acima do Poder Judiciário. É assim na Alemanha, na Áustria, na Espanha, na Itália e em Portugal. No Brasil o sistema é *misto*, exercido pelo STF.

2 — Afora isso, o controle de constitucionalidade pode ser *prévio* e *sucessivo*. Se se exerce durante o processo de formação da lei, é *prévio* (e nesse caso, entendo que é uma etapa do processo legislativo). Se é exercido após a promulgação da lei, é *sucessivo*. No Brasil, somente praticamos o controle sucessivo, diferentemente da Alemanha, que controla previamente, *v.g.*, os *tratados e convenções internacionais*, antes de aprovados pelo *Parlamento Tedesco*.

3 — As decisões sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos dão-se em determinados âmbitos de validade: temporal, subjetivo e material.

(*) Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais. Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Público.

3.1 — No temporal dá-se o efeito *ex tunc* quando a eficácia da decisão remonta ao tempo de nascimento da lei, declarando-a inexistente por nulidade formal ou material e *ex nunc*, quando a decisão vale apenas para os atos decorrentes da lei após a *declaração de inconstitucionalidade*, em decisão liminar ou final confirmatória (o efeito *ad futuram* é cada vez mais raro, embora tenha cabimento em determinadas situações chamadas de «inconstitucionalizações progressivas»).

3.2 — No âmbito subjetivo, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *erga omnes* quando abrangem todos os sujeitos e os poderes Executivo e Judiciário em seus diversos escalões; e «entre partes», quando a decisão opera apenas entre aqueles que formam a *lide*, não projetando eficácia sobre as situações similares, a não ser como precedente. No Brasil, as decisões em via de controle difuso operam entre partes, e as proferidas em via do controle concentrado operam *erga omnes*.

Entendo que este efeito, além de geral, é *vinculante* no sentido de obrigar o Poder Judiciário e o Poder Executivo, em casos similares, sob o império da lei fiscalizada. Sem embargo, alguns doutrinadores entendem que o efeito *erga omnes* ou «para todos» não possui o dom vinculativo. Noutras palavras, não possui o condão de obrigar os juizes das diversas instâncias e as autoridades do Poder Executivo. O efeito geral só faz sentido se for obrigatório, i.é, *vinculante*, para abranger outros poderes e todos os juizes e tribunais, à feição do *stare decisis* do Direito norte-americano e da «*praxis*» das Cortes Constitucionais européias.

3.3 — Numa angulação que privilegie o âmbito material de validade das decisões — em tema de controle de constitucionalidade — pode-se dizer, simplificando suportavelmente a questão, que, em certos casos, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo implica a pronúncia de nulidade da lei e que, em outros casos, a declaração de inconstitucionalidade não implica a pronúncia de nulidade da lei, que continua a valer, com o seu conteúdo *diminuído* ou *aumentado* por força do julgado.

Neste ponto a interpretação sobre a extensão do conteúdo da lei para torná-la compatível com a Constituição sugere para o juiz a função de legislador positivo supletivo, superando a lição clássica de que o juiz somente pode ser legislador negativo. Sob a escusa da interpretação conforme a Constituição conferem-se às leis outros significados. É que a Corte incumbida de guardar a Constituição deve fiscalizar e adequar a ordem jurídica subjacente à Lei Maior. Decisões dessa natureza são comuns nos casos em que classes de pessoas se dizem excluídas — contra o princípio da igualdade — dos programas normativos das leis.

Ainda sob o ponto de vista material, ocorrem decisões de duas outras espécies: (a) decisões mandamentais para colmatar lacunas normativas por omissão do legislador e (b) decisões contendo apelos ao legislador ou às autoridades.

des do Executivo para que ajam em face de situações em vias de se tornarem inconstitucionais, *por alterações nos suportes fáticos das leis*.

4 — O controle de constitucionalidade, do ponto de vista formal, pode ser *in concreto* quando se instala a partir de uma discussão entre partes que arguem *direitos constitucionais subjetivos* desatendidos pela lei, ou em *abstrato*, quando a lei é atacada em tese, por ser incompatível com a Constituição e, nesse caso, a rigor, não há *lide* em sentido próprio. Aqui a fiscalização constitucional é sobre a *tese da lei em face da Constituição*.

5 — Em razão do exposto no item anterior, a metodologia de provocação dos órgãos incumbidos de zelar pela Constituição e, pois, com competência para fiscalizar as leis e atos normativos sugere uma tipologia não muito variada. Considerando apartadamente os sistemas *difuso e concentrado de controle de constitucionalidade das leis* temos que:

a) Nos sistemas difusos, a fiscalização de inconstitucionalidade ocorre *incidenter tantum*, ou seja, no bojo de uma lide, não gerando questão prejudicial. O mérito da causa é julgado pelo juiz, que inclui no seu afazer, incidentalmente, declarações de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade das leis implicadas no caso concreto. Tais decisões podem ser objeto de recursos extraordinários. Quando chegam à Corte máxima, esta pronuncia, com definitividade, o juízo de constitucionalidade sobre as leis implicadas na espécie. Nos EEUU, em razão do *stare decisis*, a validade desse juízo é vinculante para os casos análogos;

b) Nos sistemas concentrados, a questão da inconstitucionalidade é suscitada por via de ação direta (controle abstrato da norma) ou por via de exceção (controle decorrente do caso concreto). Nos sistemas concentrados puros, por não possuírem os juizes o poder de fiscalizar as leis em face da Constituição — somente Cortes constitucionais possuem tal poder — ocorre que o surgimento de uma arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo relacionado com dada lide, gera uma questão prejudicial, ou seja, *uma exceção de inconstitucionalidade*. Nessas circunstâncias o processo é suspenso até que a Corte constitucional se pronuncie sobre a exceção de inconstitucionalidade imbricada na lide.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei no Direito Brasileiro

