
QUEM TEM MEDO DE ADC?

Carolina Sausmikat Bruno de Vasconcelos

Advogada da União em atuação no Departamento de Controle Concentrado de Constitucionalidade da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.

Sumário: Introdução; 1 Surgimento e evolução da Ação Declaratória de Constitucionalidade; 2 Análise das ações declaratórias de constitucionalidade já ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal; 3 Prováveis fatores inibidores do ajuizamento de ações declaratórias de ; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Introdução. Propósito do título e do próprio artigo. Surgimento e evolução da Ação Declaratória de Constitucionalidade: Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Legitimidade para ajuizamento e ampliação do rol de legitimados através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Regulamentação da Ação Declaratória de Constitucionalidade: Lei nº 9.868/1999. Críticas recorrentes à época da criação do instituto. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da ADC através do julgamento da ADC nº 1. Comparações com o Direito Português. Análise das ações declaratórias de constitucionalidade já ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal: autores, resultados, normas envolvidas. Prováveis fatores inibidores do ajuizamento de ações declaratórias de constitucionalidade. Limitação do rol de legitimados até o advento da EC nº 45/2004. Possibilidade de ajuizamento apenas em face de leis e atos normativos federais. Risco de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Significativa cautela na utilização do instituto. Aspecto sociológico: limitação às liberdades individuais através de lei. Conclusões. Relevância da Ação Declaratória de Constitucionalidade para a preservação do ordenamento jurídico, bem como da certeza e da segurança jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Ação Declaratória de Constitucionalidade. Surgimento. Evolução. Análise. Críticas.

ABSTRACT: Introduction. Purpose of the title and the article itself. Emergence and evolution of the Declaratory Action of Constitutionality: Constitutional Amendment number 3, 1993. Legitimacy for filing and expansion of the list of legitimized by Constitutional Amendment number 45, 2004. Regulating the Declaratory Action of Constitutionality: Law 9.868/1999. Reviews applicants at the time of the creation of the institute. Positioning of the Supreme Court for the constitutionality of the institute through the trial of the ADC 1. Comparisons with the Portuguese Law. Analysis of the declaratory actions of constitutionality prosecuted at the Supreme Court: authors, results, laws involved. Probable factors inhibiting prosecution of declaratory actions of constitutionality. Limitation of the list of legitimate until the advent of Constitutional Amendment number 45/2004. Possibility of prosecution only against federal laws and normative acts. Risk of declaration of unconstitutionality of the law or normative act. Significant caution in the use of the institute. Sociological aspect: limiting individual freedoms by law. Conclusions. Relevance of the Declaratory Action of Constitutionality to the preservation of law and of legal certainty and security.

KEYWORDS: Declaratory Action of Constitutionality. Appearance. Evolution. Analysis. Reviews.

INTRODUÇÃO

Quem tem medo de ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)? O nome do presente artigo, parafraseando o texto de Cassio Scarpinella Bueno (“Quem tem medo do prequestionamento?”), também se inspira na clássica história infantil “Os Três Porquinhos”, cuja versão animada, produzida pela Disney em 1933, contém a música que até hoje faz parte do repertório infantil: *“quem tem medo do lobo mau, do lobo mau...”*

Esse título foi escolhido por dar uma boa idéia de seu propósito, além de chamar a atenção para o objeto do trabalho de uma forma diferente, inusitada e direta. Por que, quinze anos após o seu advento, apenas vinte ações declaratórias de constitucionalidade foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal? A ADC parece ser o “lobo mau” do direito brasileiro, temida e evitada por seus operadores.

A indagação adquire ainda maior relevância diante da constatação de que, com apenas cinco anos a mais de existência no ordenamento jurídico pátrio, já existem mais de quatro mil ações diretas de inconstitucionalidade.

Através deste artigo, buscar-se-á, portanto, investigar os fatores que podem inibir a propositura de tal ação. Para tanto, inicialmente, será traçado um breve panorama do surgimento e da evolução da ação declaratória de constitucionalidade no Brasil, mostrando-se inclusive a polêmica instituída em torno de seu advento – e a sua pacificação através do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, será feita uma breve comparação com o sistema de fiscalização de constitucionalidade do direito português. Após, serão analisados certos aspectos de cada uma das vinte ADC até então propostas, a fim de que se possa extrair dados capazes de demonstrar alguns daqueles fatores inibidores. Por fim, procurar-se-á elencar essas circunstâncias que tornaram a ação declaratória de constitucionalidade um mecanismo tão subutilizado.

Espera-se, portanto, que tal análise sirva para a reflexão acerca de um instituto de grande relevância para a preservação do ordenamento jurídico, mas, por outro lado, de tão pouca utilização.

1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida¹ na ordem constitucional brasileira através da Emenda Constitucional nº 3,

1 Cumprir destacar que a doutrina pátria costuma considerar que, na verdade, a ação declaratória de constitucionalidade não foi uma novidade. De fato, anteriormente já havia a chamada *representação de inconstitucionalidade*, adotada na Emenda Constitucional nº 16/1965, de exclusiva iniciativa do

de 1993. Referida emenda alterou a redação original do artigo 102 da Carta Magna, passando a prever a competência do Supremo Tribunal Federal para processá-la e julgá-la. Também determinou que as decisões definitivas de mérito, nesses feitos, teriam eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo².

Outrossim, a mesma emenda introduziu o § 4º ao artigo 103, em que se definiu a legitimidade para o ajuizamento da ADC. À época, os legitimados eram tão-somente o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou significativamente o rol de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade, igualando-o ao que já era previsto para a propositura de ADI. Também se passou a admitir, portanto,

o ajuizamento de ADC por Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por Governador de Estado ou do Distrito Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional e, finalmente, por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No plano infraconstitucional, importa dizer que a Lei nº 9.868/1999 regulamentou o procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, o que foi bastante positivo, eis que trouxe maior segurança e legitimidade para o próprio controle abstrato de constitucionalidade.

