

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTOS DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY AND DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY AS INSTRUMENTS FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

LEONIDAS CABRAL ALBUQUERQUE*

RESUMO

O controle concentrado de constitucionalidade, no Brasil, nasce como controle prévio na Constituição Imperial de 1824, época em que não existe o controle judicial. Somente na República o controle judicial se desenvolve, iniciando com o controle difuso de constitucionalidade, nos termos da Constituição de 1891. O controle judicial concentrado e abstrato é instituído a partir da Constituição de 1934, que prevê a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, como ação genérica e principal, ingressa no Direito brasileiro por intermédio da Emenda Constitucional nº 16/1965. A partir daí, é prevista em todas as constituições. Atualmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade divide a função de controle de constitucionalidade com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional nº 3, de

ABSTRACT

The concentrated control of constitutionality, in Brazil, is born as prior control in Imperial Constitution 1824, when there is no judicial review. Only in the Republic the judicial control develops, starting with the diffuse control of constitutionality, under the Constitution of 1891. The judicial review is established from the 1934 Constitution, which provides for the direct action of unconstitutionality, hands-on. The direct action of unconstitutionality, as generic action and main, joins the Brazilian law through constitutional amendment 16/1965. From there, it is provided for in all constitutions. Currently, the Direct Action of Unconstitutionality divides the function of judicial review with the Declaratory Action of Constitutionality, created by Constitutional Amendment n. 3/1993, in the validity of the Constitution of 1988. The present research notes that the Direct Action

* Aluno do Curso de Mestrado de Direito da PUC-RS. Professor Convidado do PPGD *lato sensu*, da PUC-RS. Professor da FAPA. Especialista em Processo Civil pela PUC-RS.
E-mail: leonidas@leonidas.adv.br.

1993, na vigência da Constituição de 1988. A presente pesquisa constata que a Ação Direta de Inconstitucionalidade é instrumento adequado à proteção de direitos fundamentais, conclusão que não se reproduz quanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade, que necessita maturação capaz de evitar sua deslegitimação.

PALAVRAS-CHAVE: Processo constitucional. Controle concentrado de constitucionalidade. Direitos fundamentais.

of Unconstitutionality is an appropriate instrument for the protection of fundamental rights, but that's not reproduced at the Declaratory Action of Constitutionality, which requires maturation ability avoids their delegitimation.

KEYWORDS: *Constitutional process. Concentrated control of constitutionality. Fundamental rights.*

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - A ação direta de inconstitucionalidade e os direitos fundamentais. 3 - A ação declaratória de constitucionalidade e os direitos fundamentais. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade, no Brasil, desenvolveu-se desde a Constituição Imperial, segundo a qual competia ao Poder Legislativo¹ e ao Poder Moderador² velar pelas Constituição e leis do Brasil. Trata-se de controle prévio, ainda rudimentar, haja vista que a sanção das leis pelo Imperador “expungia-as de qualquer vício”³.

O Supremo Tribunal de Justiça, na sua competência originária ou recursal, julga apenas casos concretos na órbita criminal ou civil, além de conflitos sobre jurisdição e competência das Relações. Segundo o art. 667 do Regulamento nº 737, de 1850,

1 Art. 15, inciso IX, da Constituição de 1824.

2 O Poder Moderador, “chave de toda a organização Política [...], para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos” [sic] (art. 98, da Constituição de 1824), é exercido pelo Imperador, que jura “observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio” [sic], nos termos do art. 103 da Constituição de 1824.

3 CALMON, Pedro. Curso de Direito Constitucional Brasileiro, p. 217, nota 10, *apud* JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Forense. 1956, p. 270.

as Revistas somente são concedidas em casos de nulidade do processo (arts. 672 a 679) ou da sentença (art. 680 e 681). Não se trata, portanto, de um Tribunal Superior que represente um Poder Judiciário independente, não está vocacionado para questões de viés político-administrativas, nem para dirimir conflitos normativo-constitucionais. Vale frisar que, à época, mesmo na Inglaterra ou França ainda não se havia desenvolvido a concepção de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Somente na República o Poder Judiciário adquire a qualidade de efetivo poder político de Estado, independente e soberano⁴, apto a realizar o exame da constitucionalidade dos fatos e atos jurídicos, administrativos e das leis, podendo, qualquer juiz, afastar a aplicação destas quando em conflito com a Constituição⁵. Anota José Néri da Silveira⁶ que “no controle sobre os atos do Legislativo e do Governo evidencia-se o caráter político de que está investido o Judiciário no desempenho da competência para proclamar a inconstitucionalidade ou invalidade desses atos”.

