

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

*Nagibe de Melo Jorge Neto**

1 Delimitação do tema. 2 A inesgotabilidade do sentido. 3 A garantia de acesso à Justiça. 4 Conclusão.

RESUMO

O artigo critica a declaração de constitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade face à inesgotabilidade do sentido inerente às normas jurídicas e à garantia de amplo acesso à jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade. Controle. Declaração. Norma. Sentido. Jurisdição. Acesso. Garantia. Judiciário. Independência.

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O art. 24 da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), fixou a ambivalência da Ação Direta de Inconstitucionalidade ao estabelecer que proclamada a constitucionalidade da norma, será julgada improcedente a ADIn ou procedente eventual Ação Declaratória. Já o art. 28, parágrafo único, da mesma Lei estabelece a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante dessa decisão em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

O caráter ambivalente da ADIn tem sido admitido ao argumento principal de que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nada mais é que uma ADIn com sinal trocado. Assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 1880/SP. Na mesma oportunidade, o

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Christus. Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região.

Tribunal assentou a constitucionalidade do art. 28, da Lei n. 9.868/99, que fixa o efeito vinculante, vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que votaram pela inconstitucionalidade do efeito vinculante por ofensa ao princípio da separação de poderes.

A matéria, que tem importantes reflexos na distribuição de poder e na legitimidade das decisões proferidas pela Suprema Corte, está longe, contudo, de alcançar o consenso, seja na doutrina nacional, seja na doutrina estrangeira. Lenio Streck afirma que em países como Portugal, Espanha, Itália, Bélgica, Irlanda e Áustria “os provimentos denegatórios em ação direta de inconstitucionalidade são simplesmente caracterizados como ‘negação de provimento’ da ação ou recurso”.¹ Os tribunais constitucionais não pronunciam uma declaração de constitucionalidade nesses casos.

Gilmar Mendes, ao comentar as decisões no controle abstrato de normas perante a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), afirma

que a Lei Orgânica da Corte Constitucional não disciplina especialmente a sentença que declara a constitucionalidade da lei. Fundamentalmente existem duas decisões possíveis: a arguição é declarada inadmissível, isto é, tem a sua inadmissibilidade declarada, ou o Tribunal constata, na parte dispositiva, que a lei é válida ou compatível com a Lei Fundamental.²

Mais adiante o autor esclarece os efeitos da declaração de constitucionalidade:

Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo. A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente.

A força de lei (*Gesetzeskraft*) da decisão da Corte Constitucional que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão.

Por isso, sustenta Vogel que a aplicação do disposto no § 31, (2), da Lei Orgânica do Tribunal, às decisões confirmatórias somente tem significado para o dever de publicação, uma vez que a lei não pode atribuir efeitos que não foram previstos pela própria Constituição.

Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de que outras pessoas não vinculadas pela coisa julgada ficassem impedidas de questionar a constitucionalidade da lei, o que acabaria por atribuir à chamada eficácia *erga omnes* (*força de lei*) o significado de autêntica norma constitucional.³

Lenio Streck, citando J.J. Gomes Canotilho, destaca que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando julgada procedente, retira do mundo jurídico a norma impugnada.⁴ Com efeito, basta uma incompatibilidade formal ou material, dentre as muitas que em tese poderiam existir, entre o texto normativo impugnado e o texto constitucional para que seja declarada a nulidade da norma. Declarada a inconstitucionalidade, a norma inconstitucional, nas palavras de Streck, se nadifica, não podendo mais gerar efeitos.

Julgada improcedente a Ação Direta, ao revés, a norma permanece em vigor. O estabelecimento de eficácia contra todos e o efeito vinculante dessa decisão importam em algumas dificuldades, duas das quais pretendemos destacar. A primeira e mais relevante delas diz respeito ao estabelecimento de um único sentido possível à interpretação da lei, ou, o que é mais grave, à declaração de constitucionalidade da lei sem o estabelecimento de qualquer sentido à norma impugnada. O segundo ponto, intimamente relacionado ao primeiro, diz respeito à legitimação desta decisão dentro do sistema de organização e divisão de poderes estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dada a brevidade à qual limita-se o presente artigo, limitar-nos-emos a analisar esses aspectos exclusivamente com referência à declaração de constitucionalidade na ADIn. Muito embora os argumentos que serão a seguir apresentados possam também ser opostos à própria Ação Declaratória de Constitucionalidade, incluí-la como objeto deste estudo tornaria indispensável o alargamento da discussão para outros tópicos.