É de se destacar que, por ocasião de seu surgimento, a ação declaratória de constitucionalidade foi um instituto que gerou muita

Procurador-Geral da República. Consoante registra Gilmar Ferreira Mendes, o chefe do Ministério Público Federal não estava adstrito a ingressar com tal representação apenas se pretendesse ver declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, pois era possível não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela fizesse parte, figurar entre os que defendessem a validade da lei ou do ato. Ou seja, a representação de inconstitucionalidade possuía *conteúdo dúplice*. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

2 A esse respeito, vale registrar que a EC nº 3 havia incluído o § 2º ao artigo 102 da CF/88 com a seguinte redação: “Art. 102 [...] § 2º 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”, nada dizendo a respeito das ações diretas de inconstitucionalidade. Tal omissão foi sanada com a promulgação da EC nº 45, de 2004, que alterou o texto do parágrafo sob exame para prever que “Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

controvérsia doutrinária; não foram poucos os autores a se insurgirem contra ele, por considerarem-no inconstitucional.³

Na verdade, nas palavras de Christine Oliveira Peter da Silva,

[...] toda a controvérsia agitada em torno da ação declaratória de constitucionalidade residia na incerteza e insegurança que esse novo instrumento do processo de controle de constitucionalidade gerava na comunidade jurídica, principalmente pela falta de intimidade daqueles que militavam exclusivamente, até o final da década de 80, no processo civil comum, e teve, a partir da década de 90, de encarar uma nova lógica processual: a jurisdição constitucional e o novo processo constitucional, que se inaugurou com muita força e especificidade, a partir de 1988, principalmente pela previsão expressa de novos institutos processuais na Constituição de 1988.⁴

As críticas mais recorrentes, à época, eram no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade não se coadunaria com o princípio do devido processo legal (aí incluídos a ampla defesa e o contraditório) e que ela ofenderia o princípio da separação dos Poderes, eis que o Judiciário atuaria como legislador positivo, usurpando função típica do Poder Legislativo.

Também se falou muito que esse seria um instrumento que impediria a evolução do direito, pois tal evolução não prescinde da jurisprudência, e esta apenas pode se consolidar diante de reiterados pronunciamentos em diversos órgãos e graus de jurisdição.

Outrossim, afirmava-se que a ação declaratória de constitucionalidade seria antidemocrática, pois a intenção do constituinte derivado teria sido criar um mecanismo de atuação estatal – instrumento processual colocado à disposição do poder público para assegurar a manutenção de regras por ele estabelecidas – e não uma garantia processual em benefício da sociedade. José Afonso da Silva, por exemplo, assevera que a ação declaratória de constitucionalidade “terá como pressuposto fático a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, contrárias à posição governamental.”⁵ Embora o referido autor não se posicione, *a priori*, contra a ADC, deixa

3 Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) e MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

4 SILVA, Christine Oliveira Peter. Ação declaratória de constitucionalidade: novas perspectivas para o século XXI. p. 471. In FÉRES, Marcelo Andrade (coord.) e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 471-502.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 56.

transparecer que entende que tal instituto serviria apenas para que o governo possa fazer prevalecer o seu interesse.

Todavia, mesmo em face de tanta resistência, sempre houve aqueles que defenderam a constitucionalidade da ADC, por se entender que seria essencial

[...] um instrumento da jurisdição constitucional que pudesse dar ao órgão de cúpula do Poder Judiciário o poder de se manifestar de forma definitiva sobre questão controvertida que estivesse sendo objeto de decisões judiciais divergentes na primeira e segunda instâncias.⁶

E a verdade é que, de fato, o objetivo da ação declaratória de constitucionalidade consiste na busca por uma definição rápida para questões jurídico-constitucionais controvertidas. A idéia era evitar que situações de incerteza e insegurança jurídicas perdurassem indefinidamente, através de um provimento judicial definitivo proveniente da Suprema Corte. Ou seja, em vez de se esperar que várias demandas ajuizadas nas instâncias ordinárias alcançassem o STF, este, mediante provocação de um dos entes legitimados, em face da existência de controvérsia judicial, poderia definir desde logo a interpretação constitucional a ser dada ao caso, evitando que tal controvérsia se prolongue muito no tempo. Conforme assevera Luís Roberto Barroso,

A finalidade da medida é muito clara, afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria. É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que textos normativos se sujeitam a interpretações diversas e contrastantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria, impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia.⁷

O Supremo Tribunal Federal pacificou todos esses questionamentos ao julgar a questão de ordem na ADC nº 1. Por maioria de votos, o Tribunal declarou a constitucionalidade dos dispositivos constitucionais que tratavam da ADC, vencido o Ministro Marco Aurélio. Na ocasião,

6 SILVA, Christine Oliveira Peter. *Op. cit.*, p. 473.

7 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 218.

firmou-se que o então novel instituto não violava o princípio do devido processo legal ou qualquer de seus corolários, bem como não contrariava o princípio da separação dos Poderes. Vale transcrever alguns trechos do extenso voto condutor da mencionada questão de ordem, proferido pelo Ministro Moreira Alves, inclusive na parte em que se transcreve a justificativa da proposta de alteração constitucional:

[...] Não obstante a expansão dada ao controle concentrado de constitucionalidade pela Constituição de 1988, que se destina a, de modo direto e rápido, defender a Carta Magna declarando a nulidade dos atos normativos a ela infringentes, ou a assegurar a segurança jurídica declarando a constitucionalidade dos atos normativos impugnados, agravou-se no sistema jurídico nacional o problema que deu origem à ação declaratória de constitucionalidade e que foi assim equacionado na justificativa da proposta de que, com modificações, resultou a Emenda Constitucional nº 3, de 1993:

‘Um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1ª instância – *louvável conquista da cidadania* – sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A força outorgada aos juízes de 1ª instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária – e mais do que isto – a tranqüilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos.

Podendo um juiz de 1ª instância, na hipótese aventada, ofertar satisfação definitiva do direito pleiteado e não podendo um Ministro de Tribunal Superior agir se não [*sic*] quando, na tramitação procedimental, as questões forem-lhe submetidas, não é desavisado dizer que hoje um juiz de 1ª instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do S.T.J. ou do S.T.F. que só pode julgar os grandes temas, em ações diretas de inconstitucionalidade, ou nos *processos em grau de recurso*. Por outro lado, a advocatória objeto de emenda do Governo, está marcada pelo estigma do regime totalitário e é utilizada para

suspender ‘decisões jurídicas’, à luz de ‘argumentos políticos’, como os de grave lesão à ordem pública, econômica ou financeira.