O Brasil adota, portanto, desde o início da República, o sistema de controle difuso de constitucionalidade, baseado na doutrina de John Marshall: “cabendo ao judiciário aplicar as leis, impõe-se aos juízes, antes do mais, verificar se elas se harmonizam com a Constituição, pois, só assim, serão tidas como leis”. Conforme clássica lição de Paulino Jacques, que identifica a doutrina de Marshall como *judicial control*, havendo desarmonia com a Constituição, o juiz deve recusar-se a aplicar a lei.⁷

4 Constituição de 1891, art. 15: São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

5 V. art. 60, alíneas “a” e “b”, da Constituição de 1891; art. 15, alínea “a”, do Decreto 848, de 1890, que organiza a Justiça Federal; e art. 13, § 10, da Lei nº 221, de 1894, que complementa a organização da Justiça Federal.

6 NÉRI DA SILVEIRA, José. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 2.

7 Acerca do desenvolvimento e perspectiva histórica, v. JACQUES, Paulino. **Curso de**

Inicialmente mitigado na Constituição de 1891, que só admitia a inconstitucionalidade de lei estadual em face da Constituição Federal, o controle de constitucionalidade torna-se pleno na Constituição de 1934, que também firma quórum mínimo [maioria absoluta dos seus membros] para que os tribunais possam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público (art. 179, do Título VIII – Das Disposições Gerais).

É também a Constituição de 1934 que inaugura a previsão da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, conforme previsão do art. 12, § 2º. Verificado o ferimento aos princípios constitucionais do art. 7º, por algum estado-membro, há possibilidade de intervenção da União. Acaso o ferimento à Constituição incorra nas hipóteses do inciso I, alíneas “a” a “h”, a intervenção somente é decretada após julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação de inconstitucionalidade encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Assim, essa espécie de controle concentrado atende unicamente à finalidade de intervenção da União nos estados, sendo prevista com essa mesma conformação até a Constituição de 1946.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.1965, introduz na Constituição de 1946 [art. 101, inciso I, alínea “k”] o alargamento do campo de atuação da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de competência do Supremo Tribunal Federal, e, no art. 124, inciso XIII, igual ação direta de competência dos Tribunais de Justiça, para a hipótese de afronta às Constituições estaduais. A partir de então, todas as Cartas Políticas previram a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade. Atualmente, na órbita federal, a previsão é do art. 102, inciso I, alínea “a”, e, na esfera estadual, do art. 125, § 2º, da Constituição de 1988.

Direito Constitucional, p. 270 *et passim*, observando-se que somente “sob a Reforma de 1926, instituiu-se o *judicial control* pleno (art. 60, § 1º, al. a), porém, ainda implícito, porque só se explicitaria a partir de 1934 (Constituição Federal, art. 179)”.

De acordo com Rogério Lauria Tucci⁸, “pode ser afirmado, sem receio de equívoco, que continuam vigorando, concomitantemente, em nosso ordenamento jurídico, os sistemas de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do Poder Público”.

A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, introduz nova ação no âmbito do controle de constitucionalidade – a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) –, no artigo 102, inciso I, alínea “a”, e § 2º, da Constituição Federal. O texto atualmente em vigor foi consolidado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

A questão que se impõe ao presente estudo é verificar se ambos os instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade – a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade – podem ser considerados instrumentos para a defesa dos direitos fundamentais assentados na Constituição de 1988.