2 A INESGOTABILIDADE DO SENTIDO

O Direito é um objeto cultural e, enquanto tal, prenhe de sentido. O desvelamento do sentido acontece pelo ato interpretativo em uma espiral hermenêutica ao infinito, que parte da pré-compreensão para chegar a uma nova compreensão e daí partir novamente⁵. O sentido posto na norma é inesgotável e evolui a partir da própria compreensão dos sujeitos em um processo dialético infinito.⁶ Já para Kelsen,

o Direito a aplicar forma [...] uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

[...] Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.⁷

Inocência Mártires Coelho também destaca a inesgotabilidade do sentido das normas jurídicas. Depois de classificar a lei e a Constituição como fenômenos culturais, afirma que

os objetos *culturais*, porque são ontologicamente *valiosos*, exigem para o seu conhecimento um método específico e adequado, *empírico-dialético*, que se constitui pelo ato gnosiológico da *compreensão*, através do qual, no ir e vir *ininterrupto* da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, procuramos descobrir o *significado* das ações ou das criações humanas.⁸

Dentro desta perspectiva, a proclamação da constitucionalidade de texto normativo pela decisão que julga improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade tem importantes conseqüências. A proclamação da constitucionalidade importa em afirmar que o Supremo Tribunal Federal esquadrinhou todos os sentidos da norma e constatou a sua compatibilidade, em todos os casos, com a Constituição Federal. É dizer, o Supremo Tribunal, em tais casos, fixa a moldura normativa e nela pretende encarcerar todos os demais aplicadores do direito.

Mas as possibilidades interpretativas da norma, como vimos de ver, são múltiplas e o seu sentido, inesgotável. É possível e mesmo provável que, em um momento posterior, venham os poderes públicos a dar à norma declarada constitucional uma interpretação incompatível com a Constituição. Nesse momento, o Poder Judiciário, chamado a atuar, estaria de mãos atadas pelo pronunciamento anterior do STF.

Um exemplo do que acabamos de expor deu-se com a apreciação da Medida Cautelar na ADC-4/DF. O Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC-4/DF, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97. Posteriormente, na Reclamação 1136, a mesma Corte viu-se obrigada a decidir que sua decisão anterior não se aplica à matéria de natureza previdenciária⁹. Ainda que a decisão tenha sido proferida em ADC, que não é objeto de nossa análise, e ainda que tenha sido proferida em sede liminar, podem-se perceber as dificuldades que decorrem de se atrelar as possibilidades hermenêuticas da Constituição à constitucionalidade de uma norma infraconstitucional.

As mesmas objeções que são aqui lançadas contra a declaração de constitucionalidade em sede de ADIn seriam pertinentes contra a declaração de constitucionalidade na ADC, mas obtempere-se que a Lei n. 9.868/99, em seu art. 14, inc. III, fixou como requisitos para a propositura da ADC a existência de *controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição ob-*

jeto da ação declaratória. Ainda que nem mesmo esse requisito seja capaz de impedir os danos advindos da fixação de um pretenso sentido unívoco para qualquer norma que seja, sobreleva notar que, na ADIn, a declaração do sentido único tem uma agravante, eis que a ADC pode ser proposta quando a discussão acerca da norma ainda é muito incipiente, quando a matéria ainda não teve oportunidade de ser amplamente debatida quer pela sociedade, quer pela comunidade jurídica.