Entre as vantagens do presente projeto sobre aquele que pretende reintroduzir a advocatória, militam:

- a) a competência do S.T.F. será originária e não decorrencial;
- b) os motivos para sua proposição serão ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’;
- c) não haverá interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada.’

[...]

Ora, se a própria Constituição Federal admitiu a convivência do controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos com o controle concentrado de constitucionalidade deles, não há que se pretender que a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, com a instituição de novo instrumento que visa a aperfeiçoar esse controle concentrado, haja, praticamente, destruído o controle difuso. [...]

Mesmo nos países em que só se admite o controle concentrado de constitucionalidade exercido por Corte Constitucional, nunca se sustentou que, com ele, se retirou a independência da magistratura. Essa crítica – que não decorreria da criação da ação declaratória de constitucionalidade, mas poderia ser feita quanto à ação direta de constitucionalidade – é tanto mais improcedente quanto é certo que, no Brasil, o órgão que exercita esse controle concentrado, em face da Constituição Federal, é, por força dela mesma, o Supremo Tribunal Federal, que não apenas integra o Poder Judiciário, mas se encontra no ápice de sua hierarquia.

De qualquer sorte, ainda que fossem procedentes – e não o são – essas críticas no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade como que destruiria

o controle difuso e ofenderia a independência dos juízes por não poderem dele utilizar-se, não teriam elas o condão de servir de fundamento para a pretendida inconstitucionalidade dos dispositivos

da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que criaram essa ação. Emenda Constitucional, quando é observado o processo legislativo para sua edição e ele ocorre sem que se lhe possa opor qualquer restrição temporal, como sucede com a Emenda em causa, só pode ter sua constitucionalidade atacada por ofensa às cláusulas pétreas a que alude o § 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Por isso, os ataques que têm sido feitos à sua constitucionalidade, no tocante à criação dessa ação, se centralizam na alegação de ofensa às cláusulas pétreas previstas nos incisos III (a separação dos Poderes) e IV (os direitos e garantias individuais, que, no caso, seriam os relativos ao acesso ao Judiciário, ao devido processo legal, ao princípio do contraditório, e à ampla defesa).

A improcedência desses ataques com relação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias individuais é evidente em face de os instrumentos pelos quais se realiza o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos – e a ação declaratória de constitucionalidade é um deles – terem a natureza de processos objetivos que visam ao interesse genérico de defesa da Constituição em seu sentido mais amplo, e aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processo *inter partes*) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos.

Num processo objetivo, que se caracteriza por ser um processo sem partes contrapostas, não tem sentido pretender-se que devam ser asseguradas as garantias individuais do princípio do contraditório e da ampla defesa, que pressupõem a contraposição concreta de partes cujo conflito de interesses se visa a dirimir com a prestação jurisdicional do Estado. [...]

Ademais, se o acesso ao Judiciário sofresse qualquer arranhão por se afastar, nos casos concretos, a possibilidade de se utilizar do controle difuso de constitucionalidade para se argüir a inconstitucionalidade, ou não, de um ato normativo já objeto de decisão de mérito extensível a todos, por qualquer dos instrumentos do controle concentrado em abstrato, esse arranhão decorreria da adoção do próprio controle concentrado, a qual se fez pelo Poder Constituinte originário, em ao exclusivamente da instituição de um de seus instrumentos como o é a ação declaratória de constitucionalidade. Aliás, o mesmo arranhão ocorreria – e aqui com a participação de outro Poder que não o Judiciário – em decorrência da suspensão, pelo Senado, da execução

de um ato normativo declarado inconstitucional por esta Corte no exercício do controle difuso. O que há, em ambos os casos, são atos preponderantemente políticos que, por visarem abstratamente à preservação da ordem constitucional e à segurança jurídica dela resultante, transcendem do âmbito dos interesses individuais que é protegido pela garantia do acesso ao Judiciário, para que este aprecie lesão ou ameaça a direito subjetivo.

Por outro lado, qualquer que seja o sentido que se dê ao princípio constitucional do *due process of law*, não é ele violado pela ação declaratória de constitucionalidade. [...] Trata-se, pois, de garantia individual que não é afastada por instrumento de controle concentrado em abstrato que visa a aferir se a presunção de constitucionalidade de um ato normativo procede em decorrência do confronto dele com a Constituição Federal. E controle feito pelo Supremo Tribunal Federal, que, expressamente, é o guardião dessa Constituição.

Por fim, é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que pré-exista controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes.⁸

⁸ Dados extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADC\\$.SCLA.%20E%201.NUM E.\)%20OU%20\(ADC.ACMS.%20ADJ%201.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADC$.SCLA.%20E%201.NUM E.)%20OU%20(ADC.ACMS.%20ADJ%201.ACMS.)&base=baseAcordaos)>

Cabe, por fim, fazer uma breve referência ao direito português, a fim de comparar, nessa parte, os sistemas de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro e lusitano.