8 TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo.** São Paulo: Saraiva. 1989, p. 104-5.

2. A ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Acção Direta de Inconstitucionalidade tem por objeto a aferição da constitucionalidade da norma, abstratamente considerada, ou seja, divorciada de qualquer caso concreto. A ação é principal, competindo apreciar diretamente a norma jurídica em relação à Constituição como mérito da ação, não como questão incidente preliminar ou prejudicial a uma pretensão processual intersubjetiva. Nessa ação é a norma que está em julgamento e o bem juridicamente tutelado é a ordem jurídica fundada na Constituição – Federal, que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF); Estaduais, pelos Tribunais de Justiça dos estados.⁹

A lei possui eficácia imediata e geral a partir de sua vigência, nascendo imbuída da presunção de constitucionalidade. Todavia, essa presunção pode não efetivar-se formal ou substancialmente, relativamente a uma determinada norma, cuja harmonia com a Constituição precisa ser verificada diretamente, pela via do controle concentrado, evitando a geração de falsas expectativas de direito ou danos aos jurisdicionados que confiam, aprioristicamente, na sua constitucionalidade e consequente validade. Podem ser objeto do controle de constitucionalidade as leis e os atos normativos, federais ou estaduais, incluindo-se desde os decretos legislativos até as emendas constitucionais¹⁰ – estas constituem normas constitucionais secundárias, podendo ser cotejadas com a Constituição –, não sendo admissível a apreciação de normas constitucionais primárias, ou seja, constante originariamente do texto constitucional, conforme

9 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT. 2012, pp. 904-906.

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V (arts. 476 a 565). 4 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 1981, p. 46.

lição de Marinoni e Mitidiero¹¹, pois inexistente hierarquia entre as normas (internamente) que integram a Constituição (ADI 815, relator o ministro Moreira Alves, DJ de 10.05.1996, citada pelos mesmos autores).

Para efeito de controle de constitucionalidade é indiferente se a norma constitucional afrontada pela norma infraconstitucional seja qualificada como preceptiva ou programática, ou seja, se possui a capacidade de gerar efeitos imediatos ou depende de regulamentação. Por mais gerais, abstratas e vagas, as normas constitucionais possuem eficácia, no mínimo paralisante, no sentido de que a legislação infraconstitucional não pode dispor contrariamente.¹² Assim, basta que a norma inferior contraste com uma norma da Constituição para que esteja sujeita, em tese, ao controle de constitucionalidade.

Para fins de controle de constitucionalidade, também não importa se a norma constitucional é pertinente, ou não, a direitos fundamentais. Todavia, a Constituição de 1988 conferiu a estes uma qualidade diferenciada, atribuindo-lhes a configuração de “cláusula pétrea”, tendente à perenidade dentro da atual ordem constitucional. Assim, além da garantia contra a revogação de quaisquer direitos fundamentais, a Constituição tratou também de assegurar, implicitamente, a proteção do núcleo essencial do direito fundamental¹³, conforme aclara Ingo Sarlet¹⁴:

11 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 921.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público*. São Paulo: LTr. 1985, p. 51.

13 Para Ives Gandra Martins (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil, 2º Vol.* São Paulo: Saraiva. 1989, pp. 355), qualquer alteração importaria em abolição parcial.

14 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 346.

[...] parece correto que o significado da tutela assegurada por conta de uma garantia (implícita) do núcleo essencial não pode ser simplesmente equiparado à função dos limites materiais do poder de reforma constitucional, o que não impede a aplicação da noção de núcleo essencial, assim nos parece, nesta seara, ainda que, a prevalecer esta tese, no contexto da tutela contra emendas constitucionais, se esteja, em princípio, em face da dimensão objetiva da garantia do núcleo essencial, onde se busca impedir restrições que tornem o direito tutelado sem significado para a vida social como um todo.