6 — Feitos os aportes teóricos exordiais, entro a examinar a ação declaratória de constitucionalidade instituída pela Emenda Constitucional n. 3 da Constituição Federal de 1988. Para logo acho-a *perfeitamente patível* com a Constituição, constituindo-se em aperfeiçoamento do nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, em via de ação direta, com efeitos vinculantes expressos e âmbito de validez geral (*erga omnes*). No entanto, porções respeitáveis do mundo jurídico a increparam de inconstitucional. Tirantes os

leguleios, muitos juristas de escol a acusam dos seguintes defeitos jurídicos: (a) abole o acesso ao Judiciário, suprimindo instâncias; (b) elimina os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa; (c) transforma o STF em órgão de consulta, pois toda lei goza da presunção de constitucionalidade, quebrando o princípio da separação dos poderes.

7 — Não penso assim. Vejamos, em primeiro lugar, a questão do acesso ao Judiciário com supressão de instâncias.

Ora, é da natureza do processo abstrato e concentrado de controle de constitucionalidade a *inexistência de lide com partes contrapostas*, bem como a *concentração da competência* para apreciar a arguição num só órgão e que, no nosso caso, é o STF. Nesse panorama não há falar em supressão de instâncias ou em quebra do princípio do acesso ao Judiciário, até porque o STF é o colegiado supremo do Poder Judiciário. Aliás, com a *ação direta de inconstitucionalidade* dá-se o mesmo, e ninguém, jamais, alegou os defeitos acima referidos em relação a ela. Com razão o Min. *Moreira Alves*, em seu voto na ADC n. 1, quando vinca a natureza jurídica do controle direto e abstrato para espancar dúvidas a respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que estariam sendo ofendidos pela *ação declaratória de constitucionalidade*:

« ... Com efeito, sendo uma ação que visa diretamente à obtenção da declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional, é ela cabível exatamente para esse fim, embora, se julgada improcedente, essa decisão de improcedência implique a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo em causa. Por outro lado, estabelecendo a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, que *as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*, essas decisões, sejam de procedência (constitucionalidade) ou de improcedência (inconstitucionalidade), não apenas terão eficácia *erga omnes*, mas também força vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. É um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema — como salientado anteriormente — que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e — note-se — é em virtude dessa eficácia *erga omnes* que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente) do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo — como sucede na Alemanha — os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.

Afora essas duas características que diferenciam a ação declaratória de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade, há um aspecto que se apresenta com mais intensidade na primeira do que na segunda: a da ausência de legitimado passivo.

Esta Corte já firmou o entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como *processo objetivo*, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrentes da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados.»

Concordo inteiramente com o Min. *Moreira Alves* e trago à colação, como ele, a lição do Prof. *Gilmar Ferreira Mendes* (*Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos*, págs. 250/251, Saraiva, São Paulo, 1990):

«... um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrunungsverfahren*). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido».

Finalmente, não se cuida de consultar o STF. O processo é sucessivo e, não, prévio. Demais disso exige a demonstração do interesse de agir dos legiti-

mados ativos, sob pena de carência acionária. Vale dizer, é preciso *documentar suficientemente* a dispersão e a contraposição das decisões nas instâncias inferiores geradoras de incerteza e insegurança jurídicas, com reflexos danosos à gestão da coisa pública. Precisamente as *teses jurídicas das decisões contrapostas* fornecem ao STF os elementos jurídicos do contraditório. O inexistir partes não impede, portanto, a apreciação dos argumentos pró e contra a constitucionalidade da lei ou ato normativo. Assim sendo não se pode increpar a ação direta de constitucionalidade de atentar contra a separação dos poderes (cláusula pétrea).

8 — Na Comissão de treze membros formada pelo Presidente da República, mediante o Decreto de 30/08/93, da qual participei como o menos ilustrado dos seus componentes, para identificar propostas relevantes à revisão constitucional, votei vencido na supressão da ação declaratória de constitucionalidade, substituída por uma espécie esdrúxula de advocatória, com a competência para avocar retirada do STF, ou seja, do Judiciário e também dos Poderes Executivo e Legislativo, para ser entregue aos Procuradores da República ou da União. A estes não cabe, ao meu ver, o papel de *controller* da ordem jurídica e de sua conturbação. A redação aprovada é a seguinte:

«O Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal e houver perigo de grave lesão à ordem, à segurança ou às finanças públicas, poderá determinar a suspensão do processo em curso, perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre a constitucionalidade da lei ou ato impugnado.»

Confio em que essa proposta não encontrará respaldo no Congresso revisor da Constituição, porquanto a nova formulação usa palavras ocas, de difícil valoração jurídica, e dificulta a percepção das divergências jurisprudenciais ensejadoras da ação declaratória de constitucionalidade.