A esse respeito, pode-se afirmar, de logo, que o ordenamento jurídico de Portugal não prevê uma ação que tenha o mesmo objetivo da declaratória de constitucionalidade brasileira. Segundo Jorge Miranda, eis o esquema de fiscalização das normas pelo Tribunal Constitucional:

I – Às quatro modalidades de fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional correspondem formas de processo adequadas:

a) Processos de fiscalização concreta (arts. 207.º e 280.º da Constituição e arts. 69.º e segs. da lei orgânica);

b) Processos de fiscalização abstracta da inconstitucionalidade por acção, com duas espécies:

-fiscalização preventiva (arts. 278.º e 279.º da Constituição e arts. 57.º e segs. da lei orgânica do Tribunal Constitucional);

-fiscalização sucessiva (art. 281.º da Constituição e arts. 62.º e segs. da lei orgânica).

c) Processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º da Constituição e arts. 67.º e 68.º da lei orgânica).⁹

Vê-se, portanto, que o sistema de controle de constitucionalidade português possui semelhanças com o brasileiro. Todavia, repita-se, não há qualquer instrumento para que se postule a declaração da conformidade de determinada norma com a Lei Maior daquele país. Também não se pode afirmar que a ação direta portuguesa possua força dúplice, o que, como visto, ocorre no Brasil. É o que se depreende das palavras de J. J. Gomes Canotilho, ao apontar que a Constituição portuguesa não contém nenhum preceito sobre os efeitos das sentenças de rejeição da inconstitucionalidade. Diante disso, deduz o seguinte:

Do articulado constitucional não se deduzem elementos suficientes para a configuração, como *caso julgado*, da sentença de rejeição. Não

9 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. 2, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 433.

há, pois, que equiparar as decisões do Tribunal Constitucional que declarem a inconstitucionalidade de uma norma com as decisões que a não declaram. Estas não têm, por conseguinte, *efeito preclusivo*, pois não impedem que o mesmo ou outro requerente venha de novo a solicitar ao TC a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional. A solução é, de resto, a única defensável quando se coloca o problema em termos jurídico-constitucionais e jurídico-dogmáticos. Desde logo, enquanto a *declaração* de inconstitucionalidade determina a nulidade *ipso jure*, eliminando a possibilidade de recursos por via incidental, a *não declaração* carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a *repropositura* de uma acção directa (fiscalização abstracta) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos em via incidental. Por outro lado, a fiscalização abstracta de normas não tem qualquer carácter contraditório nem supõe um ‘feito concreto’ submetido a julgamento, motivo pelo qual não se pode falar, em rigor, de *força de caso julgado* da decisão de não declaração; mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade, a questão não pode ser novamente apreciada sobretudo pelo facto de as normas deixarem de vigorar (cfr. Ac. TC 85/85, in *Acórdãos*, vol. V). A decisão de não declaração constitui, deste modo, uma *interpretação da norma conforme a constituição*, o que não impede vir o tribunal, em momentos posteriores, por via de controlo abstracto ou através de recursos por incidente, defender outra interpretação da norma em debate. Se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade tivesse força de caso julgado, significaria isso que se estava a consagrar, entre nós, a regra do *stare decisis* ou da *vinculação a precedentes judiciais*, regra esta estranha ao nosso direito e só admissível quando estabelecida através de processos constitucionalmente reconhecidos (cfr. art. 281.º/2).

Atendendo à natureza objectiva do controlo abstracto, poderá colocar-se a questão de saber se as sentenças de rejeição, enquanto subsistirem, não terão força obrigatória para todas as autoridades públicas não judiciais e para entidades privadas. É discutível este efeito e mais discutível é atribuir-se-lhes um valor de precedente em relação a futuras decisões judiciais.¹⁰

Nesse contexto, passa-se a analisar as ações declaratórias de constitucionalidade até então propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1022-1023.

2 ANÁLISE DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JÁ AJUIZADAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto, desde a sua criação, foram ajuizadas apenas vinte ações declaratórias de constitucionalidade. Para que se possa investigar eventuais fatores que inibam o uso do referido instituto, é interessante observar certos aspectos de cada uma das ações declaratórias até então propostas.¹¹

Primeiramente, cumpre observar *quem* ajuíza as ações declaratórias de constitucionalidade. Ressaltem-se os seguintes pontos:

- (a) das vinte ADCs existentes, dez foram ajuizadas antes da ampliação do rol de legitimados proporcionada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e as outras dez, após o advento de tal reforma constitucional.
- (a.1) das dez ações propostas antes da EC nº 45, quatro (ADC nº 1, ADC nº 4, ADC nº 8 e ADC nº 9) foram movidas pelo Presidente da República (dessas, duas foram em litisconsórcio com as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados); duas, pelo Procurador-Geral da República (ADC nº 3 e ADC nº 5), e as outras quatro foram propostas por pessoas sem legitimidade ativa para tanto.¹²
- (a.2) das outras dez, propostas já após a ampliação do rol de legitimados, três foram apresentadas pelo Presidente da República (ADC nº 18, ADC nº 19 e ADC nº 20); três, por Governadores (ADC nº 11, ADC nº 16 e ADC nº 17), e quatro, por associações (ADC nº 12, ADC nº 13, ADC nº 14 e ADC nº 15).

Diante de tais dados, pode-se extrair que o Presidente da República é quem possui uma atuação mais significativa, tendo proposto sete das vinte ações declaratórias.

Vê-se também que a ampliação do rol de legitimados foi eficaz, já que quase metade das ações ajuizadas após tal mudança teve como autores associações, amparadas pelo previsto no artigo 103, IX, da Lei

11 Todos os dados e transcrições de votos, ementas e acórdãos constantes deste tópico foram extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Já as transcrições de textos legais foram extraídas do *sítio* da Presidência da República. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>.

12 ADC nº 2: Associação Brasileira da Indústria de Embalagens Plásticas Flexíveis; ADC nº 6: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e outros; ADC nº 7: Câmara Municipal de Chorozinho e outro; ADC nº 10: Dinete Lessa. A todas essas ações declaratórias já foi negado seguimento, em face da ausência de legitimidade ativa.

Maior¹³. Os Governadores de Estado e do Distrito Federal também já fizeram uso de sua nova prerrogativa, sendo responsáveis por 30% das ADCs movidas após a Emenda Constitucional nº 45.

Por outro lado, o chefe do Ministério Público Federal, que é deveras atuante na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (quase 22% das ADIs ajuizadas até julho de 2008 foram de sua iniciativa. Apenas o percentual de ações diretas apresentadas por *todos* os Governadores de Estado ou do Distrito Federal ultrapassam esse índice: 25,4%), apresentou apenas 10% das ações declaratórias existentes.