Não sendo admissível a revogação, nem sequer a redução do núcleo essencial dos direitos fundamentais constitucionais, afirma Paulo Bonavides, peremptoriamente: “Todo o § 4º do art. 60 da Constituição consagra as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ao exercício do poder de reforma”.¹⁵

Na ADI nº 1946, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, o objeto da ação foi a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, cujo art. 14 visava à limitação dos benefícios da previdência social em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), o que importaria na limitação do salário-maternidade – que apesar da denominação é um benefício da seguridade social –, em desacordo com o art. 7º, inciso XVIII [licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário...]; a desoneração da Previdência acarretaria oneração do empregador quanto à diferença entre o valor do benefício e o salário real da trabalhadora, para que não houvesse prejuízo da previsão constitucional – o que poderia ensejar a discriminação da mulher no trabalho, pois os empregadores se inclinariam à contratação de homens. Ou seja, além do velado estrangulamento da norma do art. 7º, inc. XVIII, o art. 14 da EC nº 20/1998 também impactaria o inciso XXX daquele mesmo artigo, assim como o art. 5º, inc. I, da Constituição Federal, quebrando a

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Malheiros: 2000, p. 177.

igualdade entre homens e mulheres e provocando a discriminação por motivo de sexo. A medida cautelar foi deferida com eficácia *ex tunc*, posteriormente confirmada no julgamento do mérito, concluindo o Supremo Tribunal Federal em julgar procedente o pedido quanto à questão, dando ao art. 14, da EC nº 20/1998, sem redução de texto, “interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir sua aplicação ao salário da licença à gestante a que se refere o artigo 7º, inciso XVIII da referida Carta” (DJ de 16.05.2003).

Esse é um exemplo de que a ADI é instrumento de proteção de direitos fundamentais. Os direitos sociais estabelecidos no artigo 7º da Constituição estão sob o Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, tal e qual os direitos individuais reportados no art. 5º, ensejadores de características fundamentais que identificam, juntamente com outros direitos fundamentais esparsos no texto constitucional, o núcleo de dignidade humana (art. 1º, inc. III), os objetivos fundamentais da República (art. 3º, inc. IV) e a função da Constituição, que foi promulgada para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” (Preâmbulo). Entende-se, portanto, que os direitos sociais estão blindados pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, como “cláusulas pétreas”, e que a ADI nº 1946 correspondeu à necessidade de defesa dos direitos fundamentais.¹⁶

3. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da edição da

16 A questão da consideração dos direitos sociais como integrantes do bloco de direitos fundamentais albergados pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, é bastante polêmica no âmbito doutrinário. Sobre o debate das diversas compreensões e interpretações constitucionais a esse respeito, v. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 123-38.

Emenda Constitucional nº 3, de 1993, passou a ser integrado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) com a mesma eficácia *erga omnes* e força vinculante da ADI, incluindo-a na redação do artigo 102, da Constituição Federal.

Até então, a ADI era a ação processual, por excelência, de controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, sua força estava reconhecida apenas na hipótese de procedência (total ou parcial), produzindo a extirpação da norma inconstitucional, ou sua adaptação pela via interpretativa, ao que previsto na Constituição. Já no caso de julgamento de improcedência, poderia, por outros fundamentos, ser reconhecida a inconstitucionalidade do mesmo texto normativo, tanto por nova ação direta, como pela via do controle difuso de constitucionalidade. Mais amiúde: ainda que o STF declarasse que a norma questionada estava em conformidade com a Constituição, como antecedente lógico da decisão de improcedência do pedido, essa declaração não era oponível em face de todos, nem vinculava os órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo brasileiros. No julgamento da ADI, portanto, a declaração de constitucionalidade poderia resultar juridicamente ineficaz.

Como aspecto positivo da EC nº 3, de 1993, a reforma no âmbito do controle de constitucionalidade conferiu caráter dúplice ao julgamento da ADI (e também da ADC), de modo que o julgamento de improcedência declara o direito inverso ao da pretensão processual. Assim: na ação direta de inconstitucionalidade, julgado improcedente o pedido, há declaração de constitucionalidade da norma; na ação declaratória de constitucionalidade, a improcedência do pedido acarreta a declaração de inconstitucionalidade da norma. A sentença do Supremo Tribunal Federal, em qualquer dessas hipóteses de improcedência, terá sempre a mesma eficácia *erga omnes* e o mesmo efeito vinculante das sentenças de procedência.