3 A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

O art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição da República estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A garantia do acesso à justiça se restringe aos aspectos formais. Encerra a garantia de ver o pleito apreciado por um juiz imparcial, de acordo com as normas constitucionais e o ordenamento jurídico. Trata-se, ademais, de princípio que garante a apreciação de lesão ou ameaça a direito subjetivo do cidadão, lesão ocorrida no caso concreto, a qual, em muitos casos pode não se conformar com a declaração de constitucionalidade *in abstracto* de uma lei, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A garantia da jurisdição depende intrinsecamente da liberdade de julgamento, da inexistência de peias ao livre convencimento do julgador. Estabelecida uma interpretação constitucional abstrata a qual o juiz estaria obrigado a seguir, vê-se malferida a garantia do cidadão a um pronunciamento judicial imparcial. Como adverte Canotilho, a obrigação de seguir o entendimento de um órgão jurisdicional, ainda que seja o Supremo Tribunal Federal, equivaleria à consagração entre nós da *stare decisis*, o que é estranho à nossa tradição jurídica romano-germânica.¹⁰

Aqui se deve notar a diferença essencial que existe entre a declaração de inconstitucionalidade e declaração de constitucionalidade, considerando que ambas têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Na declaração de inconstitucionalidade, a norma é retirada do mundo jurídico, eis que declarada a sua nulidade. A retirada da norma do mundo jurídico por ato do Supremo Tribunal Federal é poder que lhe foi atribuído pela própria Constituição. Na declaração de constitucionalidade, a norma preserva-se intacta e mais, adquire um *status* superior ao das demais normas jurídicas, eis que está excluída do controle difuso por parte de outros órgãos do Poder Judiciário. Essa nova condição da norma declarada constitucional pelo STF, além de limitar os poderes do juiz, contraria a tradição que nos filia ao controle difuso desde a primeira Constituição republicana de 1891.

Observe-se ademais que, com a retirada na norma inconstitucional do mundo jurídico, o texto constitucional preserva-se intacto. Já a declaração de constitucionalidade de algum modo condiciona o texto constitucional, retirando-lhe algo de sua vida e de sua força normativa. A declaração

de constitucionalidade, por sobre vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, acaba por vincular a norma declarada constitucional ao próprio texto constitucional de modo a alterar-lhe definitivamente ou, pelo menos, direcionar-lhe o conteúdo. Pois, declarada constitucional uma lei, é imperativo que a Constituição seja interpretada de modo a conformar-se a essa lei, e a lei, de modo a conformar-se à Constituição. As sucessivas declarações de constitucionalidade acabariam, desse modo, por enrijecer a Constituição e poderiam levar, em última análise, a um enfisema constitucional.

Nessa linha de raciocínio, a declaração de constitucionalidade assemelha-se, pelo menos quanto aos efeitos, ao disposto no art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937. Calha lembrar que essa carta constitucional, chamada *Polaca*, serviu de suporte ao Estado Novo, sendo-lhe conveniente o enfraquecimento do Poder Judiciário e a supressão da garantia de amplo acesso à justiça. Assim dispunha o comando normativo:

Art. 96. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

A comparação pode ser tomada por grosseira, eis que, no caso da declaração de constitucionalidade, não há interferência do Poder Legislativo. A independência do Poder Judiciário, entretanto, sempre foi e deve ser entendida como a independência de consciência de cada julgador tomado de *per si*, e não como a independência somente dos órgãos superiores do Poder Judiciário ou do Poder Judiciário tomado como um todo. Essa postura decorre do princípio democrático, do princípio do devido processo legal e da garantia de amplo acesso ao Judiciário. É inadmissível, por essa razão, que os órgãos superiores possam ditar aos inferiores a decisão correta, tanto que é por todos rechaçada a censura de qualquer tribunal aos aspectos jurídicos da decisão do juízo singular.

Na declaração de constitucionalidade, contudo, o Supremo Tribunal Federal veda qualquer interpretação que negue aplicação à norma declarada constitucional, o que implica em elevá-la ao *status* da própria norma constitucional. A fixação de uma diretriz interpretativa pelo STF, no caso da declaração de constitucionalidade na ADIn, encontra, contudo, alguns obstáculos. Dentre os mais relevantes podemos destacar que não é necessária a existência de uma *controvérsia judicial relevante* sobre o objeto da ação.