Outro aspecto cuja análise é de interesse para o presente estudo é o *resultado* das ações declaratórias já ajuizadas:

- (b) onze ações já tiveram julgamento definitivo: três foram julgadas procedentes (ADC nº 3, ADC nº 5 e ADC nº 9), uma foi julgada procedente em parte (ADC nº 1), sete não foram conhecidas (ADC nº 2, ADC nº 6, ADC nº 7, ADC nº 8, ADC nº 10, ADC nº 13 e ADC nº 15) e nenhuma foi julgada improcedente.
- (b.1) das sete que não foram julgadas no mérito, cinco tiveram por fundamento a ilegitimidade *ad causam* (ADC nº 2, ADC nº 6, ADC nº 7, ADC nº 10 e ADC nº 13), uma restou prejudicada pela perda superveniente do objeto (ADC nº 8) e, no caso da ADC nº 15, a relatora entendeu que a via processual eleita não era adequada.
- (c) sete ações declaratórias ainda não julgadas definitivamente tiveram o pedido de liminar apreciado:
 - (c.1) quatro tiveram a liminar deferida (ADC nº 11, ADC nº 12, ADC nº 18 e ADC nº 4, que foi deferida em parte);
 - (c.2) as outras três tiveram a liminar indeferida (ADC nº 16, ADC nº 19 e ADC nº 20).
- (d) Finalmente, duas ações declaratórias de constitucionalidade estão em andamento sem qualquer decisão: são a ADC nº 14, proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG, e a ADC nº 17, cujo requerente é o Governador do Mato Grosso do Sul.

13 Ressalte-se, todavia, que uma das ações (ADC nº 13) teve seu seguimento negado, pois a requerente (Associação Brasileira das Empresas de Trading – ABECE), embora devidamente intimada, deixou de comprovar as circunstâncias que demonstrariam a sua legitimidade para figurar como parte na ação. Dados extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>>

14 Dados extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>>

Diante do exposto, é possível fazer um cruzamento entre os dados referentes ao ente que propôs as ações declaratórias e os resultados obtidos perante o Supremo Tribunal Federal:

- (e) dentre as ADCs julgadas procedentes, duas são de autoria do Procurador-Geral da República (ADC nº 3 e ADC nº 5) e uma, do Presidente da República (ADC nº 9);
- (f) a ADC julgada procedente em parte foi ajuizada pelo Presidente da República em conjunto com a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados (ADC nº 1);
- (g) das quatro ações declaratórias que tiveram o pedido de liminar deferido, duas (ADC nº 4 e ADC nº 18) foram movidas pelo Presidente da República, uma (ADC nº 11), pelo Governador do Distrito Federal e uma (ADC nº 12), pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB;
- (h) por fim, das três cuja liminar fora indeferida, uma foi ajuizada pelo Governador do Distrito Federal (ADC nº 16) e duas (ADC nº 19 e ADC nº 20), pelo Presidente da República.

Um aspecto interessante a ser ressaltado é que são os chefes do Poder Executivo, tanto federal quanto estadual, os mais atuantes no que diz respeito à ação declaratória de constitucionalidade: somando-se as apresentadas pelo Presidente da República e aquelas propostas por Governador de Estado ou do Distrito Federal, justamente a metade do total até então ajuizado partiu da iniciativa das referidas autoridades.

Em segundo lugar, vêm as associações: foram seis ações no total, embora duas tenham sido ajuizadas anteriormente à Emenda Constitucional nº 45.

Para finalizar essa análise, é interessante registrar as normas que se busca declarar a constitucionalidade em sede de controle abstrato em cada uma das ADCs:

ADC nº 1: artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte), todos da Lei Complementar n 70, de 30 de dezembro de 1991. Referida norma instituiu a contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS e elevou a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras. Esta ação foi conhecida em parte, e, na parte conhecida, foi julgada procedente. Na oportunidade, fixou-se que

[...] a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.

Ou seja, é obrigatório demonstrar a existência de controvérsia judicial em relação a todos os dispositivos constitucionais que se pretende ver a constitucionalidade declarada através da ADC.

ADC nº 2: artigo 4º, e parágrafos, do Decreto-lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986. Tal decreto trata sobre fontes de custeio da Previdência Social e sobre a admissão de menores nas empresas. Os dispositivos objeto dessa ação declaratória de constitucionalidade dispõem justamente sobre a admissão pelas empresas de menores entre doze e dezoito anos de idade que freqüentem escola, como assistidos, sem vinculação com a previdência social.

Essa ADC, como visto, não foi apreciada no mérito, diante da ilegitimidade da parte autora.

ADC nº 3: artigo 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Tal norma dispõe sobre o salário-educação. Essa ação declaratória foi julgada procedente, afastando-se tanto as alegações de inconstitucionalidade formal quanto material.

ADC nº 4: artigo 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Essa ADC ainda não foi julgada no mérito, mas teve o pedido de liminar deferido em parte. Da ementa do julgado, extrai-se o seguinte:

[...] Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial ('fumus boni iuris'). Precedente: ADIMC -1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do 'periculum in mora', em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, 'ex nunc', e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustentando-se, igualmente 'ex nunc', os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.

ADC nº 5: artigos 1º, 3º e 5º da Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, conferindo nova redação ao art. 30 da Lei nº 6.015/1973 (que dispõe sobre os registros públicos) e aos artigos 30 e 45 da Lei

nº 8.935/94 (que dispõe sobre serviços notariais e de registro), bem como acrescentando inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265/96 (que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania). Essa ação declaratória de constitucionalidade foi julgada procedente, registrando-se que a atividade de titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, se sujeita a um regime de direito público; decidiu-se também que não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os reconhecidamente pobres do pagamento de emolumentos devidos pela expedição de registro civil e de óbito, assim como a primeira certidão respectiva.

ADC nº 6: artigo 578 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata das contribuições sindicais. Essa ação declaratória de constitucionalidade também não foi apreciada no mérito, em face da ilegitimidade *ad causam* da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB.

ADC nº 7: artigo 31 da Lei Orgânica do Município de Chorozinho, no Estado do Ceará, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 30 de outubro de 1998. Tal dispositivo afirma que o mandato dos membros da Mesa Diretora será de dois anos, prevendo uma única reeleição para o mesmo cargo, para o período subsequente. Essa ADC não foi conhecida, tendo em vista a ilegitimidade dos requerentes.