A regulamentação processual da ADC e da ADI adveio com a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, de cujo artigo 23 depreende-se que no julgamento do mérito sobreleva a declaração do STF

sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma, pois estará eivada da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante¹⁷.

A questão, neste momento, é saber se a ADC é realmente um instrumento de proteção de direitos fundamentais, o que se passa a averiguar.

Na ADC nº 1, antes de adentrar na apreciação do pedido de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a apreciar, como questão de ordem, uma preliminar que dizia da inconstitucionalidade da criação da própria ADC pela EC nº 3, de 1993, já objeto da ADI nº 913¹⁸, por ferimento à garantia de intangibilidade das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição), tendendo a abolir as garantias fundamentais do acesso ao Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio da separação dos Poderes. O STF julgou a questão de ordem, admitindo a constitucionalidade da EC nº 3 no tocante à criação da ADC, rejeitando os alegados ferimentos aos direitos e garantias fundamentais, e, na ausência de previsão procedimental, estabeleceu no próprio acórdão (DJ de 16.06.1995) qual deveria ser – e efetivamente foi, até a edição a Lei nº 9.868, de 1999 – o procedimento a ser observado para a ADC.

Portanto, decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não se discute mais, no âmbito forense, a constitucionalidade da ADC.

Na prática, todavia, percebe-se que a ADC pode ser utilizada em desvio de seu escopo, com a intenção mesma de subtrair do Poder Judiciário o exauriente exercício da prestação jurisdicional, em conformidade com o devido processo de direito. O caso concreto investigado é o da ADC nº 18, que visa à declaração de constitucionalidade do art. 3º, § 2º, inc. I, da Lei

17 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. Saraiva, 1996, São Paulo, p. 282.

18 Apesar de extinta sem julgamento do mérito (DJ de 05.05.1995), os autos foram apensados à ADC nº 1.

nº 9.718, de 1998. Em síntese, o faturamento da pessoa jurídica é a base de cálculo dos tributos PIS/PASEP e COFINS (art. 2º), tendo a palavra “faturamento” o significado de “receita bruta” (art. 3º), excluindo-se (§ 2º), na previsão do inciso I (grifou-se):

[...] 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;

A controvérsia jurisprudencial gira em torno da exclusão do ICMS apenas nas hipóteses em que o recolhimento pelo vendedor se dá na condição de substituto tributário. Mas o que também chama a atenção neste caso são as suas circunstâncias do manejo da ação declaratória. O ajuizamento da ADC deu-se em 10.10.2007, na pendência do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, iniciado no Plenário em 08.09.1999, que prosseguiu em 24.08.2006, com seis votos em conformidade com o relator Marco Aurélio, para conhecer e prover o recurso no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS. O julgamento foi suspenso com pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, não retomado até o momento em que este trabalho foi aprovado para publicação (25.07.2013).

A ADC nº 18 – ajuizada quando pendente de julgamento o RE 240.785 – obteve julgamento da medida cautelar pelo Plenário, em 13.08.2008, cujo acórdão foi publicado no DJ de 24.10.2008, no sentido de “determinar que os Juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite, aí não incluídos, evidentemente, os processos em andamento nesta Corte, que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 27/11/98”.

Mesmo abstraindo as razões de inconstitucionalidade da ADC, devidamente afastadas pelo julgamento da questão de ordem na ADC nº 1, pelo Supremo Tribunal Federal, impossível

olvidar-se de questionar acerca da legitimidade da utilização da ação declaratória de constitucionalidade, no caso em questão. Ao invés de concluir o julgamento do recurso extraordinário, que já tinha obtido a maioria para julgar quanto à inconstitucionalidade da norma em causa, advém a ADC nº 18 para obstar a apreciação conclusiva da *quaestio iuris*.

Veja-se que o julgamento do RE 240.785 demorou quase sete anos, entre seu início e o prosseguimento com a colheita dos seis votos (do Relator e de mais cinco ministros, na ordem de apresentação dos votos). Depois disso, e na pendência da vista dos autos solicitada pelo Ministro Gilmar Mendes, advém a ADC 18, cuja liminar suspende todos os julgamentos onde se litiga em face da mesma *quaestio iuris*. E até o momento, nem o recurso extraordinário, nem a ADC nº 18 tiveram concluídos os julgamentos – de mérito.