O processo judicial em suas milhares de ações, com suas sucessivas decisões e debates, e o amadurecimento da jurisprudência ao longo do tempo, até sua pacificação, devem ser vistos como instrumentos de democracia em que o cidadão, no papel de parte, tem ampla e direta participação. Em verdade, uma das precípua funções dos tribunais pátrios é uniformizar a jurisprudência, mas para tanto não podem ser desconsideradas as inúmeras decisões dos juízos singulares e os argumentos dos milhares de cidadãos que atuam como parte. A declaração de constitucionalidade na ADIn interrompe esse processo dialético em busca da melhor interpretação da norma e impõe a aplicação de uma norma infraconstitucional, mesmo que, no caso concreto, esteja o julgador convencido de sua incompatibilidade com o texto constitucional.

4 CONCLUSÃO

Faz-se necessário um reexame dos efeitos da declaração de constitucionalidade no controle abstrato de normas, máxime em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade. O estabelecimento prévio da constitucionalidade de uma norma desconsidera a multiplicidade e inesgotabilidade do sentido, limita a independência do juiz e fere o princípio a garantia individual à prestação jurisdicional adequada. Além disso, inova o texto constitucional na medida em que vincula a norma objeto da declaração ao próprio texto constitucional, enrijecendo-o.

A declaração de constitucionalidade torna unívoca a interpretação da norma objeto da ação e vincula todo o Poder Judiciário. Essa vinculação deve ser interpretada, quando menos, de modo a não impedir a evolução do texto constitucional em compasso com a realidade social. Uma solução possível, mas ainda assim não completamente adequada, seria a declaração de constitucionalidade com explicitação de sentido, fazendo com que o efeito vinculante da decisão incidisse apenas sobre o sentido expressamente indicado pelo Supremo Tribunal.

A matéria, que não é nova, comporta muitas reflexões. É inegável que a declaração de constitucionalidade pode trazer alguns benefícios à rápida solução dos litígios, mas é imperativo que esse poderoso instrumento seja manejado de modo a não ferir os princípios constitucionais da democracia e do amplo acesso ao Poder Judiciário e, mais importante, de modo a preservar a força viva do texto constitucional, para que não se perca nada da sua incomensurável possibilidade interpretativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “sermoralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 762.

² MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242

³ MENDES, *op. cit.*, p. 245.

⁴ STRECK, *op. cit.*, p. 769-770

⁵ Idéia de círculo hermenêutico foi introduzida por Heidegger e desenvolvida por Gadamer, que o via como uma espiral, dada a inesgotabilidade do sentido. Cf. a esse respeito MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 31-42, *passim*.

⁶ Acerca do tema, cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.

⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 36-37.

⁹ Informativo STF n. 248

¹⁰ *Apud* STRECK, *op. cit.*, p. 770.

BRIEF ANALYSIS ON THE STATEMENT OF CONSTITUTIONALITY AT THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY LAWSUIT

ABSTRACT

The article evaluates the statement of constitutionality at the so-called Direct Unconstitutionality Lawsuit as confronted to the large amount of meanings inherent to laws and to the assurance of wide access to judicature.

KEYWORDS: Constitutionality. Control. Statement. Laws. Meaning. Jurisdiction. Access. Assurance. Judicature. Independence.

BRÈVES CONSIDÉRATIONS CONCERNANT LA DÉCLARATION DE CONSTITUTIONNALITÉ FAITE DANS L'ACTION DIRECTE D'INCONSTITUTIONNALITÉ

RÉSUMÉ

L'article critique la déclaration de constitutionnalité faite dans l'action directe d'inconstitutionnalité en raison de l'inépuisement du sens inhérent aux normes juridiques et à la garantie d'accès à la justice.

MOTS-CLÉS: Constitutionnalité. Contrôle. Déclaration. Norme. Sens. Justice. Accès. Garantie. Judiciaire. Indépendance.