ADC nº 8: artigos 1º e 2º da Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, a qual dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União. A liminar postulada havia sido deferida, mas o mérito acabou não sendo apreciado tendo em vista a revogação do objeto de questionamento da ADC, o que ocasionou a sua prejudicialidade.

ADC nº 9: artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições. Referida MP estabelecia diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica (“apagão”). Essa ação foi julgada procedente, conforme se vê da respectiva ementa:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFICAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas

adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.

ADCnº 10: artigo 2.038, § 1º, do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Mencionado dispositivo dispõe o seguinte:
Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil)

Art. 2.038. [...]

§ 1º Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.

Essa ação declaratória de constitucionalidade foi ajuizada por uma pessoa física, evidentemente não detentora de legitimidade para instaurar o controle abstrato de constitucionalidade de normas. Destarte, foi-lhe negado trânsito.

ADC nº 11: artº 1º-B da Lei nº 9.494, de 1997, alterado pela Medida Provisória nº 2.180/35, de 24 de agosto de 2001. A nova redação do dispositivo passou a prever o seguinte:

Lei nº 9.494, de 1997

Art. 1º-B. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5452, de 01 de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.

Assim, o prazo para a Fazenda Pública opor embargos à execução, tanto na Justiça Comum quanto na Justiça do Trabalho, passou de cinco para trinta dias.

A ação declaratória ora em referência ainda não foi julgada definitivamente, mas teve a liminar deferida.

ADC nº 12: Resolução n 7, de 18 de outubro de 2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. Esse diploma normativo disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. O julgamento do mérito da ação declaratória sob exame foi recente (20 de agosto de 2008), tendo sido declarada a constitucionalidade da mencionada resolução. Inclusive, diante dessa decisão, foi editada pela Suprema Corte a Súmula Vinculante n 13, a qual determina que

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

ADC nº 13: artigo 1º da Resolução nº 71, do Senado Federal, datada de 26 de dezembro de 2005. O dispositivo questionado, utilizando-se da prerrogativa constante do artigo 52, inciso X, da Carta Magna, suspendia a execução de expressão contida no Decreto-lei n 1.724, de 7 de dezembro de 1979. A matéria envolvida na controvérsia ora examinada era relativa ao crédito-prêmio do IPI.

Diante da existência de decisões definitivas de mérito prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema em sede de controle concreto de constitucionalidade, o Senado editou a referida resolução, a fim de suspender a norma que já havia sido declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Todavia, mesmo após o advento da resolução do Senado Federal, o Superior Tribunal de Justiça permaneceu proferindo decisões em sentido contrário, o que ensejou a interposição da ação declaratória de que ora se trata. No entanto, o Ministro relator, Joaquim Barbosa, negou-lhe seguimento, eis que a autora não comprovou, embora tenha sido intimada para tanto, que seria uma entidade de classe de âmbito nacional, demonstrando possuir membros ou associados em pelo menos um terço dos Estados da Federação. Conforme se destacou no decisório, “esse entendimento sob o prisma espacial já se encontra pacificado na Suprema Corte” desde o julgamento da questão de ordem na ADI n 108.

ADC nº 14: artigo 16 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, com a redação dada pela Lei nº 10.506, de 10 de julho de 2002. O dispositivo trata do ingresso na atividade notarial e de registro, dispondo o seguinte:

Lei nº 8.935, de 1994

Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses.

Ainda não foi proferida qualquer decisão nesta ação declaratória de constitucionalidade.

ADC nº 15: conforme consta no decisório proferido pela relatora, Ministra Cármen Lúcia, o pedido formulado na petição inicial foi no sentido de que a Suprema Corte adotasse

[...] posicionamento jurídico a respeito de ser ou não constitucional a promoção/ascensão funcional dentro da Carreira Policial Federal, onde as classes de agente, escrivão, papiloscopistas e peritos possam progredir para a classe de Delegado de Polícia Federal, existindo no órgão carreira única, conforme diz a Constituição Federal em seu artigo 144.

A relatora entendeu que a via eleita seria inadequada, pois não foi cumprida a exigência de comprovação de controvérsia judicial, o que acarreta a inépcia da petição inicial, e, outrossim, o desiderato da ação não seria o controle abstrato de normas, mas sim a obtenção de

provimento jurisdicional relativo a interesses subjetivos específicos. Afirmou a relatora, por fim, que:

Dentre as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, elencadas, basicamente, nos arts. 102 e 103 da Constituição da República não está a de adotar ‘posicionamento jurídico’ a respeito das condições funcionais de quaisquer servidores ou carreiras, por mais dignos e respeitadas sejam elas. Qualquer debate judicial que se pretende quanto a esses interesses/direitos haverá de se dar pelo processo adequadamente previsto na legislação à qual haverá de se ater o interessado.

ADC nº 16: art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. Eis a redação do dispositivo cuja constitucionalidade se pretende ver declarada:

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A liminar postulada foi indeferida pelo relator, Ministro Cezar Peluso, sob o fundamento de que a causa de pedir seria muito complexa para que se constatasse a verossimilhança necessária à concessão da tutela de urgência. O julgamento do mérito ainda se encontra pendente.

ADC nº 17: artigos 24, inciso II, 31 e 32 caput, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Ainda não foi proferida nenhuma decisão neste feito.

ADC nº 18: artigo 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Observe-se a redação do dispositivo:

Lei nº 9.718, de 1998

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

[...]

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I -as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados -IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação -ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; [...]

O Plenário do Supremo Tribunal Federal recentemente (13 de agosto de 2008) deferiu a liminar pleiteada na ação declaratória em referência.