Qual a função objetivamente¹⁹ desempenhada pela ADC nº 18? A cognição concentrada, abstrata e principal da ADC terminou por avocar ao STF o poder de julgar todas as causas em que a *quaestio* encontrava-se controvertida, mas agora com a eficácia *erga omnes* e vinculativa do Poder Judiciário e da Administração Pública.

O Pedido de Avocação foi instrumento integrante da ordem constitucional anterior à Constituição de 1988, precisamente na alínea “o” do inciso I, do art. 119 da EC nº 1/1969, que o incluía na competência originária do Supremo Tribunal Federal. Sua regulamentação encontra-se na Emenda Regimental nº 6, de 17.03.1978, do STF, que, no art. 1º, previa o cabimento do Pedido de Avocação quando “de decisão proferida em qualquer Juízo ou Tribunal, decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”,

19 Não se perquire, nem se coloca em dúvida qualquer ânimo dos Ministros do STF. Tem-se por **objetivo** o fato ou efeito ocorrente, independente da vontade de quem julga.

podendo ser suspensos os efeitos da decisão. Registra-se que o efeito da Avocação era apenas interpartes, restrito ao caso concreto avocado.

Conforme Carlos David Santos Aarão Reis²⁰, a avocação era instrumento do Estado absoluto, onde não havia ainda a divisão de poderes e o rei, assim como constituía prepostos para promover o julgamento das causas, poderia avocá-las para revisar ou decidir diretamente as questões. Registra o autor:

No debate sobre a matéria, esquece-se por vezes ser a avocatória, com referência ao Judiciário, instrumento característico do absolutismo e de regimes totalitários, ou então peça do centralismo judiciário impingido em 1977, caco de telha, prego enferrujado do entulho autoritário. Tanto que a tradição jurídica brasileira sempre repeliu esta figura autocrática. Mesmo que do absolutismo português fosse viva a lembrança, jamais o Supremo Tribunal de Justiça do Império poderia intervir na atuação dos demais órgãos judiciários. Aos olhos de nossos antepassados, a proibição de avocar causas consistia mesmo uma garantia constitucional do cidadão, enumerada entre os direitos e garantias individuais: “Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou reviver os processos findos” (art. 179, XII, Carta Constitucional de 1824).

A avocação, portanto, já era instrumento autoritário expressamente varrido do Direito Brasileiro desde a ordem constitucional de 1824! Seu retorno pela via da EC n° 7, de 1977, passou a ser, no Poder Judiciário nacional, símbolo do Estado autoritário – lembrando que a referida EC n° 7 decorreu de ato do Presidente da República, que decretou o recesso [fechamento] do Congresso Nacional, e foi editada com fulcro no Ato Institucional n° 5, de 1968.

A respeito da segurança jurídica – que é um dos objetivos

20 REIS, Carlos David Santos Aarão. A Avocação de Causas pelo STF. *Revista de Processo*, vol. 62, p. 278, Abr/1991. *Revista dos Tribunais on line*. Disponível em: <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001386d7e12cd7c56d7ef&dcoaguid=Ifaca7b40f25511dfab6f01000000000000&hitguid=Ifaca7b40f25511dfab6f010000000000&cspos=2&epos=2&td=3&context=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001386d7e12cd7c56d7ef&dcoaguid=Ifaca7b40f25511dfab6f010000000000&hitguid=Ifaca7b40f25511dfab6f010000000000&cspos=2&epos=2&td=3&context=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 05.07.2012.

da ADC conforme expressado pelo Supremo Tribunal na decisão da preliminar da ADC nº 1 – não pode tornar-se um fim em si mesma, haja vista que é das divergências e da dialética de suas resoluções, amadurecidas com o amplo debate nacional, que a segurança pode advir com o lustro do convencimento. Na Avocação o argumento da segurança também foi utilizado para justificar sua utilização; todavia, sólida crítica é aduzida por Carlos Aarão Reis:

[...] a advocatória gera a insegurança, provoca a incerteza jurídica. Reintroduzida, nenhum cidadão, ao litigar em juízo, principalmente em face de pessoas jurídicas de Direito Público, poderá estar seguro que uma injunção qualquer não implicará na avocação dos autos pelo STF, com todos os inconvenientes daí resultantes (até do ponto de vista prático) . [...]