ADC nº 19: artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). A liminar pretendida foi negada pelo Ministro relator, Marco Aurélio, nos seguintes termos:

[...] Pois bem, nem a emenda introdutória da nova ação, nem as que lhe seguiram viabilizaram a concessão de liminar, ao contrário do que previsto constitucionalmente quanto à ação direta. O motivo de haver a distinção é simples, confirmando-se, mais uma vez, a adequação do princípio da causalidade, a revelar que tudo tem uma origem, uma razão. A previsão de implementar-se medida acauteladora no tocante à ação direta de inconstitucionalidade tem como base a necessidade de afastar-se de imediato a agressão da lei ao texto constitucional. A recíproca é de todo imprópria. Diploma legal prescinde do endosso do Judiciário para surtir efeitos. Por isso, não é dado cogitar, considerada a ordem natural dos institutos e sob o ângulo estritamente constitucional, de liminar na ação declaratória de constitucionalidade. Mas a Lei nº 9.868/99 a prevê, estabelecendo o artigo 21 que o 'Supremo Tribunal Federal, por decisão da 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'. O parágrafo único do citado artigo dispõe sobre a publicidade da providência, impondo prazo para haver o julgamento final sob pena de, transcorridos cento e oitenta dias, a decisão perder a eficácia. O preceito lembra a advocatória e surge como de constitucionalidade duvidosa no que encerra, em última análise, o

afastamento do acesso ao Judiciário na plenitude maior bem como do princípio do juiz natural.

O pleito formulado, porém, extravasa até mesmo o que previsto nesse artigo. Requer-se que, de forma precária e efêmera, sejam suspensos atos que, direta ou indiretamente, neguem vigência à citada Lei. O passo é demasiadamente largo, não se coadunando com os ares democráticos que nortearam o Constituinte de 1988 e que presidem a vida gregária. A paralisação dos processos e o afastamento de pronunciamentos judiciais, sem ao menos aludir-se à exclusão daqueles cobertos pela preclusão maior, mostram-se extravagantes considerada a ordem jurídico-constitucional. As portas do Judiciário hão de estar abertas, sempre e sempre, aos cidadãos, pouco importando o gênero. O Judiciário, presente o princípio do juiz natural, deve atuar com absoluta espontaneidade, somente se dando a vinculação ao Direito posto, ao Direito subordinante. Fora isso, inaugurar-se-á era de treva, concentrando-se o que a Carta Federal quer difuso, com menosprezo à organicidade do próprio Direito.

Repito, mais uma vez, eventual aplicação distorcida da Lei evocada pode ser corrigida ante o sistema recursal vigente e ainda mediante a impugnação autônoma que é a revelada por impetrações. Que atuem os órgãos investidos do ofício judicante segundo a organização judiciária em vigor, viabilizando-se o acesso em geral à jurisdição com os recursos pertinentes.

3. Indefiro a medida acauteladora pleiteada, devendo haver submissão deste ato ao Plenário, para referendo, quando da abertura do Ano Judiciário de 2008.

O mérito da ação ainda não foi apreciado.

ADC nº 20: artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, com a redação conferida pela Lei nº 9.849, de 26 de outubro de 1999.

Lei nº 8.745, de 1993

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

[...]

III -ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento de seu contrato

anterior, salvo na hipótese prevista no inciso I do art. 2º, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º.

O Ministro Gilmar Mendes, no exercício da vice-presidência da Suprema Corte, indeferiu a liminar postulada na inicial, por entender que não haveria situação de urgência capaz de impor a pronta apreciação do pedido cautelar durante o período das férias forenses. Também não há, ainda, decisão acerca do mérito da ação.

Eis, portanto, o panorama das ações declaratórias de constitucionalidade até então ajuizadas. Diante de tudo o que se expôs, o que parece mais chamar a atenção é, de fato, a pequena quantidade de feitos até então existentes, principalmente quando se compara com o número de ações diretas de inconstitucionalidade (como visto, mais de quatro mil).

Diante de todas essas informações, surge a indagação: por que há tão poucas ações declaratórias? Afinal, a despeito de todas as críticas feitas a esse instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, não se pode negar que se trata de um mecanismo eficaz para a preservação do ordenamento jurídico e para a segurança jurídica. Vale dizer, ainda que se concordasse com a tese de que a ação declaratória de constitucionalidade seria um mero instrumento de controle governamental, a realidade mostra que o poder público também pouco se utiliza dessa prerrogativa.

Procurar-se-á, no próximo tópico, portanto, detectar possíveis causas que eventualmente restrinjam a sua propositura.

3 PROVÁVEIS FATORES INIBIDORES DO AJUIZAMENTO DE AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

De logo, uma circunstância que pode ser elencada como causa para o pequeno número de ações declaratórias até então propostas é o limitado rol de legitimados para a sua propositura até o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Ou seja, durante onze dos quinze anos de existência do instituto, apenas eram possíveis autores o Presidente da República, o Procurador-Geral da República e as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Como já mencionado, a ampliação do rol de legitimados foi bastante positiva, permitindo que mais entes possam fazer uso da ação declaratória de constitucionalidade. Inclusive, com a autorização para que o Conselho Federal da OAB, partidos políticos, entidades de classe e confederações sindicais, dentre outros, a própria aceitação social do

instrumento aumentou, já que a sociedade civil restou munida de mais entes com os quais poderia contar para ingressar com uma ação dessa natureza.

Mesmo assim, embora seja possível afirmar que houve um aumento no uso da ação declaratória de constitucionalidade após a alteração constitucional da EC nº 45, vê-se que foi um incremento incipiente: em quatro anos, apenas dez ADCs foram ajuizadas. É certo que, ao se observar que as dez primeiras ações declaratórias precisaram de quase o triplo desse tempo para serem ajuizadas (onze anos), percebe-se uma grande evolução; no entanto, isso não tem o condão de afastar a patente constatação de que dez ações ajuizadas em quatro anos é muito pouco. Não há como crer que não existiram mais controvérsias judiciais que suscitariam o controle de constitucionalidade pela via da ação declaratória.

Outro fator limitante é que, diferentemente das ações diretas de inconstitucionalidade, as ADCs só podem ser propostas em face de leis e atos normativos federais, enquanto se permite que as ADIs questionem também normas estaduais.

Com efeito, grande parte das ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam perante a Suprema Corte se insurgem contra leis e atos normativos provenientes dos Estados.

Inclusive, se fosse permitido o ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade para leis e atos normativos estaduais, é de se prever que os Governadores e as Mesas de Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal teriam maior âmbito de atuação.