A ADC nº 18 surpreendeu aos que debatiam a *quaestio iuris* no âmbito de suas causas em face da Fazenda Nacional e aos jusconstitucionalistas em geral. Surpreendeu até mesmo o relator do RE 240.785, o Ministro Marco Aurélio, que em seu voto na ADC nº 18 registra (imagem transposta do acórdão, reproduzindo trecho do referido voto):

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ante verbete da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, versando a inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de cálculo de certos tributos, é sintomático que, já havendo julgamento no Supremo sobre a matéria – refiro-me ao Recurso Extraordinário nº 240.785, com seis votos proferidos no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS -, se tenha o ajuizamento desta declaratória de constitucionalidade. Qual seria o móvel – e nada surge sem uma causa – do ajuizamento desta ação? Aludo melhor a uma estratégia, objetivando atropelar julgamento já iniciado no Supremo, e já iniciado quanto ao tema de fundo, quanto ao conflito de interesses envolvido, contando a corrente contrária ao Fisco com seis votos.

Em nome da mesma segurança jurídica que fundamenta a criação da ADC é preciso estar atento para o desvio de finalidade

dos instrumentos processuais, passíveis de deslegitimá-los. Torna-se indispensável que a busca da segurança esteja sempre acompanhada do princípio da vedação ao retrocesso²¹. Em se tratando de instrumento de controle de constitucionalidade concentrado, mesmo que se contabilizem as eventuais “perdas” em arrecadação da Fazenda Nacional – argumento *ad terrorem* normalmente utilizado na prática forense e, por isso mesmo, tendente ao descrédito –, não são comparáveis às dos cidadãos, que economicamente somam o mesmo montante, pois estes perdem a credibilidade no Poder Judiciário e nas Instituições do Estado.

A ADC n° 18, que acarretou a inconclusão acerca da (in)constitucionalidade do art. 3º, § 2º, inc. I, da Lei n° 9.718, de 1998, impedindo o julgamento da *quaestio*, atenta contra a segurança jurídica e desvia-se do escopo de proteção aos direitos fundamentais.²²

4. CONCLUSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade têm por objeto a aferição da

21 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 01.05.2012.

22 Nota de atualização. Em 18.06.2010, foi publicada no DJe n° 110, divulgado em 17.06.2010, a Ata de julgamento n° 19/2010, de questão de ordem incidente na referida ADC 18, prorrogando por mais 180 dias a vigência da liminar: “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, resolveu a questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. [...] Plenário, 25.03.2010”. O acórdão não foi publicado, até o momento da aprovação do presente artigo. Todavia, colhe-se do andamento da ADC 18 o seguinte despacho (decisão), proferido em 25.02.2013: “Oficie-se aos magistrados que solicitaram informações a fls. 1.802, 2.031 e 2.054, noticiando já haver cessado, a partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa.”

constitucionalidade da norma, abstratamente considerada, ou seja, divorciada de qualquer caso concreto. A ação é principal, competindo apreciar diretamente a norma jurídica em relação à Constituição como mérito da ação, não como questão incidente preliminar ou prejudicial a uma pretensão processual intersubjetiva. Nessas ações é a norma que está em julgamento e o bem juridicamente tutelado é a ordem jurídica fundada na Constituição – Federal, que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF); e Estaduais, pelos Tribunais de Justiça dos estados.

Na ADI nº 1946, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, estiveram evidenciados direitos fundamentais, sendo objeto o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que visava limitar os benefícios da previdência social em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), o que importaria na limitação do salário-maternidade, em desacordo com o art. 7º, inciso XVIII [licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário...]. Concluiu o Supremo Tribunal Federal em julgar parcialmente procedente o pedido de inconstitucionalidade, dando ao art. 14, da EC nº 20/1998, sem redução de texto, “interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir sua aplicação ao salário da licença à gestante a que se refere o artigo 7º, inciso XVIII da referida Carta” (DJ de 16.05.2003).