Além de fatores jurídicos, como os acima elencados, é de se ponderar que há fatores políticos e estratégicos que interferem na propositura de uma ação declaratória de constitucionalidade.

É que aquele que pretende ajuizar uma ADC terá de efetuar o cálculo do risco de tal ação, pois, evidentemente, não há qualquer garantia de que o autor obterá uma decisão favorável. Daí, se há a declaração de inconstitucionalidade da norma no âmbito de uma ADC, essa decisão terá efeito *erga omnes*, por força do disposto no artigo 102, § 2º, da Constituição da República, bem como no artigo 28 da Lei nº 9.868/1999:

Constituição Federal de 1988

Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Lei nº 9.868/1999

Art. 28. [...] Parágrafo único. 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.

Diante disso, imagina-se que se faz necessário avaliar o risco de se ingressar com a ação declaratória de constitucionalidade e acabar vendo a norma que se quer confirmar a presunção de conformidade com a ordem constitucional sendo declarada inconstitucional. Afinal, além do resultado desfavorável aos interesses envolvidos, não se pode negar que se trata de uma exposição indesejada.

Outro fator que talvez tenha interferido no uso da ação declaratória de constitucionalidade é justamente a polêmica que envolveu a sua criação. Como foi demonstrado no início deste trabalho, grande parte da doutrina se voltou contra o instituto, taxando-o de inconstitucional.

Não há como mensurar o impacto que isso pode ter causado em eventuais ajuizamentos de ADCs, mas é bem possível que a cautela na utilização de tal medida tenha sido redobrada, a fim de se evitar críticas negativas.

Ademais, observe-se que a primeira ação declaratória de constitucionalidade foi ajuizada somente cinco meses após a promulgação da emenda constitucional que a instituiu (EC nº 3, de 18 de março de 1993).

Apenas a título de comparação, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal em 6 de outubro de 1988, um dia depois da promulgação da Constituição da República.

Outra curiosidade: a segunda ação declaratória de constitucionalidade apenas foi proposta em 1997, mesmo a Suprema Corte já tendo se pronunciado acerca da constitucionalidade do instituto desde outubro de 1993, através do julgamento da questão de ordem suscitada na ADC nº 1.

Resta clara, portanto, a cautela que sempre houve na utilização da ação declaratória de constitucionalidade.

Há que se registrar também um aspecto de ordem, digamos, sociológica: tendo em vista que (i) a ação declaratória de constitucionalidade visa à preservação da norma, vale dizer, visa à sua manutenção no ordenamento jurídico, e que, (ii) geralmente, as leis e demais atos normativos se prestam a limitar a esfera de direitos

dos indivíduos, regulamentando a vida em sociedade, as pessoas – os sujeitos desses direitos eventualmente limitados pela edição de uma lei ou ato normativo – não têm interesse em manter a integridade do sistema jurídico.

Ou seja, diante da garantia individual de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da CF/88), o cidadão prefere que haja menos leis, a fim de que se preserve mais liberdade.

E é fato que grande parte das normas são limitadoras da liberdade dos indivíduos. Claro que há aquelas que asseguram direitos, que estabelecem benefícios, mas em geral a esfera de liberdade individual é tolhida pelo poder estatal através das leis.

Sendo assim, a sociedade civil apenas terá interesse de mover uma ação declaratória de constitucionalidade (através de um partido político ou de uma entidade de classe, por exemplo) na hipótese de uma lei, submetida a controvérsia judicial, que, caso seja declarada inconstitucional, ofenda seus interesses. Na prática, não é tão fácil vislumbrar essa situação.

Já no caso da ação direta de inconstitucionalidade, a sociedade civil age rápido. Logo que se cria um novo tributo, sua constitucionalidade é questionada através de ADI. Logo que se restringe um direito através de lei, ela é impugnada mediante controle abstrato de constitucionalidade.

Diante disso, pode-se depreender que, com efeito, sempre serão entes públicos os mais interessados em definir a conformidade de uma lei que esteja com a sua presunção de constitucionalidade questionada nas instâncias inferiores. Isso vai ao encontro da constatação registrada supra, no sentido de que a maior parte das ações declaratórias de constitucionalidade foram ajuizadas pelos Chefes do Poder Executivo.

4 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, restou evidente que a ação declaratória de constitucionalidade é um instituto jurídico que surgiu cercado de polêmicas, as quais talvez até tenham contribuído para a sua pouca utilização. Todavia, a uma análise mais acurada, percebe-se que, na verdade, consiste num valioso mecanismo com o qual talvez ainda não se saiba exatamente como lidar, ou como extrair os benefícios que é capaz de proporcionar. Christine Oliveira Peter Silva assevera que:

Não há maior benefício que tenha trazido o instrumento introduzido pelo legislador constituinte derivado em 1993 do que servir como pretexto para uma discussão que teria, mais cedo ou mais tarde, de

ser travada no seio da comunidade jurídica brasileira: qual o papel da jurisdição constitucional para o Estado Democrático de Direito e como o Supremo Tribunal Federal tem exercido a sua função de Corte Constitucional nesse contexto?¹⁵

De fato, parece que, *atualmente*, essa é a maior contribuição da ação declaratória de constitucionalidade para o Direito brasileiro.

Sem desmerecer o rico debate acerca da jurisdição constitucional no Brasil que a ADC desencadeou, seria melhor que seus benefícios não fossem de ordem indireta, mas sim decorrentes de sua utilização e aproveitamento.

Como visto, a ação declaratória de constitucionalidade é um instrumento de suma relevância para a preservação do ordenamento jurídico, bem como da certeza e da segurança jurídicas. Assim, faz-se necessário que se dê mais atenção a tal instituto, que se procure estimular o seu uso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira;. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. 2, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge. A fiscalização da constitucionalidade em direito comparado. In FÉRES, Marcelo Andrade (coord.) e CARVALHO, Paulo

¹⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter. op. cit., p. 499.

Gustavo Medeiros (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter. Ação declaratória de constitucionalidade: novas perspectivas para o século XXI. In FÉRES, Marcelo Andrade (coord.) e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