Esse exemplo demonstra que a ADI é instrumento de proteção de direitos fundamentais. Os direitos sociais estabelecidos no artigo 7º da Constituição estão sob o Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, tal e qual os direitos individuais reportados no art. 5º, ensejadores de características fundamentais que identificam, juntamente com outros direitos fundamentais esparsos no texto constitucional, o núcleo de dignidade humana (art. 1º, inc. III), os objetivos fundamentais da República (art. 3º, inc. IV) e a função da Constituição, que foi promulgada para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” (Preâmbulo). Entende-se, portanto, que os direitos sociais estão blindados pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988,

como “cláusulas pétreas” e que a ADI nº 1946 correspondeu à necessidade de defesa dos direitos fundamentais.

Todavia, com relação à ADC não foi observada a mesma presteza, nem a mesma asseguuração de direitos fundamentais. Da análise da ADC nº 18 – ajuizada quando pendente de julgamento o RE 240.785, sobre a mesma matéria – verificou-se que a medida cautelar deferida pelo Plenário, em 13.08.2008, cujo acórdão foi publicado no DJ de 24.10.2008, no sentido de “determinar que os Juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite, aí não incluídos, evidentemente, os processos em andamento nesta Corte, que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 27/11/98”, determinou a paralização total do exame do mérito da matéria em qualquer dos processos então existentes, inclusive do próprio recurso extraordinário mencionado.

Mesmo abstraindo as razões de inconstitucionalidade da ADC, devidamente afastadas pelo julgamento da questão de ordem na ADC nº 1, pelo Supremo Tribunal Federal, impossível olvidar-se de questionar acerca da legitimidade da utilização da ação declaratória de constitucionalidade, no caso em questão.

O Pedido de Avocação foi instrumento integrante da ordem constitucional anterior à Constituição de 1988, previsto na competência originária do Supremo Tribunal Federal, cabível quando “de decisão proferida em qualquer Juízo ou Tribunal, decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”, podendo ser suspensos os efeitos da decisão. Registra-se que o efeito da Avocação era apenas interpartes, restrito ao caso concreto avocado.

A avocação já era instrumento autoritário expressamente varrido do Direito Brasileiro pela ordem constitucional de 1824. Seu retorno pela via da EC nº 7, de 1977, passou a ser, no Poder Judiciário nacional, símbolo do Estado autoritário – lembrando que a referida EC nº 7 decorrente de ato do Presidente da República, editado com fulcro no Ato Institucional nº 5, de 1968.

O STF, em nome da mesma segurança jurídica que fundamenta a criação da ADC – mas que necessita sempre estar acompanhada do princípio da vedação ao retrocesso – deve estar atento para evitar o desvio de finalidade dos instrumentos processuais, passíveis de deslegitima-los. Em se tratando de instrumento de controle de constitucionalidade concentrado, no órgão de cúpula do Poder Judiciário, nada pode ser comparável às perdas dos cidadãos, que – mais do que econômicas – perdem a credibilidade no próprio Poder Judiciário e nas Instituições do Estado.

A ADC nº 18, com nítida função avocatória, atenta contra a segurança jurídica, importa em retrocesso e não atende ao escopo de proteção aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil, 2º Vol.**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público**. São Paulo: LTr, 1985.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Forense, 1956.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V (arts. 476 a 565)**. 4 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NÉRI DA SILVEIRA, José. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Carlos David Santos Aarão. A Avocação de Causas pelo STF. *Revista de Processo*, vol. 62, p. 278, Abr/1991. *Revista dos Tribunais online*. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001386d7e12cd7c56d7ef&docguid=Ifaca7b40f25511dfab6f010000000000&hitguid=Ifaca7b40f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05/07/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 01/05/2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

Recebido em 10/09/2012.

Aprovado em 07/08/2013.